

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ВОЛГОГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Банковское право

Учебное пособие

Под редакцией профессора А.А. Травкина

Волгоград 2001

ББК 67.99(2Рос)3я73
Б23

Рецензенты:

кафедра гражданско-правовых дисциплин Волгоградского
юридического института МВД РФ;
канд. юрид. наук, доц. Ю.В. Черячукин

Авторы: Н.Н. Арефьева (гл. 1, 5, 6, 10), И.А. Волкова (гл. 8),
К.И. Карабанова (гл. 1, 4, 6, 9, 11), С.Ю. Ляпина (гл. 7),
Т.О. Редреева (гл. 12), А.А. Травкин (гл. 2, 3, 6)

Банковское право: Учебное пособие / Н.Н. Арефьева,
Б23 И.А. Волкова, К.И. Карабанова и др.; Под ред. проф. А.А. Травки-
на. — Волгоград: Издательство Волгоградского государственного
университета, 2001. — 708 с.

ISBN 5-85534-440-1

Учебное пособие позволяет приобрести совокупность знаний по
банковскому праву. В нем последовательно рассматриваются банковс-
кая система, правовое регулирование договоров банковского счета и
вклада, расчетных и кредитных правоотношений, способов обеспече-
ния исполнения кредитных обязательств, иных активных операций
коммерческих банков (лизинг, факторинг, форфейтинг), а также ва-
лютные операции банков и их деятельность на рынке ценных бумаг.

Учебное пособие может представлять интерес для студентов, ас-
пирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов, прак-
тических работников банков и иных кредитных организаций, а так-
же всех тех, кто интересуется проблемами банковского права.

ISBN 5-85534-440-1



© Коллектив авторов, 2001
© Издательство Волгоградского
государственного университета, 2001

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

Арефьева

Наталья Николаевна гл. 1, 5, 6, 10

Волкова

Ирина Алексеевна гл. 8

Карабанова

Катерина Ивановна гл. 1, 4, 6, 9, 11

Ляпина

Светлана Юрьевна гл. 7

Редреева

Татьяна Олеговна гл. 12

Травкин

Альвин Алексеевич гл. 2, 3, 6

ВВЕДЕНИЕ

Термин «банковское право» широко используется в научно-методической литературе и практике. Нередко одновременно с ним используется термин «банковское законодательство». Эти понятия стали употребляться в связи со становлением и развитием банковской системы и банковской деятельности в условиях рыночных реформ (после принятия Закона о банках и банковской деятельности 1990 года). До этого часть правоотношений, связанная с осуществлением расчетов, кредитованием, открытием счетов в банке, регулировалась в общих чертах нормами гражданского права, а другая часть, связанная с организацией и деятельностью Госбанка СССР, Промстройбанка СССР и других аналогичных структур, рассматривалась в системе финансового права. Известные специалисты в этой отрасли И.С. Гуревич и Е.А. Ровинский считали, что банковское право является подотраслью финансового права и что большая часть правоотношений с участием банка носит финансово-правовой характер¹.

В связи с изменениями, произошедшими в банковской системе за последние десять лет, в юридической литературе термины «банковское право» и «банковское законодательство» употребляются все чаще и не вызывают возражений. Так, М.Л. Коган рассматривает банковское законодательство в основном как совокупность правовых норм, регулирующих полномочия, обязанности и ответственность сторон в правоотношениях с участием банка². О.М. Олейник определяет банковское право как совокупность норм права, содержащих предписания, относящиеся к банковской деятельности, т.е. устанавливающих правовое положение самих банков и иных кредитных организаций, регулирующих публичные отношения

¹ Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М., 1994. С. 13.

² Коган М.Л. Предприятие и банк: операции и сделки, права и обязанности. М., 1993. С. 3.

банков, а также частно-правовые отношения банков с клиентами, т. е. норм, в той или иной степени соотносимых с банковской деятельностью³.

Банковская деятельность включает в себя совершение банком или иными кредитными организациями действий с финансовыми инструментами, в качестве которых выступают деньги, валютные ценности и ценные бумаги. При этом деньги выполняют функции средства обращения (платежа), сбережения и товара (кредит).

Предмет банковского права — общественные отношения, урегулированные нормами банковского законодательства, регламентирующего создание и функционирование двухуровневой банковской системы⁴, а также действия участников этой системы, совершаемые ими по поводу

- 1) денег;
- 2) валютных ценностей;
- 3) ценных бумаг.

Метод правового регулирования банковской деятельности, неоднороден, а точнее — включает в себя два разных метода регулирования, присущих гражданскому и административному праву. Отношения коммерческих банков с Банком России зачастую являются отношениями власти и подчинения (используется метод властных предписаний). Отношения самих банков с клиентурой и друг с другом основаны на юридическом равенстве сторон⁵. Такая особенность присуща банковскому сектору многих стран мира, где банковское право использует систему как публично-правовых, так и частно-правовых методов регулирования⁶.

³ Олейник О.М. Указ. соч. С. 15.

⁴ В *двухуровневой банковской системе РФ* первый уровень представлен ЦБ РФ, принадлежащим государству, а второй состоит из многочисленных негосударственных (чаще всего коммерческих) банков. В банковскую систему включают также небанковские кредитные организации.

⁵ Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 5

⁶ Олейник О.М. Указ. соч. С. 32.

Банковское право в России также включает в себя как публично-правовые, так и частно-правовые нормы и в целом тяготеет к хозяйственному (предпринимательскому) праву (поскольку речь идет о регулировании одного из видов предпринимательской деятельности). Оно представляет собой систему правовых норм и институтов, регулирующих на основе сочетания публичных и частных интересов общественные отношения, возникающие в процессе создания и функционирования банковской системы, а также правоотношения с участием банков по поводу движения финансовых инструментов как средств обращения, сбережения и как товара.

В современной экономической жизни России роль банков возросла многократно, поэтому возникла потребность в более детальном изучении юристами правового регулирования деятельности банков в рамках учебной дисциплины

«Банковское право» и данный учебник призван помочь им в этом.

¹ Ерпылева Н. Правовые стандарты банковского регулирования и надзора // Законодательство и экономика. 1999. № 6. С. 54.

Глава 1

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА РФ

Законодательство России закрепляет двухуровневую банковскую систему, в которой первый уровень представлен ЦБ РФ, принадлежащим государству, а второй состоит из многочисленных негосударственных (чаще всего коммерческих) банков, находящихся в частной, корпоративной и муниципальной собственности.

Двухуровневая банковская система отражает сложившуюся практику распределения функций и объема полномочий между ее различными уровнями¹. Несмотря на законодательное закрепление за ЦБ РФ права проведения всех видов банковских операций, его главная функция — надзор за негосударственными банками и поддержание стабильности и надежности банковской системы в целом. В то же время максимальный объем проводимых в стране банковских операций концентрируется в коммерческих и иных негосударственных банках, работающих непосредственно на рынке финансовых услуг.

Формальным признаком наличия двухуровневой банковской системы являются два самостоятельных нормативных акта, отдельно регулирующих правовое положение ЦБ РФ и коммерческих банков:

- Федеральный закон РФ «О ЦБ РФ»;
- Федеральный закон РФ «О банках и банковской деятельности».

Кроме ЦБ РФ и коммерческих банков в банковскую систему входят также иные кредитные организации небанковского типа (в частности, клиринговые). В данной главе предметом рассмотрения является правовое положение ЦБ РФ и коммерческих банков.

1. Правовое положение Центрального банка РФ

Понятие и функции ЦБ РФ

Центральный банк РФ — Банк России, осуществляющий основные функции в сфере регулирования кредитно-денежных, валютных, финансовых отношений в стране. Статус, задачи, функции, полномочия и принципы организации и деятельности Центрального банка Российской Федерации (Банка России) определяются Конституцией Российской Федерации и ФЗ «О Центральном банке РФ» от 02.12.90 с изм. и доп.

Уставный капитал и иное имущество Банка России являются федеральной собственностью. Банк России осуществляет свои расходы за счет собственных доходов. Банк России является юридическим лицом. Государство не отвечает по обязательствам Банка России, а Банк России — по обязательствам государства, если они не приняли на себя такие обязательства или если иное не предусмотрено федеральными законами.

Основными *целями* деятельности Банка России являются:

- защита и обеспечение устойчивости рубля, в том числе его покупательной способности и курса по отношению к иностранным валютам;
- развитие и укрепление банковской системы Российской Федерации;
- обеспечение эффективного и бесперебойного функционирования системы расчетов.

Получение прибыли не является целью деятельности Банка России, в связи с чем возникает вопрос об организационно-правовой форме Банка России как юридического лица.

Коммерческие банки могут создаваться только в форме хозяйственных обществ и обладают следующими признаками:

1. Основная цель деятельности коммерческого банка — максимальное извлечение прибыли (законом о ЦБ РФ, как отмечалось выше, предусмотрено обратное);

2. Коммерческий банк является кредитной организацией, созданной для осуществления банковских операций (Банк России создан для развития и укрепления банковской системы РФ и выполнения указанных выше управленческих задач);

3. Специальная компетенция коммерческого банка означает, что банк извлекает прибыль путем совершения определенных банковских операций (ЦБ РФ осуществляет все виды банковских операций, *необходимые для выполнения основных задач ЦБ РФ*);

4. Коммерческий банк действует на основании лицензии, выдаваемой ЦБ РФ (деятельность ЦБ РФ не лицензируется).

Таким образом, организационно-правовая форма хозяйственного общества, которая характерна для коммерческих банков, не годится для определения статуса ЦБ РФ.

Из некоммерческих организаций, перечисленных в ст. 50 ГК РФ, статус ЦБ РФ сопоставим со статусом учреждения (ст. 120 ГК РФ):

1. Учреждением признается организация, созданная собственником для осуществления управленческих и иных функций некоммерческого характера (функции, которые возложены законодательством на ЦБ РФ, соответствуют этой норме ГК РФ);

2. Права владения, пользования и распоряжения закрепленным за учреждением имуществом могут осуществляться им в соответствии с целями деятельности учреждения, заданиями собственника и назначением имущества (ограничений по владению, пользованию, распоряжению принадлежащим ЦБ РФ имуществом в законе о ЦБ РФ не предусмотрено);

3. Учреждение отвечает по своим обязательствам находящимися в его распоряжении денежными средствами. При их недостаточности субсидиарную ответственность по его обязательствам несет собственник имущества (закон о ЦБ РФ предусматривает, что имущество ЦБ РФ находится в федеральной собственности и ЦБ РФ осуществляет свои расходы за счет собственных доходов. В то же время государство не отвечает по обязательствам ЦБ РФ, а ЦБ РФ — по обязатель-

ствам государства, если они не приняли на себя такие обязательства или если иное предусмотрено федеральными законами).

Таким образом, ЦБ РФ как юридическое лицо, являющееся некоммерческой организацией, ближе всего по организационно-правовой форме к учреждению (с определенными оговорками и ограничениями).

Банк России выполняет следующие *функции*:

1) во взаимодействии с Правительством Российской Федерации разрабатывает и проводит единую государственную денежно-кредитную политику, направленную на защиту и обеспечение устойчивости рубля;

2) монопольно осуществляет эмиссию наличных денег и организует их обращение;

3) является кредитором последней инстанции для кредитных организаций, организует систему рефинансирования;

4) устанавливает правила осуществления расчетов в Российской Федерации;

5) устанавливает правила проведения банковских операций, бухгалтерского учета и отчетности для банковской системы;

6) осуществляет государственную регистрацию кредитных организаций; выдает и отзывает лицензии кредитных организаций и организаций, занимающихся их аудитом;

7) осуществляет надзор за деятельностью кредитных организаций;

8) регистрирует эмиссию ценных бумаг кредитными организациями в соответствии с федеральными законами;

9) осуществляет самостоятельно или по поручению Правительства Российской Федерации все виды банковских операций, необходимых для выполнения основных задач Банка России;

10) осуществляет валютное регулирование, включая операции по покупке и продаже иностранной валюты; опреде-

² См.: Указ Президента РФ от 15 августа 1994 года № 1688.

ляет порядок осуществления расчетов с иностранными государствами;

11) организует и осуществляет валютный контроль как непосредственно, так и через уполномоченные банки в соответствии с законодательством Российской Федерации;

12) принимает участие в разработке прогноза платежного баланса Российской Федерации и организует составление платежного баланса Российской Федерации;

13) в целях осуществления указанных функций проводит анализ и прогнозирование состояния экономики Российской Федерации в целом и по регионам, прежде всего денежно-кредитных, валютно-финансовых и ценовых отношений; публикует соответствующие материалы и статистические данные;

14) осуществляет иные функции в соответствии с федеральными законами.

Банк России не является органом государственной исполнительной власти. Взаимоотношения между ЦБ РФ и Правительством РФ строятся на принципах взаимного представительства², которое предусматривает взаимное присутствие Правительства РФ на заседаниях Совета директоров ЦБ РФ и ЦБ РФ на заседаниях Правительства РФ. Функцию присутствия осуществляет Председатель ЦБ РФ, министр финансов РФ и министр экономики РФ либо лица, их замещающие. Они обладают правом совещательного голоса.

Председатель ЦБ РФ участвует в заседаниях Правительства РФ при рассмотрении вопросов экономической, денежно-кредитной политики, а также вопросов, затрагивающих интересы банковской системы. Министр финансов РФ и министр экономики РФ участвуют в заседании Совета директоров ЦБ РФ при рассмотрении всех вопросов, кроме относящихся к организации работы ЦБ РФ.

Банк России подотчетен Государственной думе Федерального собрания Российской Федерации. Подотчетность Банка России Государственной думе означает:

- назначение на должность и освобождение от должности Государственной думой по представлению Президента Российской Федерации Председателя Банка России;

- назначение на должность и освобождение от должности Государственной думой членов Совета директоров Банка России (далее — Совета директоров);

- представление Банком России Государственной думе на рассмотрение годового отчета, а также аудиторского заключения;

- определение Государственной думой аудиторской фирмы для проведения аудиторской проверки Банка России;

- проведение парламентских слушаний о деятельности Банка России с участием его представителей;

- доклады Председателя Банка России Государственной думе о деятельности Банка России (два раза в год — при представлении годового отчета и основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики).

Банк России в пределах полномочий, предоставленных ему Конституцией Российской Федерации и федеральными законами, независим в своей деятельности. Федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления не имеют права вмешиваться в деятельность Банка России по реализации его законодательно закрепленных функций и полномочий, принимать решения, противоречащие закону о ЦБ РФ.

Банк России представляет Государственной думе и Президенту Российской Федерации информацию в порядке, установленном федеральными законами.

В случае вмешательства в его деятельность Банк России информирует об этом Государственную думу и Президента Российской Федерации.

Банк России вправе обращаться в суды с исками о признании недействительными правовых актов федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

Банк России по вопросам, отнесенным к его компетенции федеральными законами, издает нормативные акты, обязательные для федеральных органов государственной влас-

ти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц. В то же время нормативные акты Банка России не могут противоречить федеральным законам.

Нормативные акты Банка России вступают в силу со дня их официального опубликования в официальном издании Банка России («Вестник Банка России»), за исключением случаев, установленных Советом директоров. Нормативные акты Банка России не имеют обратной силы.

Нормативные акты Банка России, непосредственно затрагивающие права, свободы или обязанности граждан, должны быть зарегистрированы в Министерстве юстиции Российской Федерации в порядке, установленном для регистрации актов федеральных министерств и ведомств.

Нормативные акты Банка России в полном объеме направляются в необходимых случаях во все зарегистрированные кредитные организации почтовой или иной связью.

Нормативные акты Банка России могут быть обжалованы в установленном законом порядке.

Проекты федеральных законов, а также нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, касающиеся выполнения Банком России своих функций, направляются на заключение Банка России.

Структура и органы управления ЦБ РФ

Структура ЦБ РФ

Банк России образует единую централизованную систему с вертикальной структурой управления.

В систему Банка России входят центральный аппарат, территориальные учреждения, расчетно-кассовые центры, вычислительные центры, полевые учреждения, учебные заведения и другие предприятия, учреждения и организации, в том числе подразделения безопасности и Российское объединение инкассации, необходимые для осуществления деятельности Банка России.

Национальные банки республик являются территориальными учреждениями Банка России.

Территориальные учреждения Банка России не имеют статуса юридического лица и не имеют права принимать решения, носящие нормативный характер, а также выдавать гарантии и поручительства, вексельные и другие обязательства без разрешения Совета директоров. ТТУ ЦБ РФ являются филиалами ЦБ РФ.

Задачи и функции территориальных учреждений Банка России определяются Положением о территориальных учреждениях Банка России, утверждаемым Советом директоров.

По решению Совета директоров территориальные учреждения Банка России могут создаваться также по экономическим районам, объединяющим территории нескольких субъектов Российской Федерации.

Полевые учреждения Банка России осуществляют банковские операции в соответствии с федеральными законами, а также нормативными актами Банка России.

Полевые учреждения Банка России являются воинскими учреждениями и руководствуются в своей деятельности воинскими уставами, а также Положением о полевых учреждениях Банка России, утверждаемым совместным решением Банка России и Министерства обороны Российской Федерации.

Полевые учреждения предназначены для банковского обслуживания воинских частей, учреждений и организаций Министерства обороны Российской Федерации, а также иных государственных органов и юридических лиц, обеспечивающих безопасность Российской Федерации, и физических лиц, проживающих на территориях объектов, обслуживаемых полевыми учреждениями, в тех случаях, когда создание и функционирование территориальных учреждений Банка России невозможно.

Органы управления ЦБРФ

Высшим органом Банка России является Совет директоров — коллегиальный орган, определяющий основные направления деятельности Банка России и осуществляющий руководство и управление Банком России.

В Совет директоров входят Председатель Банка России и 12 членов Совета директоров.

Члены Совета директоров работают на постоянной основе в Банке России.

Председатель Банка России назначается на должность Государственной думой сроком на четыре года большинством голосов от общего числа депутатов.

Кандидатуру для назначения на должность Председателя Банка России представляет Президент Российской Федерации не позднее чем за три месяца до истечения полномочий Председателя Банка России.

В случае досрочного освобождения от должности Председателя Банка России Президент Российской Федерации представляет кандидатуру на эту должность в двухнедельный срок с момента освобождения.

В случае отклонения предложенной на должность Председателя Банка России кандидатуры Президент Российской Федерации в течение двух недель вносит новую кандидатуру. Одна кандидатура не может вноситься более двух раз.

Одно и то же лицо не может занимать должность Председателя Банка России более трех сроков подряд.

Государственная дума вправе освободить от должности Председателя Банка России по представлению Президента Российской Федерации.

Председатель Банка России может быть освобожден от должности только в следующих случаях:

- 1) истечения срока полномочий;
- 2) невозможности исполнения служебных обязанностей, подтвержденной заключением государственной медицинской комиссии;
- 3) личного заявления об отставке;
- 4) совершения уголовно наказуемого деяния, установленного вступившим в законную силу приговором суда;

5) нарушения федеральных законов, которые регулируют вопросы, связанные с деятельностью Банка России.

Члены Совета директоров назначаются на должность сроком на четыре года Государственной думой по представлению Председателя Банка России, согласованному с Президентом Российской Федерации.

Члены Совета директоров освобождаются от должности:

- по истечении срока полномочий — Председателем Банка России;

- до истечения срока полномочий — Государственной думой по представлению Председателя Банка России.

Председательствует на заседаниях Совета директоров Председатель Банка России, а в случае его отсутствия — лицо, его замещающее, из числа членов Совета директоров.

Решения Совета директоров принимаются большинством голосов от числа присутствующих членов Совета директоров при кворуме в семь человек и обязательном присутствии Председателя Банка России или лица, его замещающего. Протокол заседания Совета директоров подписывается председательствовавшим и одним из членов Совета директоров. При принятии Советом директоров решений по вопросам денежно-кредитной политики мнение членов Совета директоров, оказавшихся в меньшинстве, заносится по их требованию в протокол.

Для участия в заседаниях Совета директоров могут приглашаться руководители территориальных учреждений Банка России.

Совет директоров заседает не реже одного раза в месяц.

Заседания Совета директоров назначаются Председателем Банка России, лицом, его замещающим, или по требованию не менее трех членов Совета директоров.

Члены Совета директоров своевременно уведомляются о назначении заседания Совета директоров.

Совет директоров выполняет следующие функции:

- 1) во взаимодействии с Правительством Российской Федерации разрабатывает и обеспечивает выполнение основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики;

2) утверждает годовой отчет Банка России и представляет его Государственной думе;

3) рассматривает и утверждает смету расходов Банка России на очередной год не позднее 31 декабря предшествующего года, а также произведенные расходы, не предусмотренные в смете;

4) определяет структуру Банка России;

5) устанавливает формы и размеры оплаты труда Председателя Банка России, членов Совета директоров, заместителей Председателя Банка России и других служащих Банка России;

6) принимает решения:

- о создании и ликвидации учреждений и организаций Банка России,

- установлении обязательных нормативов для кредитных организаций,

- величине резервных требований,

- изменении процентных ставок Банка России,

- определении лимитов операций на открытом рынке,

- участия в международных организациях,

- участия в капиталах организаций, обеспечивающих деятельность Банка России, его учреждений, организаций и служащих,

- купле и продаже недвижимости для обеспечения деятельности Банка России, его учреждений, организаций и служащих,

- применении прямых количественных ограничений,

- выпуске и изъятии банкнот и монет из обращения, об общем объеме выпуска наличных денег,

- порядке формирования резервов кредитными организациями;

7) вносит в Государственную думу предложения об изменении уставного капитала Банка России;

8) утверждает порядок работы Совета директоров;

9) назначает главного аудитора Банка России;

10) утверждает внутреннюю структуру Банка России, положения о подразделениях Банка России, учреждениях

Банка России, уставы организаций Банка России, порядок назначения руководителей подразделений, учреждений и организаций Банка России;

11) определяет условия допуска иностранного капитала в банковскую систему Российской Федерации в соответствии с федеральными законами;

12) выполняет иные функции в соответствии с законодательством.

Члены Совета директоров не могут быть депутатами Государственной думы и членами (депутатами) Совета Федерации, депутатами законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, а также членами Правительства Российской Федерации.

Сложение депутатских полномочий или отставка члена Правительства Российской Федерации должны быть произведены в течение месяца с момента назначения на должность члена Совета директоров, после чего вновь назначенный член Совета директоров приступает к исполнению своих должностных обязанностей.

Члены Совета директоров не могут состоять в политических партиях, занимать должности в общественно-политических и религиозных организациях.

Председатель Банка России:

1) действует от имени Банка России и представляет без доверенности его интересы в отношениях с органами государственной власти, кредитными организациями, организациями иностранных государств и международными организациями, другими учреждениями и организациями;

2) председательствует на заседаниях Совета директоров. В случае равенства голосов голос Председателя Банка России является решающим;

3) подписывает нормативные акты Банка России, решения Совета директоров, протоколы заседаний Совета директоров, соглашения, заключаемые Банком России;

4) назначает на должность и освобождает от должности заместителей Председателя Банка России, распределяет между ними обязанности;

5) подписывает приказы и дает указания, обязательные для всех служащих Банка России, его предприятий, учреждений и организаций;

6) несет всю полноту ответственности за деятельность Банка России;

7) обеспечивает реализацию функций Банка России.

Компетенция ЦБ РФ

Денежно-кредитная политика

Денежно-кредитная политика — осуществляемые государством в лице ЦБ РФ и Правительства меры по управлению денежным обращением и кредитными отношениями, направленные на обеспечение устойчивого развития экономики, усиление покупательной способности национальной валюты.

Основными инструментами и методами денежно-кредитной политики Банка России являются:

- 1) процентные ставки по операциям Банка России;
- 2) нормативы обязательных резервов, депонируемых в Банке России (резервные требования);
- 3) операции на открытом рынке;
- 4) рефинансирование банков;
- 5) валютное регулирование;
- 6) установление ориентиров роста денежной массы;
- 7) прямые количественные ограничения.

Банк России регулирует общий объем выдаваемых им кредитов в соответствии с принятыми ориентирами единой государственной денежно-кредитной политики.

Банк России может устанавливать одну или несколько процентных ставок по различным видам операций или проводить процентную политику без фиксации процентной ставки.

Процентные ставки Банка России представляют собой минимальные ставки, по которым Банк России осуществляет свои операции.

Банк России использует процентную политику для воздействия на рыночные процентные ставки в целях укрепления рубля.

Размер обязательных резервов в процентном отношении к обязательствам кредитной организации, а также порядок их депонирования в Банке России устанавливаются Советом директоров.

Нормативы обязательных резервов не могут превышать 20 процентов обязательств кредитной организации и могут быть дифференцированными для различных кредитных организаций.

Нормативы обязательных резервов не могут быть единовременно изменены более чем на пять пунктов.

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 рефинансирования.

На обязательные резервы, депонируемые кредитной организацией в Банке России, взыскания не обращаются.

После отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций средства обязательных резервов, депонированные кредитной организацией в Банке России, перечисляются на счет ликвидационной комиссии (ликвидатора) или конкурсного управляющего и используются в порядке, установленном федеральными законами и издаваемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России.

При реорганизации кредитной организации порядок переоформления ее обязательных резервов, ранее депонированных в Банке России, устанавливается нормативными актами Банка России.

Под операциями на открытом рынке понимаются купля-продажа Банком России казначейских векселей, государственных облигаций и прочих государственных ценных бумаг, краткосрочные операции с ценными бумагами с совер-

шением позднее обратной сделки. Лимит операций на открытом рынке утверждается Советом директоров.

Под рефинансированием понимается кредитование Банком России банков, в том числе учет и переучет векселей. Формы, порядок и условия рефинансирования устанавливаются Банком России.

Под валютными интервенциями Банка России понимается купля-продажа Банком России иностранной валюты на валютном рынке для воздействия на курс рубля и на суммарный спрос и предложение денег.

Под прямыми количественными ограничениями Банка России понимается установление лимитов на рефинансирование банков и проведение кредитными организациями отдельных банковских операций.

Банк России вправе применять прямые количественные ограничения в исключительных случаях в целях проведения единой государственной денежно-кредитной политики только после консультаций с Правительством Российской Федерации.

Банк России может устанавливать ориентиры роста одного или нескольких показателей денежной массы, исходя из основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики.

Банк России ежегодно не позднее 1 октября представляет в Государственную думу проект основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год и не позднее 1 декабря — основные направления единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год.

Предварительно проект основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики представляется Президенту Российской Федерации и Правительству Российской Федерации.

Основные направления единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год включают следующие положения:

- анализ состояния и прогноз развития экономики Российской Федерации;
- основные ориентиры, параметры и инструменты единой государственной денежно-кредитной политики.

Государственная дума рассматривает основные направления единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год и принимает решение.

Операции банка России

Банк России имеет право осуществлять следующие операции с российскими и иностранными кредитными организациями, Правительством Российской Федерации для достижения установленных ему законодательством целей:

1) предоставление кредитов на срок не более одного года под обеспечение ценными бумагами и другими активами, если иное не установлено федеральным законом о федеральном бюджете;

2) покупка и продажа чеков, простых и переводных векселей, имеющих, как правило, товарное происхождение, со сроками погашения не более шести месяцев;

3) покупка и продажа государственных ценных бумаг на открытом рынке;

4) покупка и продажа облигаций, депозитных сертификатов и иных ценных бумаг со сроками погашения не более одного года;

5) покупка и продажа иностранной валюты, а также платежных документов и обязательств в иностранной валюте, выставленных российскими и иностранными кредитными организациями;

6) покупка, хранение, продажа драгоценных металлов и иных видов валютных ценностей;

7) проведение расчетных, кассовых и депозитных операций, прием на хранение и в управление ценных бумаг и иных ценностей;

8) выдача гарантий и поручительств;

9) осуществление операций с финансовыми инструментами, используемыми для управления финансовыми рисками;

10) открытие счетов в российских и иностранных кредитных организациях на территории Российской Федерации и иностранных государств;

11) выставление чеков и векселей в любой валюте;

12) другие банковские операции от своего имени, если это не запрещено законом.

Банк России вправе осуществлять операции на комиссионной основе, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Обеспечением для кредитов Банка России могут выступать:

- золото и другие драгоценные металлы в различной форме;

- иностранная валюта;

- векселя в российской и иностранной валюте со сроком погашения до шести месяцев;

- государственные ценные бумаги.

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

³ Пруденциальное регулирование — это система норм государственно-властного характера, имеющая целью обеспечение стабильного и надежного функционирования банковской системы в целом, а также защиту интересов вкладчиков с помощью государственной регистрации и лицензирования банковской деятельности, установления экономических нормативов функционирования банков и осуществления банковского надзора, главным инструментом которого выступает применение норм воздействия (санкций) от имени государства.

⁴ Ерпылева Н. Правовые стандарты банковского регулирования и надзора // Законодательство и экономика. 1999. № 6. С. 55.

Банк России может осуществлять банковские операции по обслуживанию представительных и исполнительных органов государственной власти, органов местного самоуправления, их учреждений и организаций, государственных внебюджетных фондов, воинских частей, военнослужащих, служащих Банка России, а также иных лиц в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Банк России также вправе обслуживать клиентов, не являющихся кредитными организациями, в регионах, где отсутствуют кредитные организации.

Банк России несет ответственность в порядке, установленном федеральными законами.

В суде и арбитражном суде интересы Банка России могут представлять руководители его территориальных учреждений и другие должностные лица Банка России, которые получают соответствующую доверенность в установленном порядке.

Банковское регулирование и надзор

В российском праве получил закрепление принцип осуществления ЦБ РФ функций пруденциального регулирования³ и надзора за деятельностью коммерческих банков и иных негосударственных банков⁴.

Главная цель банковского регулирования и надзора — поддержание стабильности банковской системы, защита интересов вкладчиков и кредиторов. Банк России не вмешивается в оперативную деятельность кредитных организаций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Надзорные и регулирующие функции Банка России могут осуществляться им непосредственно или через создаваемый при нем орган банковского надзора. Решение о создании данного органа принимается Советом директоров.

Банк России устанавливает обязательные для кредитных организаций правила проведения банковских операций, ведения бухгалтерского учета, составления и представления бухгалтерской и статистической отчетности.

Для осуществления своих функций Банк России в соответствии с перечнем, установленным Советом директоров, имеет право запрашивать и получать у кредитных организаций необходимую информацию об их деятельности, требовать разъяснений по полученной информации.

Для подготовки банковской и финансовой статистики, анализа экономической ситуации Банк России имеет право запрашивать и получать необходимую информацию у федеральных органов исполнительной власти.

Поступившие от кредитных организаций данные по конкретным операциям не подлежат разглашению без согласия соответствующей кредитной организации, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Банк России публикует сводную статистическую и аналитическую информацию о банковской системе Российской Федерации.

Банк России регистрирует кредитные организации в Книге государственной регистрации кредитных организаций, выдает кредитным организациям лицензии на осуществление банковских операций и отзывает их.

Банк России вправе в соответствии с федеральными законами предъявлять квалификационные требования к руководителям исполнительных органов, а также к главному бухгалтеру кредитной организации.

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 процентов долей (акций) кредитной организации требует уведомления Банка России, а более 20 процентов — предварительного согласия Банка России.

Банк России не позднее 30 дней с момента получения ходатайства о разрешении Банком России совершения такой сделки сообщает заявителю в письменной форме о своем решении — согласии или отказе. Отказ должен быть мотивирован. В случае если Банк России не сообщил о принятом решении в течение указанного срока, сделка купли-про-

дажи долей (акций) кредитной организации считается разрешенной.

Банк России в рамках осуществления своих надзорных функций вправе запрашивать и получать информацию о финансовом положении и деловой репутации участников (акционеров) кредитной организации в случае приобретения ими более 20 процентов долей (акций) кредитной организации.

Банк России имеет право отказать в даче согласия на совершение сделки купли-продажи более 20 процентов долей (акций) кредитной организации при установлении неудовлетворительного финансового положения приобретателей долей (акций).

Приобретение долей (акций) кредитной организации за счет средств нерезидентов регулируется федеральными законами.

В целях обеспечения устойчивости кредитных организаций Банк России может устанавливать им обязательные нормативы:

1) минимальный размер уставного капитала для вновь создаваемых кредитных организаций, минимальный размер собственных средств (капитала) для действующих кредитных организаций;

2) предельный размер неденежной части уставного капитала;

3) максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков;

4) максимальный размер крупных кредитных рисков;

5) максимальный размер риска на одного кредитора (вкладчика);

6) нормативы ликвидности кредитной организации;

7) нормативы достаточности капитала;

8) максимальный размер привлеченных денежных вкладов (депозитов) населения;

9) размеры валютного, процентного и иных рисков;

10) минимальный размер резервов, создаваемых под высорисковые активы;

11) нормативы использования собственных средств банков для приобретения долей (акций) других юридических лиц;

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

Минимальный размер собственных средств (капитала) устанавливается как сумма уставного капитала, фондов кредитной организации и нераспределенной прибыли.

Об увеличении минимального размера собственных средств (капитала) Банк России официально объявляет не позднее чем за три года до момента его введения.

Максимальный размер риска на одного заемщика или группу связанных заемщиков, являющихся по отношению друг к другу зависимыми или основными и дочерними, устанавливается в процентах от собственных средств кредитной организации.

При определении размера риска учитывается вся сумма кредитов кредитной организации данному заемщику или группе связанных заемщиков, а также гарантии и поручительства, предоставленные кредитной организацией заемщику или группе связанных заемщиков.

Максимальный размер крупных кредитных рисков устанавливается как процентное соотношение совокупной величины крупных рисков и собственных средств кредитной организации.

Крупным кредитным риском является объем кредитов, гарантий и поручительств в пользу одного клиента в размере свыше 5 процентов собственных средств кредитной организации.

Максимальный размер крупных кредитных рисков не может превышать 25 процентов собственных средств кредитной организации.

⁵ Ликвидность — мобильность активов банка, обеспечивающая фактическую возможность оплачивать в срок обязательства банка.

Банк России вправе вести реестр крупных кредитных рисков кредитных организаций.

Максимальный размер риска на одного кредитора (вкладчика) кредитной организации устанавливается как процентное соотношение величины вклада или полученного кредита, полученных гарантий и поручительств, остатков по счетам одного или связанных между собой кредиторов (вкладчиков) и собственных средств кредитной организации.

Нормативы ликвидности⁵ кредитной организации определяются как:

- соотношение между ее активами и пассивами с учетом сроков, сумм и типов активов и пассивов и других факторов;
- соотношение ее ликвидных активов (наличные денежные средства, требования до востребования, краткосрочные ценные бумаги, другие легко реализуемые активы) и суммарных активов.

Нормативы достаточности капитала определяются как предельное соотношение общей суммы собственных средств кредитной организации и суммы ее активов, взвешенных по уровню риска.

Максимальный размер привлеченных денежных вкладов (депозитов) граждан определяется как предельное соотношение общей суммы денежных вкладов (депозитов) граждан и величины собственных средств (капитала) банка.

Нормативы использования собственных средств кредитной организации для приобретения долей (акций) других юридических лиц устанавливаются в форме процентного соотношения размеров инвестируемых и собственных средств кредитной организации.

Размер норматива использования собственных средств для приобретения долей (акций) не может превышать 25 процентов собственных средств кредитной организации.

Банк России регулирует размеры и порядок учета открытой позиции кредитных организаций по валютному, процентному и иным финансовым рискам.

Максимальный размер кредитов, гарантий и поручительств, предоставленных банком своим участникам (акционерам), определяется в процентах от собственных средств банка. Указанный норматив не может превышать 20 процентов.

Банк России устанавливает методики 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.

Банк России вправе устанавливать дифференцированные нормативы и методики их расчета по видам банков и иных кредитных организаций.

О предстоящем изменении нормативов и методик их расчета Банк России официально объявляет не позднее чем за месяц до их введения в действие.

Для осуществления своих функций в области банковского надзора и регулирования Банк России проводит проверки кредитных организаций и их филиалов, направляет им обязательные для исполнения предписания об устранении выявленных в их деятельности нарушений и применяет предусмотренные законом санкции по отношению к нарушителям.

Проверки могут осуществляться уполномоченными Советом директоров представителями Банка России и по его поручению — аудиторскими фирмами.

Уполномоченные Советом директоров представители Банка России имеют право получать и проверять отчетность и другие документы кредитных организаций, при необходимости снимать копии с соответствующих документов.

Порядок проведения проверок кредитных организаций, в том числе определение обязанностей кредитных организаций по содействию в проведении проверок, определяется Советом директоров.

В случае нарушения кредитной организацией федеральных законов, нормативных актов и предписаний Банка России, непредставления информации, предоставления неполной или недостоверной информации Банк России имеет право требовать от кредитной организации устранения выявлен-

ных нарушений, взыскивать штраф в размере до одной десятой процента от размера минимального уставного капитала либо ограничивать проведение отдельных операций на срок до шести месяцев.

В случае невыполнения в установленный Банком России срок предписаний об устранении нарушений, а также в случае если эти нарушения или совершаемые кредитной организацией операции создали реальную угрозу интересам кредиторов (вкладчиков), Банк России вправе:

1) взыскать с кредитной организации штраф до 1 процента от размера оплаченного уставного капитала, но не более 1 процента от минимального размера уставного капитала;

2) потребовать от кредитной организации:

а) осуществления мероприятий по финансовому оздоровлению кредитной организации, в том числе изменения структуры активов;

б) замены руководителей кредитной организации;

в) реорганизации кредитной организации;

3) изменить для кредитной организации обязательные нормативы на срок до шести месяцев;

4) 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;

5) назначить временную администрацию по управлению кредитной организацией на срок до шести месяцев. Порядок назначения и деятельности временной администрации устанавливается федеральными законами и издаваемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России.

Банк России вправе отозвать у кредитной организации лицензию на осуществление банковских операций по основаниям, предусмотренным Законом РФ «О банках и банковской деятельности». Порядок отзыва лицензии на осуществление банковских операций устанавливается нормативными актами Банка России.

Банк России осуществляет анализ деятельности кредитных организаций с целью выявления ситуаций, угрожающих

законным интересам кредиторов (вкладчиков), стабильности банковской системы в целом.

В целях защиты интересов кредиторов (в том числе вкладчиков) Банк России вправе назначить в кредитную организацию, у которой отозвана лицензия на осуществление банковских операций, уполномоченного представителя Банка России. Порядок деятельности уполномоченного представителя Банка России устанавливается федеральными законами и издаваемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России.

В период деятельности уполномоченного представителя Банка России кредитная организация вправе осуществлять разрешенные ей федеральными законами сделки только по согласованию с уполномоченным представителем Банка России в порядке, установленном Законом РФ «О банках и банковской деятельности».

С момента создания ликвидационной комиссии (ликвидатора) или назначения арбитражным судом арбитражного управляющего деятельность уполномоченного представителя Банка России прекращается.

2. Правовое положение кредитных организаций

Ст. 1 ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» определяет кредитную организацию как юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

Исходя из данного определения, можно выделить несколько существенных признаков кредитной организации:

1. Кредитная организация — это юридическое лицо. Следовательно, кредитной организации присущи все признаки

юридического лица: наличие в собственности, ответственность по своим обязательствам этим имуществом, приобретение и осуществление от своего имени имущественных и личных неимущественных прав и обязанностей, участие в качестве истца и ответчика в суде, арбитражном суде и третейском суде.

В соответствии с упомянутым Федеральным законом кредитная организация образуется только в форме хозяйственного общества. Следовательно, имущество принадлежит кредитной организации только на праве собственности. Участники кредитной организации имеют по отношению к ней только обязательственные права.

В соответствии со ст. 7 того же закона кредитная организация должна иметь наименование. Кредитная организация имеет фирменное (полное официальное) наименование на русском языке, может иметь наименование на другом языке народов Российской Федерации, сокращенное наименование и наименование на иностранном языке. Кредитная организация имеет печать со своим фирменным наименованием.

Фирменное наименование кредитной организации должно содержать указание на характер деятельности этого юридического лица посредством использования слов «банк» или «небанковская кредитная организация», а также указание на его организационно-правовую форму.

Банк России обязан при рассмотрении заявления о регистрации кредитной организации запретить использование наименования кредитной организации, если предполагаемое наименование уже содержится в Книге государственной регистрации кредитных организаций. Использование в наименовании кредитной организации слов «Россия», «Российская Федерация», «государственный», «федеральный» и «центральный», производных от них слов и словосочетаний допуска-

⁶ См.: Положение ЦБР от 31 августа 1998 г. № 54-П О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения) // Вестник Банка России. 1998. 8 октября.

ется в порядке, устанавливаемом законодательными актами Российской Федерации.

Ни одно юридическое лицо в Российской Федерации, за исключением получившего от Банка России лицензию на осуществление банковских операций, не может использовать в своем наименовании слова «банк», «кредитная организация» или иным образом указывать на то, что данное юридическое лицо имеет право на осуществление банковских операций.

Кредитная организация должна иметь устав, утверждаемый в порядке, предусмотренном федеральными законами. Юридическое лицо должно быть зарегистрировано соответствующими органами. Кредитная организация регистрируется Банком России и с момента государственной регистрации приобретает права юридического лица.

2. Кредитная организация, является коммерческой организацией, поскольку ее основной целью деятельности является извлечение прибыли.

3. Кредитные организации, в том числе коммерческие банки, наделены специальной правоспособностью, поскольку они могут осуществлять только те виды деятельности, которые предусмотрены уставом. Кредитная организация действует на основании своего устава и разрешения (лицензии), выданного Банком России. При этом банки могут осуществлять те банковские операции, которые указаны в выданной им лицензии, а также другие сделки, на которые нет запрета. Закон устанавливает запрет кредитной организации заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью (ст. 5).

4. Кредитная организация осуществляет банковские операции, которые предусмотрены федеральным законом. Ст. 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» относит к числу банковских операций:

⁷ О порядке осуществления операций доверительного управления и бухгалтерском учете этих операций кредитными организациями РФ см.: Инструкция № 63: Утв. Приказом ЦБР от 2 июля 1997 г. № 02-287 // Вестник Банка России. 1997. № 43. 8 июля.

1) привлечение денежных средств физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок);

2) размещение привлеченных средств от своего имени и за свой счет⁶;

3) открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц;

4) осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам;

5) инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц;

6) купля-продажа иностранной валюты в наличной и безналичной формах;

7) привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов;

8) выдача банковских гарантий.

9) осуществление переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов).

Кредитная организация помимо перечисленных банковских операций вправе осуществлять следующие сделки:

1) выдача поручительств за третьих лиц, предусматривающих исполнение обязательств в денежной форме;

2) приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме;

⁶ См.: Приказ ЦБР от 23 октября 1997 г. № 02-462 «Об утверждении Положения “Об особенностях лицензирования профессиональной деятельности кредитных организаций на рынке ценных бумаг Российской Федерации” и Указаний “О порядке лицензирования профессиональной деятельности кредитных организаций на рынке ценных бумаг Российской Федерации”» // Вестник Банка России. 1997. 29 октября. № 70.

3) доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами⁷;

4) осуществление операций с драгоценными металлами и драгоценными камнями в соответствии с законодательством Российской Федерации;

5) предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей;

6) лизинговые операции;

7) оказание консультационных и информационных услуг.

Кредитная организация вправе осуществлять иные сделки в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Все банковские операции и другие сделки осуществляются в рублях, а при наличии соответствующей лицензии Банка России — и в иностранной валюте. Правила осуществления банковских операций, в том числе правила их материально-технического обеспечения, устанавливаются Банком России в соответствии с федеральными законами.

В соответствии с лицензией Банка России на осуществление банковских операций банк вправе осуществлять выпуск, покупку, продажу, учет, хранение и иные операции с ценными бумагами, выполняющими функции платежного документа, с ценными бумагами, подтверждающими привлечение денежных средств во вклады и на банковские счета, с иными ценными бумагами, осуществление операций с которыми не требует получения специальной лицензии в соответствии с федеральными законами, а также вправе осуществлять доверительное управление указанными ценными

⁹ См.: Приказ ЦРБ от 8 сентября 1997 г. № 02-390 «О введении в действие Положения «О пруденциальном регулировании деятельности небанковских кредитных организаций, осуществляющих операции по расчетам, и организаций инкассаций // Вестник Банка России. 1997. 16 сентября. № 59.

¹⁰ См.: Инструкция Банка России от 23 июля 1998 г. № 75-И. Используется по системе ГАРАНТ.

бумагами по договору с физическими и юридическими лицами.

Кредитная организация имеет право осуществлять профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг в соответствии с федеральными законами⁸.

Кредитная организация — это обобщающее понятие. Закон подразделяет кредитные организации на банковские и небанковские.

Банк – кредитная организация, которая имеет 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.

Небанковская кредитная организация имеет право осуществлять отдельные виды банковских операций. Допустимые сочетания банковских операций для небанковских кредитных организаций устанавливается Банком России.

В соответствии с нормативными актами Банка России в настоящее время предусмотрены следующие виды небанковских кредитных организаций (НКО):

- расчетные НКО;
- клиринговые учреждения;
- инкассаторские⁹.

Расчетные некоммерческие организации вправе осуществлять следующие банковские операции:

- 1) открытие и ведение банковских счетов юридических лиц;
- 2) осуществление расчетов по поручению юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам.

В зависимости от функционального назначения НКО могут осуществлять обслуживание юридических лиц, в том числе кредитных организаций, на межбанковском, валютном рынках и рынке ценных бумаг, осуществлять расчеты по пластиковым картам, осуществлять инкассацию денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кас-

совое обслуживание юридических лиц, операции по купле-продаже иностранной валюты в безналичной форме, а также сделки, предусмотренные их уставами, зарегистрированными в установленном Банком России порядке¹⁰.

НКО не вправе привлекать денежные средства юридических и физических лиц во вклады в целях их размещения от своего имени и за свой счет.

Расчетные НКО вправе предоставлять кредиты клиентам — участникам расчетов на завершение расчетов по совершенным сделкам в порядке, определенном Типовым положением Банка России о деятельности соответствующих НКО и (или) их уставом, на условиях возвратности, платности, срочности, обеспеченности, в пределах, установленных нормативами.

При этом предоставление кредитов за счет специально созданных участниками расчетов резервов (фондов) осуществляется в рамках полномочий, представленных участниками.

Временно свободные денежные средства расчетные НКО вправе размещать только в виде вложений в ценные бумаги правительства РФ, отнесенные Банком России к вложениям с нулевым риском, а также хранить на корреспондентских счетах в Банке России и в кредитных организациях, осуществляющих деятельность по проведению расчетов.

В рамках, предоставленных лицензией Банка России, расчетные НКО вправе осуществлять предусмотренные уставом операции в рублях и иностранных валютах.

Клиринг — система безналичных расчетов, основанная на зачете взаимных требований и обязательств, осуществляемая через банки или специально созданные расчетные центры, палаты, дома — клиринговые учреждения.

Клиринговое учреждение — это организация, являющаяся юридическим лицом по законодательству Российской Федерации, заявившая себя в качестве центра взаимных расчетов, которой на основании лицензии, выдаваемой ЦБ РФ, предоставлено право осуществлять расчетные (клиринговые) операции, а также ограниченное количество банковских операций, поддерживающих выполнение клиринга.

Основные цели создания клирингового учреждения:

- ускорение и оптимизация расчетов между банками и другими кредитными учреждениями в Российской Федерации, с другими государствами;
- повышение достоверности и надежности расчетов;
- развитие и обеспечение новых форм безналичных расчетов (чеков, векселей, кредитных карточек и др.);
- наиболее рациональное использование временно свободных ресурсов банков;
- внедрение современных международных технологий, стандартов, протоколов, постепенное вхождение в мировую банковскую систему;
- создание современной информационной банковской структуры.

Клиринговое учреждение, оснащенное программно-техническими комплексами, должно обеспечивать:

- прием, передачу данных по каналам связи с использованием аппаратных и программных средств криптозащиты (электронная подпись), способов шифрования данных, сертифицированных уполномоченным органом;
- надежную многоуровневую защиту данных от несанкционированного доступа, использования, искажения и фальсификации на этапах обработки и хранения;
- контроль достоверности данных на всех этапах.

Учредителями клирингового учреждения могут быть коммерческие банки, Центральный банк РФ и его учредители, другие юридические и физические лица, за исключением политических организаций и специализированных общественных фондов.

Клиентами клирингового учреждения могут быть учредители клирингового учреждения, а также привлекаемые в качестве таковых на договорной основе коммерческие банки, биржи и другие кредитные учреждения.

Термин «клиринговый» («расчетный») или иные словосочетания с использованием данного термина могут быть применены в фирменном наименовании или рекламных це-

лях лишь юридическими лицами, имеющими лицензию на совершение расчетных (клиринговых) операций.

Клиринговое учреждение создается на основе любой формы собственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, и осуществляет свою деятельность на коммерческой основе.

Деятельность клирингового учреждения определяется его уставом и осуществляется на основании лицензии на совершение клиринговых операций, выдаваемой Центральным банком Российской Федерации.

Клиринговое учреждение для получения лицензии на совершение клиринговых операций направляет в Департамент по регулированию деятельности банков ЦБ РФ следующий комплект документов:

1) Заявление (ходатайство) о выдаче лицензии на совершение клиринговых операций за подписью руководителя высшего органа управления клирингового учреждения.

2) Копия платежного документа, подтверждающего внесение в бюджет платы за получение лицензии на совершение клиринговых операций.

3) Прошитые и удостоверенные печатью и подписью руководителя высшего органа управления клирингового учреждения, заверенные органом, осуществившим государственную регистрацию, копии учредительных документов в 2 экземплярах: устава, учредительного договора, протокола учредительного собрания (решения учредителей).

4) Заверенная нотариально или регистрирующим органом копия свидетельства о регистрации.

5) Техничко-экономическое обоснование создания клирингового учреждения, включающее:

- наименование региона, охватываемого расчетами;
- количество банков и их клиентов;
- количество транзакций;
- расчет эффективности осуществления клиринговых операций (процент внутренних зачетов).

6) Справка о характеристиках программно-технических средств, содержащая: состав программно-технического обес-

печения, средств телекоммуникаций и используемых каналов связи; форматы электронных документов и правила передачи сообщений; основные сведения об организационных, аппаратных и программных способах защиты программного обеспечения и информации от несанкционированного доступа, обеспечения целостности информации.

7) Правила проведения межбанковских расчетов через клиринговое учреждение.

8) Сертификат, выданный организацией, имеющей соответствующие полномочия, и признаваемый Департаментом информатизации ЦБ РФ:

- на программные средства, подтверждающий безошибочную реализацию заявленных разработчиком функций, отсутствие скрытых побочных эффектов;

- на программно-технические средства, обеспечивающие защиту информации.

9) Сведения о профессиональной пригодности руководителей (председателя и главного бухгалтера) клирингового учреждения, удовлетворяющие следующим требованиям:

- наличие высшего образования;
- отсутствие судимостей за хозяйственные, должностные, иные тяжкие преступления.

Для председателя необходимым требованием является опыт работы в области автоматизации банковской деятельности, для главного бухгалтера — стаж работы по специальности на руководящих должностях не менее 3 лет.

Если документы представлены не полностью либо не отвечают предъявленным требованиям к оформлению, они возвращаются без рассмотрения.

Департамент по регулированию деятельности банков рассматривает заявление (ходатайство) клирингового учреждения о выдаче лицензии на совершение расчетных (клиринговых) операций. Одновременно Департамент по регулированию деятельности банков направляет в Департамент информатизации ЦБ РФ экземпляр документов для выдачи заключения в виде технической лицензии.

Департамент информатизации проводит экспертизу документов, представленных для выдачи лицензии на совершение расчетных (клиринговых) операций электронными средствами, определяет степень готовности данного клирингового учреждения к включению в систему электронных расчетов Российской Федерации и выдает заключение в виде технической лицензии или мотивированный отказ.

Техническая лицензия может быть выдана в одном из трех видов:

- с правом работы в сетях, не имеющих точек входа в сеть ЦБ РФ;
- с правом работы в сетях, имеющих точки входа в сеть ЦБ РФ;
- с правом работы в сетях, имеющих точки входа в межгосударственные сети.

Техническая лицензия действительна в течение 1 года с момента регистрации и автоматически продляется на каждый последующий год, если не была осуществлена замена или модернизация программно-технических средств на более современные, повлекшие за собой изменение технологии клиринговых расчетов или защиты информации.

В этом случае необходимо представить в Департамент информатизации ЦБ РФ ходатайство о пересмотре технической лицензии, справку об измененном составе программно-технических средств.

Документы, представленные для получения лицензии, рассматриваются в течение трех месяцев со дня их поступления в ЦБ РФ. В случае положительного решения клиринговому учреждению выдается лицензия ЦБ РФ.

На одном экземпляре представленного ЦБ РФ устава клирингового учреждения делается отметка о выдаче лицензии с указанием ее номера и даты выдачи, заверенная подписью должностного лица ЦБ РФ. Этот экземпляр возвращается клиринговому учреждению.

Документы, представленные в ЦБ РФ для получения лицензии, хранятся в ЦБ РФ.

Действие лицензии на совершение клиринговых операций может быть приостановлено в случае:

- обоснованных претензий к функционированию клирингового учреждения со стороны его клиентов, государственной налоговой службы, других лиц, о чем доводится до сведения Департамента по регулированию деятельности банков и клирингового учреждения в письменном виде;

- нарушения требований о продлении технической лицензии.

Центральный банк России может отказать в выдаче лицензии на проведение расчетных (клиринговых) операций в следующих случаях:

- несоответствие учредительных документов действующему в Российской Федерации законодательству или Положению о клиринговом учреждении;

- мотивированный отказ Департамента информатизации ЦБ РФ в выдаче технической лицензии.

В случае внесения изменений в учредительные документы клиринговое учреждение обязано в месячный срок уведомить Департамент по регулированию деятельности банков об изменениях, внесенных в учредительные документы, с приложением заверенных нотариально или регистрирующим органом копий изменений учредительных документов.

Клиринговые операции, проводимые без лицензии ЦБ РФ, считаются недействительными, а полученный от них доход изымается в пользу государства.

Клиринговым учреждениям запрещено осуществлять посредническую деятельность, деятельность в сфере материального производства и торговли материальными ценностями, операции по страхованию всех видов, за исключением страхования валютных, кредитных рисков и сделок в пределах, необходимых для гарантирования сделок и возмещения ущерба в случае их неисполнения, а также виды деятельности, в которых может быть использована конфиденциальная информация, циркулирующая в клиринговой системе.

Надзор за деятельностью клирингового учреждения осуществляет Центральный банк России и его главные управления по месту нахождения клирингового учреждения.

Деятельность клирингового учреждения подлежит ежегодной проверке аудиторскими организациями.

Клиринговые центры вправе совершать следующие операции, обеспечивающие проведение клиринга:

- прием расчетных документов от клиентов клирингового учреждения в электронной форме по каналам связи;
- ввод с автоматизированных рабочих мест расчетных документов с магнитных носителей (допускается использование документов на бумажных носителях в соответствии с «Положением о безналичных расчетах в Российской Федерации»);
- идентификация и контроль поступающих расчетных документов на наличие банка-плательщика и банка-получателя в базе данных клирингового учреждения;
- контроль на наличие заявленной к платежу суммы на счете банка-плательщика;
- открытие и ведение счетов клиентов клирингового учреждения по внутренним и внешним проводкам;
- сортировка (адресование) первичных и результирующих расчетных документов для проводки и последующей рассылки;
- осуществление проводок расчетных документов по счетам клиентов клирингового учреждения с зачетом взаимных платежей, формирование сводных авизо;
- перерасчет валютного курса;
- печать выписок по счетам клиентов на основании электронных прототипов;
- подведение баланса по окончании операционного дня;
- рассылка выписок по счетам клиентов, других отчетных документов (по каналам связи в электронной форме, на магнитных или бумажных носителях) клиентам и банкам-корреспондентам в соответствии с регламентом обслуживания;
- передача отчетных документов в учреждении ЦБ РФ в установленных формах, порядке и сроках.

Клиринговые учреждения вправе совершать банковские операции, поддерживающие выполнение клиринга:

- привлечение вкладов (депозитов) и предоставление краткосрочных кредитов по соглашению с заемщиком;

- открытие и ведение счетов клиентов и банков-корреспондентов;
- осуществление расчетов по поручению клиентов и банков-корреспондентов;
- оказание брокерских и консультационных услуг, осуществление лизинговых операций;
- приобретение права требования по поставке товаров и оказанию услуг, принятие рисков исполнения таких требований и инкассирование этих требований (форфейтинг), а также выполнение этих операций с дополнительным контролем за движением товаров (факторинг).

Эти операции могут производиться как в рублях, так и в иностранной валюте при наличии соответствующей лицензии.

Клиринговое учреждение представляет в ЦБ Российской Федерации статистическую и бухгалтерскую отчетность по формам и в срок, установленные для коммерческих банков.

По отношению к клиринговому учреждению, допускающему недостатки в работе и нарушения правил проведения операций Главное управление ЦБ РФ, на которое возложен надзор за их деятельностью, имеет право применять различные меры воздействия:

- направлять своих представителей в клиринговое учреждение для выяснения причин имеющихся недостатков и выработки предложений по их устранению;
- давать рекомендации руководству клирингового учреждения о возможных путях устранения недостатков;
- предъявлять требования к высшему органу руководства клирингового учреждения в принятии мер по устранению нарушений в определенные сроки, включая замену руководителей клирингового учреждения;

¹¹ См.: Указание Банка России от 01 июня 1998 г. № 244-У «О регистрации небанковских кредитных организаций, осуществляющих операции по инкассации, и особенностях лицензирования их деятельности // Вестник Банка России. 1998. 10 июня. № 38.

- вносить на рассмотрение Совета директоров ЦБ РФ предложений о приостановлении действия лицензии, введении ограничений на проведение клиринговых операций, отзыве лицензии.

Лицензия может быть отозвана или введены ограничения на проведение операций в следующих случаях:

- обнаружение недостоверных сведений, на основании которых выдана лицензия;

- предоставление недостоверных или вводящих в заблуждение балансовых данных, статистической отчетности и других сведений, или непредоставление требуемых данных;

- задержка начала деятельности клирингового учреждения более чем на один год с даты получения лицензии на клиринговые операции;

- осуществление банковских операций, выходящих за пределы предоставленной лицензии;

- нарушение безопасности проведения клиринговых операций.

Деятельность клирингового учреждения прекращается на основании решения высшего органа управления клиринговым учреждением о ликвидации учреждения.

Ликвидация клирингового учреждения осуществляется в порядке, предусмотренном уставом клирингового учреждения и действующего законодательства.

Отзыв лицензии на совершение клиринговых операций не действует как решение о ликвидации клирингового учреждения.

Без лицензии клиринговое учреждение может работать по своим ограниченным функциям, определяемым в уставе.

Организации инкассации, на основании лицензии Банка России, вправе осуществлять следующую банковскую операцию: инкассацию денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов.

Указанные операции должны осуществляться в соответствии с действующими указаниями Банка России по данным вопросам¹¹.

Поскольку деятельность организаций инкассации связана с возникновением главным образом операционных рис-

ков, требования по пруденциальному регулированию, в том числе по минимальной величине капитала, для организаций инкассации не устанавливаются.

Инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов должна быть обеспечена надежной охраной. Охрана может осуществляться организацией, специализирующейся на предоставлении такого рода услуг, на основании соответствующего договора с небанковской кредитной организацией либо осуществляется собственной службой безопасности небанковской кредитной организации.

В случае, если охрана будет осуществляться собственной службой безопасности, НКО после регистрации в Банке России должна согласовать устав службы безопасности в органах внутренних дел по месту своего нахождения. Для получения лицензии на осуществление операций по инкассации такая небанковская кредитная организация должна представить в территориальное учреждение Банка России нотариально удостоверенные копии документов: согласованного с органами внутренних дел устава службы безопасности; разрешения органа внутренних дел на хранение и использование служебного оружия; документов, подтверждающих право собственности или аренды на автомобили.

Если охрана инкассации будет осуществляться организацией, специализирующейся на охранных деятельности, такая НКО для получения лицензии на осуществление операций по инкассации должна представить в территориальное учреждение Банка России нотариально удостоверенные копии документов организации, специализирующейся на охранных деятельности: свидетельства о государственной

¹² Указанием ЦБР от 24 ноября 1998 г. № 421-У сбор за государственную регистрацию кредитной организации установлен в размере 0,1 % от размера уставного капитала кредитной организации, указанного в ее уставе, а за открытие филиала — в размере 100-кратного минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на момент уведомления Банка России об открытии филиала.

регистрации; устава; лицензии на охранную деятельность; разрешения органа внутренних дел на хранение и использование служебного оружия; договора на охрану с данной организацией и документов организации инкассации, подтверждающих право собственности или аренды на автомобили.

Российские банки взаимодействуют с кредитными организациями зарубежных стран, поэтому закон регулирует, во-первых, эти взаимоотношения, во-вторых, определяет понятие иностранного банка по российскому законодательству и, в-третьих, регулирует иностранные инвестиции.

В соответствии со ст. 1 ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» иностранный банк — банк, признанный таковым по законодательству иностранного государства, на территории которого он зарегистрирован.

Рассмотрим порядок государственной регистрации кредитных организаций и выдачи им лицензий на осуществление банковских операций.

Как уже упоминалось, кредитные организации подлежат государственной регистрации в Банке России. Банк России осуществляет государственную регистрацию кредитных организаций и ведет Книгу государственной регистрации кредитных организаций.

За регистрацию кредитных организаций взимается сбор в размере, определяемом Банком России, но не более 1 процента от объявленного уставного капитала кредитной организации. Указанный сбор поступает в доход федерального бюджета¹².

Лицензия на осуществление банковских операций кредитной организации выдается после ее государственной регистрации в порядке, установленном Федеральным законом «О банках и банковской деятельности в РСФСР».

С этого момента кредитные организации получают право осуществления банковских операций.

Лицензии, выдаваемые Банком России, учитываются в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций.

Реестр выданных кредитным организациям лицензий подлежит публикации Банком России в официальном издании Банка России — Вестнике Банка России не реже одного раза в год. Изменения и дополнения в указанный реестр публикуются Банком России в месячный срок со дня их внесения в реестр.

В лицензии на осуществление банковских операций указываются банковские операции, на осуществление которых данная кредитная организация имеет право, а также валюта, в которой эти банковские операции могут осуществляться.

Лицензия на осуществление банковских операций выдается без ограничения сроков ее действия.

Осуществление юридическим лицом банковских операций без лицензии влечет за собой взыскание с такого юридического лица всей суммы, полученной в результате осуществления данных операций, а также взыскание штрафа в двукратном размере этой суммы в федеральный бюджет. Взыскание производится в судебном порядке по иску прокурора, соответствующего федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на то федеральным законом, или Банка России.

Банк России вправе предъявить в арбитражный суд иск о ликвидации юридического лица, осуществляющего без лицензии банковские операции.

Граждане, незаконно осуществляющие банковские операции, несут в установленном законом порядке гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность.

Для государственной регистрации кредитной организации и получения лицензии на осуществление банковских операций представляются следующие документы:

- 1) Заявление с ходатайством о государственной регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций.

- 2) Учредительный договор, если его подписание предусмотрено федеральным законом.

- 3) Устав.

Устав кредитной организации утверждается учредителями, в соответствии с требованиями Федеральных законов «Об

акционерных обществах», «Об обществах с ограниченной ответственностью» и «О банках и банковской деятельности в РСФСР» и должен содержать:

- фирменное (полное официальное) наименование, а также все другие наименования, установленные Федеральным законом;

- указание на организационно-правовую форму;
- сведения о месте нахождения (почтовом адресе) органов управления и обособленных подразделений;

- перечень осуществляемых банковских операций и сделок в соответствии со статьей 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности в РСФСР»;

- сведения о размере уставного капитала;

- сведения о системе органов управления, в том числе исполнительных, и органов внутреннего контроля, о порядке их образования и их полномочиях;

- иные сведения, предусмотренные федеральными законами для уставов юридических лиц указанной организационно-правовой формы.

Кредитная организация обязана регистрировать в Банке России все изменения и дополнения, вносимые в свой устав. Банк России в месячный срок со дня подачи всех надлежащим образом оформленных документов принимает решение о регистрации изменений и дополнений в уставе кредитной организации.

4) Протокол собрания учредителей о принятии устава и об утверждении кандидатур для назначения на должности руководителей исполнительных органов и главного бухгалтера.

5) Свидетельство об уплате государственной пошлины.

6) Копии свидетельств о государственной регистрации учредителей — юридических лиц, аудиторские заключения о достоверности их финансовой отчетности, а также подтвер-

¹³ Согласно письму — официальному разъяснению ЦБР от 15 августа 2000 г. № 2-ОР для кредитных организаций, созданных до вступления в силу настоящего Федерального закона, подтверждением факта государственной регистрации служат их уставы, зарегистрированные Банком России.

ждения органами Государственной налоговой службы Российской Федерации выполнения учредителями — юридическими лицами обязательств перед федеральным бюджетом, бюджетами субъектов Российской Федерации и местными бюджетами за последние три года.

7) Декларации о доходах учредителей — физических лиц, заверенные органами Государственной налоговой службы Российской Федерации, подтверждающие источники происхождения средств, вносимых в уставный капитал кредитной организации.

8) Анкеты кандидатов на должности руководителей исполнительных органов и главного бухгалтера кредитной организации, заполняемые ими и содержащие сведения:

- о наличии у этих лиц высшего юридического или экономического образования (с представлением копии диплома или заменяющего его документа) и опыта руководства отделом или иным подразделением кредитной организации, связанным с осуществлением банковских операций, не менее одного года, а при отсутствии специального образования — опыта руководства таким подразделением не менее двух лет;

- о наличии (отсутствии) судимости.

При представлении всех документов Банк России выдает учредителям кредитной организации письменное подтверждение получения от них документов, необходимых для государственной регистрации кредитной организации и получения лицензии на осуществление банковских операций.

Принятие решения о государственной регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций или об отказе в этом производится в

¹⁴ Генеральная лицензия выдается банку, имеющему право осуществлять все виды банковских операций.

¹⁵ См.: Указание от 3 января 2001. № 895-7 О рублевом эквиваленте минимального размера уставного капитала, необходимого для создания кредитной организации, и минимального размера собственных средств (капитала банка), ходатайствующего о получении генеральной лицензии на осуществление банковских операций, на 1 квартал 2001 года. Используется по системе ГАРАНТ.

срок, не превышающий шести месяцев с даты представления всех предусмотренных Федеральным законом документов.

После принятия Банком России решения о государственной регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций Банк России в трехдневный срок уведомляет об этом учредителей кредитной организации с требованием произвести в месячный срок оплату 100 процентов ее объявленного уставного капитала и выдает учредителям свидетельство о государственной регистрации кредитной организации¹³.

Неоплата или неполная оплата уставного капитала в установленный срок является основанием для аннулирования решения о государственной регистрации кредитной организации.

Для оплаты уставного капитала Банк России открывает зарегистрированному банку, а при необходимости — и небанковской кредитной организации корреспондентский счет в Банке России. Реквизиты корреспондентского счета указываются в уведомлении Банка России о государственной регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций.

В соответствии со ст. 11 ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» уставный капитал кредитной организации составляется из величины вкладов ее участников и определяет минимальный размер имущества, гарантирующего интересы ее кредиторов.

Банк России устанавливает предельный размер неденежной части в уставном капитале кредитных организаций, а

¹⁶ Указанием ЦБР от 30 сентября 1998 г. № 365-У разрешено производить оплату взносов в уставные капиталы кредитных организаций в иностранной валюте.

¹⁷ Указанием ЦБР от 31 декабря 1998 г. № 474-У установлено, что при наличии разрешения Совета директоров Банка России участники (акционеры) кредитной организации вправе производить оплату уставного капитала создаваемой кредитной организации и увеличение уставного капитала действующей кредитной организации иными принадлежащими им активами, не являющимися денежными средствами или банковским зданием (помещением). Предельный размер и состав таких активов определяются Советом директоров Банка России.

также минимальный размер уставного капитала вновь регистрируемых кредитных организаций. Норматив минимального размера уставного капитала может устанавливаться в зависимости от вида кредитных организаций.

Так, в соответствии с Указаниями Банка России от 3 января 2001 г. № 895-7 установлены следующие требования к минимальному размеру уставного капитала вновь создаваемых кредитных организаций: для банка, за исключением дочернего банка иностранного банка, — в размере не менее 26 150 000 руб.

Для небанковской кредитной организации, за исключением дочерней небанковской кредитной организации иностранного банка, — в размере не менее 2 615 000 руб.

Для создаваемой дочерней кредитной организации иностранного банка — в размере 261 500 000 руб.

Размер собственных средств (капитала) банка, ходатайствующего о получении Генеральной лицензии¹⁴ на осуществление банковских операций, должен быть не менее 130 750 000 руб.¹⁵

Указанные минимальные размеры уставного капитала могут быть изменены Банком России.

Решение Банка России об изменении минимального размера уставного капитала вступает в силу не ранее чем через 90 дней после дня его официального опубликования. Для вновь регистрируемых кредитных организаций Банком России применяется норматив минимального размера уставного капитала, действующий на день подачи документов на регистрацию и получение лицензии.

Банк России не имеет права требовать от ранее зарегистрированных кредитных организаций изменения их уставного капитала.

¹⁸ В соответствии с указанием ЦБР от 8 июня 1999 г. № 571-У для оплаты долей (акций) создаваемых и действующих кредитных организаций могут быть использованы облигации федерального займа с постоянным купонным доходом. Предельный размер части уставного капитала кредитной организации, оплаченной облигациями, может составлять не более 25 % от общего размера уставного капитала кредитной организации. Настоящая Инструкция применяется с учетом этого указания.

Уставный капитал кредитной организации, создаваемой в форме акционерного общества, составляется из номинальной стоимости ее акций, приобретенных учредителями кредитной организации.

Уставный капитал кредитной организации, создаваемой в форме общества с ограниченной или с дополнительной ответственностью, составляется из номинальной стоимости долей ее учредителей.

Вклады в уставный капитал кредитной организации могут быть в виде:

- денежных средств в валюте Российской Федерации¹⁶;
- материальных активов [в том числе банковского здания (помещения), в котором располагается кредитная организация, за исключением незавершенного строительства].

Материальные активы должны быть оценены и отражены в балансе кредитной организации в валюте Российской Федерации¹⁷.

Вклад не может быть в виде имущества, если право распоряжения им ограничено в соответствии с федеральным законодательством или заключенными ранее договорами.

Денежная оценка материальных активов, вносимых в оплату части уставного капитала кредитной организации при ее создании, утверждается общим собранием учредителей.

Денежная оценка материальных активов, вносимых в оплату части уставного капитала действующей в форме акционерного общества кредитной организации, производится Советом директоров кредитной организации.

В случаях, предусмотренных федеральными законами, материальные активы, вносимые в оплату части уставного капитала кредитной организации, оцениваются независимым оценщиком.

Внесенные в уставный капитал кредитной организации в установленном порядке денежные средства и материальные активы становятся ее собственностью.

Предельный размер (норматив) неденежной части уставного капитала создаваемой кредитной организации не должен превышать 20 процентов¹⁸.

В случае внесения в уставный капитал кредитной организации материальных активов должны быть представлены документы, подтверждающие право учредителей (участников) на их внесение в уставный капитал кредитной организации.

Не могут быть использованы для формирования уставного капитала кредитной организации привлеченные денежные средства, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Средства федерального бюджета и государственных внебюджетных фондов, свободные денежные средства и иные объекты собственности, находящиеся в ведении федеральных органов государственной власти, не могут быть использованы для формирования уставного капитала кредитной организации, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Средства бюджетов субъектов Российской Федерации, местных бюджетов, свободные денежные средства и иные объекты собственности, находящиеся в ведении органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, могут быть использованы для формирования уставного капитала кредитной организации на основании соответственно законодательного акта субъекта Российской Федерации или решения органа местного самоуправления в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами.

Кредитная организация вправе увеличить и уменьшить размер своего уставного капитала.

Кредитная организация обязана объявить и согласовать с территориальным учреждением Банка России уменьшение уставного капитала в установленном порядке, если по окончании второго и каждого последующего финансового года стоимость чистых активов (собственных средств) кредитной организации окажется меньше ее уставного капитала.

Решение об уменьшении уставного капитала кредитной организации до размера ее чистых активов (собственных

средств) принимается на годовом (очередном) общем собрании участников кредитной организации.

При формировании уставного капитала должны соблюдаться антимонопольные требования, установленные ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» и Инструкцией Банка России от 23 июля 1998 года № 75-И.

При предъявлении документов, подтверждающих оплату 100 процентов объявленного уставного капитала кредитной организации, Банк России в трехдневный срок выдает кредитной организации лицензию на осуществление банковских операций.

Кредитная организация обязана сообщать Банку России обо всех изменениях в персональном составе руководителей исполнительных органов и о замене главного бухгалтера в двухнедельный срок со дня принятия такого решения. Сообщение о назначении нового руководителя и (или) главного бухгалтера должно содержать сведения, предусмотренные Федеральным законом и аналогичные сведениям, подаваемым при регистрации кредитной организации. Банк России в месячный срок дает согласие на указанные назначения или представляет мотивированный отказ в письменной форме на основаниях, предусмотренных статьями 16 Федерального закона.

Отказ в государственной регистрации кредитной организации и выдаче лицензии на осуществление банковских операций допускается только по следующим основаниям:

1. Несоответствие квалификационным требованиям, предъявляемым к предлагаемым кандидатам на должности руководителей исполнительных органов и (или) главного бухгалтера. Под несоответствием квалификационным требованиям, предъявляемым к указанным лицам, понимается:

- отсутствие у них высшего юридического или экономического образования и опыта руководства отделом или иным подразделением кредитной организации, связанного с осуществлением банковских операций, либо опыта руководства таким подразделением не менее двух лет;

- наличие судимости за совершение преступлений против собственности, хозяйственных и должностных преступлений;

- совершение в течение года административного правонарушения в области торговли и финансов, установленного вступившим в законную силу постановлением органа, уполномоченного рассматривать дела об административных правонарушениях;

- наличие в течение последних двух лет фактов расторжения с указанными лицами трудового договора (контракта) по инициативе администрации по основаниям, предусмотренным пунктом 2 статьи 254 Кодекса законов о труде Российской Федерации.

2. Неудовлетворительное финансовое положение учредителей кредитной организации или невыполнение ими своих обязательств перед федеральным бюджетом, бюджетами субъектов Российской Федерации и местными бюджетами за последние три года.

3. Несоответствие документов, поданных для государственной регистрации кредитной организации и получения лицензии, требованиям федеральных законов.

¹⁹ Нерезиденты —

а) физические лица, имеющие постоянное место жительства за пределами РФ, в том числе временно находящиеся в РФ;

б) юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ;

в) предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ;

г) находящиеся в РФ иностранные дипломатические и иные официальные представительства, а также международные организации и их филиалы и представительства;

д) находящиеся в РФ филиалы и представительства нерезидентов, указанных в п. «б» и «в».

Решение об отказе в государственной регистрации и выдаче лицензии сообщается учредителям кредитной организации в письменной форме и должно быть мотивировано.

Отказ в государственной регистрации и выдаче лицензии, непринятие Банком России в установленный срок соответствующего решения могут быть обжалованы в арбитражный суд.

Для государственной регистрации кредитной организации с иностранными инвестициями и филиала иностранного банка и получения ими лицензии на осуществление банковских операций помимо документов, необходимых для регистрации кредитной организации, дополнительно представляются надлежащим образом оформленные следующие документы.

Иностранное юридическое лицо представляет:

1) решение о его участии в создании кредитной организации на территории Российской Федерации или об открытии филиала банка;

2) документ, подтверждающий регистрацию юридического лица, и балансы за три предыдущих года, подтвержденные аудиторским заключением;

3) письменное согласие соответствующего контрольного органа страны его местопребывания на участие в создании кредитной организации на территории Российской Федерации или на открытие филиала банка в тех случаях, когда такое разрешение требуется по законодательству страны его местопребывания.

Иностранное физическое лицо представляет подтверждение первоклассным (согласно международной практике) иностранным банком платежеспособности этого лица.

ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» устанавливает также дополнительные требования к созданию и деятельности кредитных организаций с иностранными инвестициями и филиалов иностранных банков.

Указанные требования заключаются в следующем.

Размер (квота) участия иностранного капитала в банковской системе Российской Федерации устанавливается федеральным законом, по предложению Правительства Российской Федерации, согласованному с Банком России. Указанная квота рассчитывается как отношение суммарного капитала, принадлежащего нерезидентам¹⁹ в уставных капиталах кредитных организаций с иностранными инвестициями, и капитала филиалов иностранных банков к совокупному уставному капиталу кредитных организаций, зарегистрированных на территории Российской Федерации.

Банк России прекращает выдачу лицензий на осуществление банковских операций банкам с иностранными инвестициями, филиалам иностранных банков при достижении установленной квоты.

Кредитная организация обязана получить предварительное разрешение Банка России на увеличение своего уставного капитала за счет средств нерезидентов, на отчуждение (в том числе продажу) своих акций (долей) в пользу нерезидентов, а участники кредитной организации — резиденты — на отчуждение принадлежащих им акций (долей) кредитной организации в пользу нерезидентов. Указанные сделки по отчуждению акций (долей) нерезидентам, совершенные без разрешения Банка России, являются недействительными, за исключением случаев, предусмотренных действующим законодательством.

Банк России имеет право наложить запрет на увеличение уставного капитала кредитной организации за счет средств нерезидентов и на отчуждение акций (долей) в пользу нерезидентов, если результатом указанного действия являет-

²⁰ В настоящее время действует «Положение об особенностях регистрации кредитных организаций с иностранными инвестициями и о порядке получения предварительного разрешения Банка России на увеличение уставного капитала зарегистрированной кредитной организации за счет средств нерезидентов»: Утв. Приказом ЦБР от 23 апреля 1997 г. № 02-195 // Вестник Банка России. 1997. № 25 (188). 30 апреля.

ся превышение квоты участия иностранного капитала в банковской системе Российской Федерации.

Заявление о намерении увеличить уставный капитал кредитной организации за счет средств нерезидентов и об отчуждении акций (долей) в пользу нерезидентов рассматривается Банком России в двухмесячный срок со дня подачи заявления. Результатом его рассмотрения является разрешение Банка России на проведение указанной в заявлении операции или мотивированный отказ в письменной форме. В случае, если Банк России не сообщил о принятом решении в течение установленного срока, указанная операция считается разрешенной.

Банк России вправе по согласованию с Правительством Российской Федерации устанавливать для кредитных организаций с иностранными инвестициями и филиалов иностранных банков ограничения на осуществление банковских операций, если в соответствующих иностранных государствах в отношении банков с российскими инвестициями и филиалов российских банков применяются ограничения в их создании и деятельности.

Банк России имеет право устанавливать в порядке, установленном Федеральным законом «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», дополнительные требования 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 банков²⁰.

Многочисленные коммерческие банки принято классифицировать по различным основаниям.

²¹ См.: Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 41.

По видам банковских операций, которые осуществляют банки их можно подразделить на две группы: универсальные банки, осуществляющие широкий круг банковских операций и специализированные банки, оказывающие преимущественно один вид или ограниченное число видов услуг, например сберегательные операции.

В России, как и в других странах, практика идет по пути создания универсальных банков.

По наличию у банка филиалов можно выделить банки, имеющие филиалы и бесфилиальные банки.

По территории, на которую распространяется деятельность того или иного банка, их можно разделить на региональные банки, деятельность которых осуществляется на ограниченной территории, и банки, не ограничивающие себя территориальными рамками.

Территориальное распределение банковских организаций отличается крайней неравномерностью.

Большое число крупных банков существует в таких городах, как Москва, Санкт-Петербург, Уфа, Екатеринбург, Владивосток и др. Очень мало банков работает в сельской местности, в дальних районах.

Особенностью российского банковского рынка является то, что большинство банков (особенно в провинции) имеют ярко выраженную региональную ориентацию, в результате чего существует множество относительно обособленных локальных рынков. Это говорит о неразвитости системы коммерческих банков.

В зависимости от целей создания принято различать банки, созданные для финансирования отдельных целевых программ (так называемые банки развития), и банки, деятельность которых не ограничивается масштабами одной отрасли хозяйства или конкретной программы.

В зависимости от организационно-правовой формы, в которой создаются банки, их подразделяют на акционерные и паевые банки.

²² Gavalda C., Stoufflet J. Droit de la banque. Paris, 1974. P. 248.

Согласно ст. 1 Закона «О банках и банковской деятельности в РСФСР» кредитные организации, в том числе банки, могут быть созданы в форме акционерных обществ, обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью.

В литературе высказывается мнение, что запрет на создание кредитных организаций в формах полного и командитного товарищества является необоснованным²¹.

По нашему мнению, такая организационно-правовая форма, как товарищество, могла бы быть привлекательной для коммерческих партнеров банка, поскольку она предполагает полную ответственность его участников.

Неслучайно французское законодательство санкционирует создание коммерческих банков в следующих формах: полное товарищество, простое или акционерное командитное товарищество, акционерное общество с постоянным капиталом²². На наш взгляд, необходимо внести следующие изменения в Федеральный закон от 03.02.96 № 17-ФЗ «О банках и банковской деятельности»: абзац 1 ст. 1 дополнить словами «или товарищество».

Выделяют крупные, средние и мелкие банки. Классификация коммерческих банков на указанные группы имеется в специальной литературе. Однако на сегодняшний день наше законодательство не содержит конкретных критериев для отнесения коммерческих банков к той или иной группе. Ранее Центральный банк РФ рассматривал в качестве мелких банков те из них, которые имели уставный капитал до 5 млн руб., средних – до 25 млн руб., крупных банков – свыше 100 млн руб. Но в связи с решением Центрального банка России об увеличении минимального уставного капитала коммерческих банков до 100 млн руб. необходимо выработать другой подход для классификации банков на мелкие, средние и крупные.

В зависимости от базы, на которой они создавались, их подразделяют на банки, созданные на базе бывших государственных спецбанков, и коммерческие банки, образованные

²³ Вестник Банка России. 1998. 10 июня.

впервые. Данная классификация используется в связи с тем, что между этими группами банков сохраняется определенное неравенство. Банки, созданные на базе прежних спецбанков, находятся в лучшем положении. Они имеют более надежную клиентуру, более квалифицированные кадры, чем вновь образованные банки.

Наиболее значительной — как по количественным характеристикам, так и по их влиянию на российский банковский рынок — является первая группа. Вместе с тем исследования показали, что новые банки гораздо активнее проводят операции по кредитованию и привлечению средств клиентов.

Также реже новые банки пользуются межбанковскими кредитами. Это объясняется тем, что новые банки за получением межбанковского кредита вынуждены обращаться к другим коммерческим банкам или на биржу и получать их под очень высокий процент. В свою очередь старые банки, как правило, получают относительно более дешевые централизованные кредиты.

В зависимости от источников формирования уставного капитала все банки разделяют на банки, уставный капитал которых полностью образован за счет взносов российских юридических и физических лиц, и банки с иностранными инвестициями.

В соответствии с «Положением об особенностях регистрации кредитных организаций с иностранными инвестициями и о порядке получения предварительного разрешения Банка России на увеличение уставного капитала зарегистрированной кредитной организации за счет средств нерезидентов» от 23.04.97 № 437 под кредитными организациями с иностранными инвестициями понимаются кредитные организации — резиденты, уставный капитал которых сформирован с участием средств нерезидентов независимо от их доли в уставном капитале.

²⁴ См.: Братко А.Г. Банковское право (теория и практика). М.: Изд-во ПРИОР, 2000. С. 136.

По структуре клиентов того или иного банка их подразделяют на банки, совершающие операции с любой клиентурой, и банки взаимного кредита. Деятельность последних основывается на принципах кредитной кооперации. Они привлекают средства своих участников (пайщиков, акционеров) и осуществляют кредитование только этих лиц.

Согласно Инструкции Банка России от 01 октября 1997 г. № 1²³ собственные средства кредитной организации включают уставный капитал, фонды и прибыль.

Уставный капитал гарантирует требования кредиторов. Однако специфика кредитной организации заключается в том, что она включает в оборот не только свои, но и чужие денежные средства. Поэтому определенной гарантией надежности, ликвидности и платежеспособности являются ее собственные средства.

В ст. 64 Федерального закона «О Центральном банке РФ (Банке России)» предусматривается, что максимальный размер крупных кредитных рисков устанавливается как процентное соотношение совокупной величины крупных рисков и собственных средств кредитной организации. Крупным кредитным риском является объем кредитов, гарантий и поручительств в пользу одного клиента в размере свыше 5 процентов собственных средств кредитной организации. Максимальный размер крупных кредитных рисков не может превышать 25 процентов собственных средств кредитной организации.

Согласно ст. 73 Федерального закона «О Центральном банке РФ (Банке России)» Банк России устанавливает методики 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.

²⁵ См.: Вестник банка России. 1998. 10 июня. № 38.

²⁶ Там же.

²⁷ Там же.

Банк России вправе устанавливать дифференцированные нормативы и методики их расчета по видам банков и иных кредитных организаций.

О предстоящем изменении нормативов и методик их расчета Банк России официально объявляет не позднее чем за месяц до их введения в действие. Обязательные экономические нормативы деятельности банков установлены Инструкцией Банка России от 1 октября 1997 года № 1-И «О порядке регулирования деятельности банков».

Учитывая эту норму, а также соответствующие нормы Федерального закона «О банках и банковской деятельности», в которых закреплены требования соблюдения нормативов, нужно рассмотреть проблему определения собственных средств кредитной организации²⁴.

Проблема определения собственных средств кредитной организации имеет юридический, финансовый и бухгалтерский аспекты.

Она имеет юридическое значение, поскольку здесь есть связь с уставным капиталом. Понятие уставного капитала определенным образом соотносится с понятием «основной и дополнительный капитал». Кроме того, нужно учитывать, что

²⁸ Об особенностях применения принудительных мер воздействия за нарушение пруденциальных норм деятельности кредитными организациями, привлекшими один или несколько субординированных кредитов в иностранной валюте, см.: Указание ЦБР от 21 декабря 2000 г. № 872-У.

О порядке взыскания штрафов за нарушение кредитными организациями обязательных экономических нормативов см.: Инструкция ЦБР от 31 марта 1997 г. № 59 // Вестник Банка России. 1997. № 23 (186). 17 апреля.

²⁹ Телеграммой ЦБР от 13 июля 1995 г. № 87-95 сообщено, что для расчета предельной суммы штрафа, которая может быть взыскана с кредитной организации в порядке статьи 75 ФЗ «О Центральном банке», применяется размер минимального уставного капитала в сумме 1 миллион экю с ежеквартальным определением Банком России рублевого эквивалента См.: Финансовая газета. 1995. № 30.

если уставный капитал нельзя формировать заемными средствами (в соответствии со ст. 11 ФЗ «О банках и банковской деятельности»), то дополнительный капитал при определенных условиях — можно. Это обстоятельство имеет существенное значение для понимания механизмов формирования капитала кредитной организации и его оценки не только с точки зрения надежности, но и с точки зрения правомерности.

В принятом Банком России Положении от 1 июня 1998 г. № 31-П «О методике расчета собственных средств (капитала) кредитных организаций»²⁵ (с изменениями, внесенными Указаниями Банка России от 15 июня 1999 г. № 576-У, от 4 февраля 1999 г. № 496 –У и от 31 декабря 1998 г. № 473-У) сказано: «Величина собственных средств (капитала) кредитных организаций в соответствии с методикой, установленной Банком России, определяется как сумма основного капитала и дополнительного капитала»²⁶.

В состав дополнительных средств включаются субординированные кредиты — привлеченные кредитной организацией кредиты (заем, депозит), договор о предоставлении которого отвечает следующим условиям: заключен сроком не менее 5 лет, предоставлен в валюте РФ, а также в иностранных валютах стран из числа «группы развитых стран», не истребуется кредитором ранее окончания срока действия договора, при ликвидации кредитной организации-заемщика требования кредитора не могут удовлетворяться ранее полного удовлетворения требований иных кредиторов²⁷.

Банк России осуществляет надзор за исполнением кредитными организациями требований действующего законодательства.

В соответствии со ст. 19 ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» в случае нарушения федеральных законов,

³⁰ В настоящее время деятельность временной администрации регулируется Федеральным законом от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» (с изм. от 2 января 2000). См.: Собрание законодательства РФ. 1999. № 9. 1 марта. Ст. 1097.

нормативных актов и предписаний Банка России, устанавливаемых им обязательных нормативов, непредставления информации, представления неполной или недостоверной информации, а также совершения действий, создающих реальную угрозу интересам вкладчиков и кредиторов, Банк России имеет право в порядке надзора применять к кредитной организации меры, установленные Федеральным законом «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)».

Банк России имеет право требовать от кредитной организации устранения выявленных нарушений, взыскивать штраф в размере до одной десятой процента от размера минимального уставного капитала либо ограничивать проведение отдельных операций на срок до шести месяцев²⁸.

В случае невыполнения в установленный Банком России срок предписаний об устранении нарушений, а также в случае, если эти нарушения или совершаемые кредитной организацией операции создали реальную угрозу интересам кредиторов (вкладчиков), Банк России вправе:

1) взыскать с кредитной организации штраф до 1 процента от размера оплаченного уставного капитала, но не более 1 процента от минимального размера уставного капитала²⁹;

2) потребовать от кредитной организации:

а) осуществления мероприятий по финансовому оздоровлению кредитной организации, в том числе изменения структуры активов;

б) замены руководителей кредитной организации;

в) реорганизации кредитной организации;

3) изменить для кредитной организации обязательные нормативы на срок до шести месяцев;

4) ввести запрет на осуществление кредитной организацией отдельных банковских операций, предусмотренных

³¹ О порядке инициирования отзыва у кредитных организаций лицензий в соответствии с пунктами 5, 6 и 7 статьи 20 Федерального закона «О банках и банковской деятельности в РСФСР» см.: Письмо ЦБР от 23 апреля 1999 г. № 136-Т.

выданной лицензией, на срок до одного года, а также на открытие филиалов на срок до одного года;

5) назначить временную администрацию по управлению кредитной организацией на срок до шести месяцев. Порядок назначения и деятельности временной администрации устанавливается федеральными законами и издаваемыми в соответствии с ними нормативными актами Банка России³⁰.

Банк России вправе отозвать у кредитной организации лицензию на осуществление банковских операций по основаниям, предусмотренным Федеральным законом «О банках и банковской деятельности».

Порядок отзыва лицензии на осуществление банковских операций устанавливается нормативными актами Банка России.

Банк России может отозвать лицензию на осуществление банковских операций в случаях:

1) установления недостоверности сведений, на основании которых выдана лицензия;

2) задержки начала осуществления банковских операций, предусмотренных лицензией, более чем на год со дня ее выдачи;

3) установления фактов недостоверности отчетных данных, задержки более чем на 15 дней представления ежемесячной отчетности (отчетной документации);

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 Федеральным законом «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»;

³² Об исполнении исполнительных документов по имущественным взысканиям к кредитным организациям, у которых отозвана лицензия на осуществление банковских операций, см.: Письмо ЦБР от 15.03.99 № 93-Т.

б) неспособности кредитной организации удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей в течение одного месяца с наступления даты их исполнения, если требования к кредитной организации в совокупности составляют не менее одной тысячи минимальных размеров оплаты труда, установленных федеральным законом;

7) неоднократного в течение года виновного неисполнения содержащихся в исполнительных документах судов, арбитражных судов требований о взыскании денежных средств со счетов (вкладов) клиентов кредитной организации при наличии денежных средств на счете (во вкладе) указанных лиц³¹.

Отзыв лицензии на осуществление банковских операций по другим основаниям, кроме предусмотренных федеральным законом, не допускается.

Сообщение об отзыве лицензии на осуществление банковских операций публикуется Банком России в официальном издании Банка России («Вестник Банка России») в недельный срок со дня принятия соответствующего решения.

Отзыв лицензии — это крайняя мера. В кредитной организации, у которой отозвана лицензия на осуществление банковской деятельности, в течение одного месяца с момента ее отзыва должна быть создана ликвидационная комиссия (ликвидатор) или в отношении ее должны быть применены процедуры банкротства.

³³ О порядке применения статьи 20 ФЗ «О Банках и банковской деятельности в РСФСР» в части обращения Банка России в арбитражный суд с иском о ликвидации кредитной организации после отзыва лицензии на осуществление банковских операций см.: Письмо ЦБР от 22 мая 1996 г. № 283.

³⁴ О порядке представления в Банк России ходатайства об аннулировании лицензии на осуществление банковских операций при прекращении деятельности в порядке ликвидации кредитной организации на основании решения ее учредителей (участников) см.: Указание ЦБР от 1 марта 2000 г. № 749-У.

Если это не сделано, то Банк России вправе обратиться в арбитражный суд с требованием о ликвидации кредитной организации в принудительном порядке.

С момента отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций:

1) срок исполнения обязательств кредитной организации считается наступившим. Обязательства кредитной организации в иностранной валюте учитываются в рублях по курсу Банка России, действовавшему на дату отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций;

2) прекращается начисление процентов, а также неустоек (штрафов, пени) и иных финансовых (экономических) санкций по обязательствам кредитной организации;

3) приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям, за исключением исполнения исполнительных документов, выданных на основании судебных решений о взыскании задолженности по заработной плате, выплате вознаграждений по авторским договорам, алиментов, а также о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, и морального вреда, вступивших в законную силу до момента отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций³²;

4) до момента создания ликвидационной комиссии (ликвидатора) или назначения арбитражным судом конкурсного управляющего запрещаются заключение сделок кредитной организацией и исполнение обязательств по сделкам кредитной организации (за исключением сделок, связанных с текущими коммунальными и эксплуатационными платежами кредитной организации, а также с выплатой выходных пособий и оплатой труда лиц, работающих по трудовому договору (контракту), в пределах сметы расходов, согласуемой с Банком России либо с уполномоченным представителем Банка России в случае его назначения)³³.

Ликвидация или реорганизация кредитной организации осуществляется в соответствии с общими положениями, предусмотренными ГК РФ, с учетом требований Федерального закона «О банках и банковской деятельности в РСФСР», Фе-

дерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций».

В случае прекращения деятельности кредитной организации на основании решения ее учредителей (участников) Банк России на основании ходатайства кредитной организации принимает решение об аннулировании лицензии на осуществление банковских операций. Порядок представления кредитной организацией указанного ходатайства регулируется нормативными актами Банка России³⁴.

В случае аннулирования или отзыва лицензии на осуществление банковских операций кредитная организация в течение 15 дней с момента принятия такого решения возвращает указанную лицензию в Банк России.

Сообщение об аннулировании записи о регистрации кредитной организации подлежит опубликованию Банком России в официальном издании Банка России («Вестник Банка России») в месячный срок после внесения указанного изменения в Книгу государственной регистрации кредитных организаций.

Глава 2

ДОГОВОР БАНКОВСКОГО СЧЕТА

К числу весьма распространенных гражданско-правовых договоров принадлежит договор банковского счета. По этому договору 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 (п. 1 ст. 845 ГК РФ).

Институт договора банковского счета не является новым для российского гражданского права, но в советский период нашей истории он регулировался лишь подзаконными нормативными актами. Условия и порядок заключения такого договора, а также его исполнения ранее регулировались ведомственными нормативными актами Госбанка СССР, в частности главой 1 Инструкции Госбанка СССР № 2. Впервые на законодательном уровне договор банковского счета урегулирован в Гражданском кодексе РФ. Нормы, регулирующие рассматриваемый договор, объединены в главу 45, насчитывающую пятнадцать статей (845-860). Кроме ГК РФ договор банковского счета регулируется рядом специальных законов и подзаконных нормативных актов (среди них — Закон «О банках и банковской деятельности»).

Определенную роль в регулировании отношений по договору банковского счета играют локальные нормы, которые устанавливаются самими банками и содержат условия открытия и порядок ведения операций по отдельным видам банковских счетов. Локальные нормы должны издаваться в соответствии с банковским законодательством и не могут противоречить ему.

¹ См.: Телеграмма ЦБ РФ от 21.02.1994. № 47—94.

Как уже упоминалось, по договору 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. Таково легальное определение договора банковского счета. Его нельзя признать совершенным по следующим соображениям. Во-первых, потому, что оно сконструировано как определение одностороннего договора, в котором права находятся только на одной стороне, а обязанности — только на другой стороне. В действительности договор банковского счета — двухсторонний, так как на его основании права и обязанности возникают у обеих сторон. Во-вторых, денежные средства клиента или предназначенные для клиента поступают не на счет, а в банк, который и зачисляет их на счет клиента. В-третьих, не следовало бы клиента банка называть владельцем счета, так как он этим счетом ни в коей мере не владеет. Счет — это документ банка, который в соответствии с банковскими правилами никогда не выдается клиенту, а потому и не может поступать в его владение.

Понятие «клиент банка» значительно шире понятия, обозначенного термином «владелец счета». Для обозначения такого рода клиентов банка, несомненно, нужен специальный термин, но не такой, который противоречит гражданско-правовому понятию «владение». Представляется приемлемым такой термин — «лицо, которому открыт счет», или, еще точнее, — «лицо, на имя которого открыт счет».

На наш взгляд, более удачным является такое определение рассматриваемого договора: по договору банковского счета банк обязуется принимать поступающие к нему на имя клиента и зачислять на открытый для него счет денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету, а лицо, которому открыт счет, обязуется оплачивать оказываемые банком услуги.

² См.: Гражданское право: Учебник для юридических вузов. М., 1938.

Рассматриваемый договор имеет специфический субъектный состав. На одной его стороне, как видно из самого названия договора, может выступать только банк. В п. 4 ст. 845 ГК РФ говорится, что правила главы 45 ГК РФ, относящиеся к банкам, применяются также и к другим кредитным организациям при заключении и исполнении ими договора банковского счета в соответствии с выданным разрешением (лицензией).

Однако эта норма ГК РФ до сих пор не действует. Причина этого в том, что нормативные акты, регулирующие лицензирование банковской деятельности, не допускают выдачу лицензии на право ведения расчетных и текущих счетов для физических и юридических лиц небанковским кредитным организациям¹.

На другой стороне договора банковского счета могут выступать как юридические лица, так и граждане. Последние, как правило, из числа тех, кто занимается предпринимательской деятельностью. Каких-либо специальных требований к клиентам банка в главе 45 ГК РФ не предъявляется. Поэтому применяются общие нормы ГК РФ о субъектах гражданского права. В частности, по общему правилу, чтобы стать стороной в договоре банковского счета организация должна обладать правами юридического лица. Юридические лица вправе создавать свои филиалы и представительства (ст. 55 ГК РФ), которые представляют собой их обособленные подразделения, не признаваемые юридическими лицами. Обособленность филиалов и представительств проявляется в том, что они, как правило, находятся в другом населенном пункте, чем создавшее их юридическое лицо. Для деятельности филиалов и представительств нужны денежные средства. В этих условиях они не могут обходиться без услуг банков. Поэтому банковское законодательство допускает возможность открытия банковских счетов филиалам и представительствам, но не обычных счетов, а зависимых, то есть субсчетов.

¹ Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 75.

Возникает вопрос, кто же в этих случаях выступает стороной в договоре банковского счета. Как уже упоминалось, филиалы и представительства не являются юридическими лицами. Их руководители, вступая в различные правоотношения с гражданами и другими юридическими лицами, действуют на основании доверенности и выступают не от своего имени, а от имени юридического лица, создавшего филиал или представительство. Поэтому сторонами в договорах, на основании которых филиалам или представительствам открываются субсчета, являются соответствующие юридические лица, а не сами филиалы и представительства.

Как уже упоминалось, сторонами в договоре банковского счета могут быть граждане. Поскольку все граждане независимо от их возраста и состояния душевного здоровья обладают общей правоспособностью, включающей возможность быть клиентами банков, постольку все они номинально могут быть стороной в договоре банковского счета. Однако банковская практика такова, что договор банковского счета заключается только с гражданами, занимающимися предпринимательской деятельностью. Статус индивидуального предпринимателя гражданин приобретает с момента его государственной регистрации. Гражданин может стать стороной в договоре банковского счета также если он является главой крестьянского (фермерского) хозяйства. Он признается предпринимателем с момента государственной регистрации крестьянского (фермерского) хозяйства (ст. 23 ГК РФ).

Граждане, не занимающиеся предпринимательской деятельностью, могут стать клиентами банка, заключив договор банковского вклада.

Стороной в договоре банковского счета могут быть также иностранные юридические лица и граждане.

Вопрос о правовой природе договора банковского счета в течение многих лет является дискуссионным. В довоенный период преобладало мнение, что договор банковского счета представляет собой совокупность нескольких договоров (договор хранения, договор займа, договор поручения). Эта точ-

ка зрения даже нашла отражение в учебнике по гражданскому праву для юридических вузов².

В послевоенный период преобладающей стала точка зрения, согласно которой договор банковского счета является самостоятельным видом гражданско-правовых договоров, порождающим два связанных между собой вида гражданских правоотношений: по хранению денежных средств и по осуществлению безналичных расчетов. В частности, такой позиции в этом спорном вопросе придерживалась профессор Е.А. Флейшиц³.

Изложенные выше позиции по данному вопросу в последние годы подверглись критике, которая представляется обоснованной. Вряд ли можно говорить о наличии в договоре банковского счета элементов договора займа, различия между этими договорами весьма существенны. Во-первых, по договору займа займодавец передает заемщику деньги или вещи, определяемые родовыми признаками в собственность с условием возврата такого же количества денег либо родовых вещей по истечении определенного времени или по требованию займодавца (ст. 807 ГК РФ).

По договору банковского счета денежные средства не поступают в собственность банка. Это видно хотя бы из того, что клиент вправе распоряжаться этими денежными средствами (п. 2 ст. 845 ГК РФ).

Во-вторых, предметом договора займа могут быть не только деньги, но и иные вещи, определяемые родовыми признаками. В договоре банковского счета в качестве предмета могут фигурировать лишь деньги.

В-третьих, договор займа является реальным, на основании которого права и обязанности сторон возникают лишь с момента передачи предмета займа заемщику. В отличие от этого договор банковского счета является консенсуальным. Права и обязанности у его сторон возникают с момента заключения договора, то есть достижения сторонами соглаше-

² См. Шкундин З.И. О юридической природе расчетного счета / Советское государство и право. 1950. № 5. С. 33—45; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 702—704.

ния по всем его существенным условиям и облечения этого соглашения в предусмотренную законом форму (см. п. 1 ст. 845 ГК РФ).

В-четвертых, договор займа — фидуциарный. В нем значительную роль играет наличие личных доверительных отношений между займодавцем и заемщиком. Наличие элемента доверительности для договора банковского счета, как представляется, не является обязательным. Этого элемента нет, если у клиента нет возможности выбрать один из нескольких банков в качестве своего контрагента по договору банковского счета. Указанный элемент появляется, если возможность выбора того или иного банка у клиента имеется. Сказанное позволяет сомневаться, что договор банковского счета относится к числу фидуциарных договоров.

Не менее серьезными являются и отличия договора банковского счета от договора хранения. Основное из них в том, что банк, как видно из легального определения данного договора, не принимает деньги клиента на хранение, не обязуется обеспечить сохранность тех денег, которые ему передал клиент или которые поступили на имя клиента от других лиц (см. п. 1 ст. 845 ГК РФ), хотя по договору хранения эта обязанность хранителя является главной (см. ст. 886 ГК РФ). Далее, хранитель обязан возвратить поклажедателю ту самую вещь, которая была передана на хранение, если договором не предусмотрено хранение с обезличением (ст. 900 ГК РФ). Такой обязанности нет у банка в отношении денежных средств клиента. Вместо этого на банк возлагается обязанность выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих денежных сумм, зачисленных на открытый клиенту счет (п. 1 ст. 845 ГК РФ).

Кроме того, хранитель не вправе без согласия поклажедателя пользоваться переданной на хранение вещью. В противоположность этому закон предоставляет банку право использовать имеющиеся на счете клиента свободные денежные средства (п. 2 ст. 845 ГК РФ). Помимо этого, договор хранения, как правило, реальный, а договор банковского счета — консенсуальный, о чем уже упоминалось выше.

Изложенное позволяет сделать вывод, что в договоре банковского счета нет элементов договора хранения.

Что касается элементов договора поручения, то они в договоре банковского счета имеются. Это видно из того, что банк по данному договору принимает на себя обязанность выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету (п. 1 ст. 845 ГК РФ). Однако сказанное не означает признания тождества договора банковского счета с договором поручения. Первый из них значительно сложнее второго и включает в себя такие условия, каких нет в договоре поручения. Например, обязанность банка принимать денежные средства от клиента, зачислять их на счет и др.

С учетом изложенного представляется обоснованной точка зрения З.И. Шкундина и О.С. Иоффе, полагавших, что договор банковского счета является самостоятельным видом гражданско-правовых договоров⁴.

Банк обязан заключить договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для счетов данного вида условиях (цена услуг банка, размер процентов, уплачиваемых банком за пользование денежными средствами, находящимися на счете клиента и т.п.), соответствующих требованиям, предусмотренным законодательством и установленными в соответствии с ним банковскими правилами (ч. 1.2 ст. 846 ГК РФ). Из этого следует, что договор банковского счета является публичным. Публичность этого договора законодатель подчеркнул, указав, что банк не вправе отказать в открытии счета, совершение соответствующих операций по которому предусмотрено законом, учредительными документами банка и выданным ему разрешением (лицензией), за исключением случаев, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными нормативными правовыми актами.

При необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского счета клиент вправе обратиться в суд

с требованием о понуждении к заключению договора (ч. 2 и 3 п. 2 ст. 846 ГК РФ).

Основаниями для отказа банка клиенту в открытии счета могут служить:

1) учредительными документами и полученной им лицензией банку не предоставлено право на открытие и ведение счетов того вида, который желает открыть клиент (например, счетов в иностранной валюте);

2) открытие счета для клиента повлечет нарушение законодательства и экономических нормативов, установленных ЦБ РФ;

3) банк приостановил открытие счетов по причинам экономического или иного характера;

4) у банка нет производственных и технических возможностей для открытия и ведения счета;

5) если имеются другие причины, препятствующие банку открыть счет и осуществлять по нему операции.

Этот перечень оснований к отказу банка в открытии счета клиенту таков, что сводит на нет провозглашенный законом публичный характер договора банковского счета.

В ГК РФ не урегулирован порядок заключения договора банковского счета. Банковская практика выработала два способа заключения такого договора: 1) путем составления и подписания сторонами договора в виде единого документа; 2) путем принятия банком заявления клиента, содержащего просьбу об открытии ему счета. Заключение договора банковского счета в виде единого документа представляется предпочтительным, так как в этом случае есть возможность более четко определить права и обязанности сторон договора, а при возникновении спора проще доказать наличие договора и его условия. Но каким бы способом ни заключался договор, клиент должен перед заключением договора представить банку следующие документы:

1. Заявление с просьбой об открытии счета.

2. Копия решения (например, компетентного органа государства или местного самоуправления) о создании юридического лица и его устав (положение о юридических лицах

определенного вида) либо учредительные документы юридического лица, создаваемого в добровольном порядке.

3. Карточка образцов подписей должностных лиц юридического лица, имеющих право подписывать расчетные документы, и оттисков печатей, которые ставятся на указанных документах. Расчетные документы, поступающие в банк, должны быть подписаны двумя должностными лицами владельца счета. Поэтому в указанной карточке должны быть образцы подписей обоих этих должностных лиц, из которых одно имеет право первой подписи, а второе — право второй подписи. Право первой подписи принадлежит руководителю юридического лица, право второй подписи — главному бухгалтеру юридического лица.

4. Документ, подтверждающий постановку клиента на учет в налоговой инспекции.

5. Документ, подтверждающий регистрацию клиента как плательщика страховых взносов.

6. Документ, подтверждающий регистрацию клиента в качестве плательщика взносов по обязательному медицинскому страхованию.

Если гражданин осуществляет предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, он также вправе требовать, чтобы банк открыл расчетный и другие счета на его имя.

Крестьянским хозяйствам расчетные счета в банках открываются при представлении членом этого хозяйства, на чье имя оформлен документ на землю, заявления на открытие счета, копии документа на право пользования землей, карточки с образцом подписи, подлинность которой должна быть засвидетельствована нотариально.

Владелец такого счета может предоставить право распоряжения денежными средствами, находящимися на счете, любому члену крестьянского хозяйства. В этом случае в банк представляется временная карточка с образцом подписи этого лица, подписанная владельцем счета.

Заявление на открытие счета и карточка с образцами подписей могут приниматься банком без печати.

Учредителям акционерного общества открывается временный расчетный счет для зачисления первоначальных взносов учредителей и лиц, участвующих в подписке на акции. Для открытия такого счета в банк представляются заявление учредителей об открытии счета и копия учредительного договора, определяющего порядок осуществления ими совместной деятельности по созданию акционерного общества.

После регистрации акционерного общества ему открывается расчетный счет. Для открытия такого счета в банк представляются:

- заявление об открытии расчетного счета;
- документ, подтверждающий государственную регистрацию акционерного общества;
- нотариально заверенная копия устава акционерного общества и карточка с образцами подписей и оттиска печати.

Аналогично решается вопрос об открытии временного и постоянного расчетных счетов при создании общества с ограниченной и с дополнительной ответственностью.

⁵ *Субсидия* — предоставляемое из средств бюджета или из специальных фондов пособие в денежной или натуральной форме юридическим и физическим лицам, органам местного самоуправления, другим странам. Бывают прямые и косвенные. Прямые субсидии — непосредственное предоставление средств, косвенные — установление налоговых и иных льгот.

⁶ *Субвенции* — денежные средства, выделяемые на конкретные цели и на определенный срок муниципальным образованиям из средств федерального бюджета, бюджета субъекта РФ и подлежащие возврату в соответствующий бюджет в случае неиспользования их по целевому назначению в установленный срок.

⁷ *Дотация* — 1. Денежные средства, выделяемые из бюджетов разных уровней для финансовой поддержки убыточных предприятий и организаций, у которых затраты на производство и реализацию продукции не покрываются полученной прибылью (доходами). Дотация компенсирует повышенные издержки, что позволяет предприятию работать прибыльно и избежать банкротства. 2. Денежные средства, направляемые из вышестоящего бюджета нижестоящим бюджетам для покрытия разрыва между их доходами и расходами.

Если договор банковского счета заключается посредством составления единого документа, договор считается заключенным со времени подписания его сторонами либо их уполномоченными должностными лицами или представителями. Если же договор заключается путем принятия банком заявления клиента (такое заявление представляет собой оферту), то процесс заключения договора состоит из трех этапов: 1) направление одной стороной оферты; 2) рассмотрение другой стороной оферты и ее акцепт; 3) получение акцепта стороной, направившей оферту. Для определения момента заключения договора имеет значение дата получения стороной, направившей оферту, ее акцепта (ст. 433 ГК РФ).

Договор банковского счета является двухсторонним, возмездным и консенсуальным. Его содержание составляют условия, определяющие права и обязанности сторон, а также их ответственность за нарушение упомянутых условий.

На основании договора банковского счета банк открывает клиенту счет одного из трех основных видов: расчетный, текущий и бюджетный. *Расчетные счета* открываются юридическим лицам, осуществляющим коммерческую деятельность, независимо от формы собственности, а также индивидуальным предпринимателям и крестьянским (фермерским) хозяйствам. Филиалам, представительствам, отделениям и другим обособленным подразделениям коммерческих юридических лиц расчетный счет может быть открыт по ходатайству юридического лица, чьим обособленным структурным подразделением они являются.

Расчетные счета также могут быть открыты министерствам, ведомствам, другим органам исполнительной власти для зачисления средств, поступающих от подведомственных предприятий и организаций.

Юридическим лицам, имеющим обособленные подразделения вне места своего нахождения по ходатайству владель-

⁸ Олейник О.М. Указ. соч. С. 257.

⁹ См.: Раздел I Инструкции Госбанка СССР от 30.10.86 № 28 «О расчетных, текущих и бюджетных счетах» (с изм. и доп.).

ца основного счета, могут быть открыты *расчетные субсчета* для зачисления выручки и производства расчетов по месту их нахождения.

Расчетный счет — это основной вид счета, открываемый для обслуживания предпринимательской деятельности. По этому счету осуществляются все банковские операции, связанные с реализацией товаров, выполнением подрядных и иных работ, оказанием разного рода платных услуг. С таких счетов выдаются наличные деньги для выплаты заработной платы, оплаты командировочных расходов и тому подобное, уплачиваются налоги и другие обязательные платежи.

Счет для выполнения работ по соглашениям о разделе продукции может быть открыт как в российском банке, так и в зарубежном; как в рублях, так и в иностранной валюте. Кроме банковского законодательства РФ отношения по такому счету регулируются Законом о соглашениях о разделе продукции от 30.12.1995. По такому счету осуществляются операции по зачислению выручки, оплате любых расходов, связанных с упомянутым выше соглашением, выплата налога на прибыль и платежей за пользование недрами. Остаток средств после производства указанных платежей инвестор (владелец счета) вправе использовать по своему усмотрению.

Целевые счета (иное название — специальные счета) — это счета, находящиеся на которых денежные средства могут расходоваться лишь по целевому назначению. Лицо, чьи средства зачислены на такой счет (например, кредитор по договору займа), вправе контролировать расходование этих средств. Банк, в

¹⁰ См. вышеуказанную инструкцию от 30.10.1986.

¹¹ См. п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.99 № 5 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета».

¹² Ефимова Л.Г. Правовые аспекты безналичных денег // Закон. 1997. № 1. С. 97—105.

¹³ Олейник О.М. Указ. соч. С. 263.

¹⁴ Новоселова Л.А. О правовой природе средств на банковских счетах // Хозяйство и право. 1996. № 7. С. 83.

котором открыт такой счет, контроль за целевым расходованием указанных средств вправе принять на себя по соглашению с лицом, имеющим такое право контроля.

Текущие счета открываются некоммерческим организациям, кроме тех, которые финансируются за счет средств бюджета, а также филиалам, представительствам, отделениям и другим обособленным подразделениям предприятий. Текущие счета открываются и для организаций и учреждений, финансируемых за счет средств бюджета, если их руководители не обладают правами распорядителей кредитов.

Бюджетные счета открываются юридическим лицам, финансируемым за счет средств соответствующего бюджета. Бюджетные счета открываются предприятиям, учреждениям и иным организациям при выделении им денежных средств из федерального или местных бюджетов для осуществления ими своих основных функций или решения конкретных задач. Способы предоставления бюджетных средств являются: субсидии⁵, субвенции⁶, дотации⁷ и другие.

Характерные черты бюджетного счета таковы:

а) владелец счета может использовать денежные средства только для достижения тех целей, которые финансируются. Контроль за соблюдением целевого расходования денежных средств осуществляет их собственник либо учреждение, которому это поручено (например, контрольно-ревизионные службы финансовых органов);

б) бюджетные счета открываются на один год, поскольку и бюджеты утверждаются только на год. По истечении года счет закрывается, а остаток средств, имеющихся на счете, перечисляется в доход соответствующего бюджета.

Инвестиционные и конверсионные счета. На них учитываются средства, выделенные из федерального бюджета для осуществления инвестиционных и конверсионных программ и осуществляются соответствующие банковские операции. Такие счета называются текущими, но, по мнению О.М. Олейник, они, по существу, являются расчетными. Владельцами

¹⁵ Олейник О.М. Указ. соч. С. 266.

счета выступают предприятия, осуществляющие конверсию военного производства и включенные в перечень предприятий и объектов, на которых реализуются государственные инвестиционные программы. Инвестиционные и конверсионные счета открываются только в банках, уполномоченных на это Комиссией Правительства РФ по вопросам финансовой и кредитно-денежной политики⁸.

Расчетные, текущие и бюджетные счета открываются, как правило, в банке по месту нахождения владельца счета. Но коммерческим юридическим лицам счета открываются в любом банке по месту их регистрации или в другом банке с согласия последнего⁹.

Различие между расчетным, текущим и бюджетным счетом проводится по источникам поступающих на них денежных средств. На расчетный счет поступают денежные средства, получаемые владельцем счета в результате хозяйственной деятельности (оплата продаваемых товаров, вознаграждение за выполненные работы и оказанные услуги и так далее). На текущий счет денежные средства поступают в виде членских и иных взносов, пожертвований и иных источников. На бюджетный счет денежные средства поступают из соответствующего бюджета¹⁰.

Обязанности банка сводятся в основном к следующему:

1. Банк обязан принимать и зачислять на счета клиента денежные средства. Банк не вправе со ссылкой на положения ГК РФ о зачете не зачислять на расчетный счет поступающие в адрес клиента денежные суммы по мотиву наличия у клиента задолженности перед банком по кредитам и иным денежным обязательствам¹¹.

Деньги, принятые банком от клиента, не переходят в собственность банка. Они остаются в собственности клиента. По вопросу о правовом режиме денег, находящихся на счете клиента в банке, в юридической литературе ведется оживленная дискуссия. В основе ее — вопрос о том, можно ли считать объектом права собственности так называемые безналичные деньги. Л.Г. Ефимова полагает, что деньги — это всегда деньги, а безналичность является лишь формой их су-

ществования¹². На такой же позиции в этом вопросе стоит и О.М. Олейник¹³. На иных позициях в этом вопросе стоит Л.А. Новоселова¹⁴.

В этом споре более убедительным нам представляется мнение Л.Г. Ефимовой и О.М. Олейник, тем более что в соответствии с банковскими правилами деньги клиента не признаются собственными средствами банка. Находящимися на счете денежными средствами распоряжается владелец счета. Однако это его право несколько ограничено банковским законодательством, в частности правилами о преобразовании безналичных денег в наличные и обратно. Поэтому банки обязаны подписывать с клиентами, заключающими договор банковского счета, соглашения о лимите кассовой наличности и периодически проверять соблюдение этого лимита¹⁵. В остальном клиент — владелец счета — свободен в распоряжении денежными средствами, находящимися на счете.

Несколько иначе решается этот вопрос, если банковский счет открыт для совершения операций с иностранной валютой. В такого рода случаях банк является участником отношений по валютному контролю. В частности, он обязан контролировать источники поступления иностранной валюты.

Поступления денежных средств на счет клиента (как рублевый, так и валютный) возможны как наличными деньгами, так и посредством безналичных расчетов.

2. Выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проводить другие операции по счету. Зачисление на счет клиента поступивших в его пользу денежных средств производится на основании копии расчетного документа, который может быть выполнен как на бумажном, так и на электронном носителе, после сверки всех реквизитов.

Права лиц, осуществляющих от имени клиента распоряжения о перечислении и выдаче средств со счета, удостоверяются клиентом путем представления банку документов,

¹⁶ См. п. 2 вышеуказанного Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.99.

предусмотренных законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и договором банковского счета (п. 1 ст. 847 ГК РФ).

Распоряжение своими зачисленными на счет денежными средствами клиент осуществляет посредством расчетных документов. Эти документы должны быть подписаны руководителем юридического лица и его главным бухгалтером. Образцы подписей этих должностных лиц должны быть помещены на банковской карточке, которую клиент передает банку при заключении договора банковского счета.

Банк не принимает расчетный документ к исполнению, если он подписан не уполномоченным на это лицом либо хотя и уполномоченным, но на банковской карточке отсутствует образец его росписи.

Кроме того, право распоряжения своими денежными средствами клиент может предоставить своему представителю, которому выдана соответствующая доверенность.

Договором банковского счета может быть предусмотрено удостоверение прав распоряжения денежными средствами, зачисленными на счет, электронными средствами платежа и другими документами с использованием аналогов собственноручной подписи, кодов, паролей и иных средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом (п. 3 ст. 847 ГК РФ).

В такого рода случаях расчетные документы должны содержать: 1) согласованные сторонами признаки, позволяющие определенно установить, что распоряжение исходит от уполномоченного на это лица; 2) документы должны быть подписаны уполномоченными лицами.

На практике в этих целях нередко используется электронно-цифровая подпись, которая позволяет довольно точно установить подлинность, авторство и целостность документа. Электронно-цифровая подпись (ЭЦП) является аналогом подлинной подписи уполномоченного лица.

Для той же цели может быть использован персональный идентификатор номера. Он принимается при расчетах с помощью кредитных и дебетных карточек.

Использование других электронных средств и систем (например, коды СВИФТА, системы Рейтер-Дилинг) не рекомендуется вследствие их недостаточной надежности. К тому же они не могут заменить подпись на документе.

Клиент вправе дать распоряжение банку на списание 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 (п. 2 ст. 847 ГК РФ).

Основанием для такого распоряжения может послужить то, что клиент банка и его кредитор вправе в заключенный ими договор включить условие, дающее кредитору право на безакцептное списание причитающихся ему денежных средств со счета своего должника (клиента банка).

Для того чтобы такое соглашение могло быть реализовано, плательщик должен письменно сообщить банку, в котором ему открыт счет:

- 1) о том, что такое условие включено в договор;
- 2) о своей согласии на безакцептное списание;
- 3) какой кредитор вправе требовать безакцептного списания денежных сумм и за какие товары, работы или услуги.

Если иное не установлено законом или договором, банк несет ответственность за последствия исполнения поручений, выданных неуполномоченными лицами, в том числе и в тех случаях, когда с использованием предусмотренных банковскими правилами и договором процедур банк не мог установить факта выдачи распоряжения неуполномоченными лицами¹⁶.

Банк обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное (ст. 848 ГК РФ).

Законом установлены весьма жесткие сроки осуществления банком операций по счету. В частности, банк обязан зачислять поступающие на счет клиента денежные средства не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего расчетного документа, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета. Банк обязан по распоряжению клиента выдавать или перечислять со счета денежные средства клиента не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если иные сроки не предусмотрены законом, изданными в соответствии с ними банковскими правилами или договором банковского счета (ст. 849 ГК РФ).

При столь коротких сроках важно уточнить понятие «день», содержащееся в ст. 849 ГК РФ. В режиме работы банка различаются «рабочий день», под которым понимается все время работы банка в течение суток, и «операционный день». Под последним понимается та часть рабочего дня, в течение которой банк осуществляет соответствующие операции. Принято считать, что в ст. 849 ГК РФ указан операционный день. Поэтому если расчетный документ поступил в банк по окончании операционного дня, он признается поступившим на следующий день, и это учитывается при исчислении упомянутых выше сроков.

Использованное в ст. 849 ГК РФ выражение «перечислять со счета денежные средства клиента» означает, что банк обязан в указанный выше срок: 1) произвести списание соответствующей суммы денежных средств со счета клиента; 2) осуществить отправку расчетных документов в другой банк (при иногородних расчетах), используя при этом средства связи, предусмотренные законом или договором банковского счета.

Указанные в ст. 849 ГК РФ сроки выдачи и перечисления денежных средств клиента могут быть увеличены или уменьшены законом, установленными в соответствии с ним бан-

¹⁷ Утв. указом Президента РФ от 25.10.94 № 2014 // Собрание законодательства РФ. 1994. № 27. Ст. 2855.

ковскими правилами, договором банковского счета, а также платежными документами (ст. 31 Закона РФ «О банках и банковской деятельности»).

Обычно банк осуществляет платежи клиента в пределах остатка средств на его счете на начало операционного дня. Однако закон (ст. 850 ГК РФ) допускает кредитование счета (точнее было бы сказать — кредитование расчетных операций клиента). *Кредитованием счета* называется такое положение, когда в соответствии с договором банковского счета банк осуществляет платежи со счета несмотря на отсутствие денежных средств на счете клиента. В таких случаях банк считается предоставившим клиенту кредит на соответствующую сумму со дня осуществления такого платежа (п. 1 ст. 850 ГК РФ).

Этот вид кредитования принято называть *овердрафтом*, он учитывается банком в виде отрицательного остатка средств на счете клиента. Такое кредитование возможно лишь в случае, если условие о нем включено в договор банковского счета. Предоставление такого рода кредита осуществляется путем немедленной оплаты расчетных документов при отсутствии или недостаточности средств на расчетном счете клиента. К отношениям кредитования по овердрафту применяются правила о займе и кредите, если договором банковского счета не предусмотрено иное (п. 2 ст. 850 ГК РФ).

Кроме упомянутых выше, банк по договору банковского счета вправе принять на себя и другие обязанности в отношении клиента. В их числе могут быть:

- 1) обязанность консультировать клиента о порядке правильного оформления документов;
- 2) обязанность предоставлять клиенту другие услуги, не относящиеся непосредственно к расчетно-кассовому обслуживанию (например, кредитование), осуществляемые на основании отдельных договоров;
- 3) выдавать клиенту выписки по расчетному, текущему и другим счетам на следующий день после совершения

¹⁸ Собрание постановлений Правительства РФ. 1992. № 12. Ст. 7.

операций по ним, а приложения — по мере их поступления в банк;

4) по окончании календарного года направлять клиенту письменное извещение об остатке средств на счете;

5) обеспечивать конфиденциальность информации о хозяйственной деятельности клиента и сохранять коммерческую тайну по операциям, проводимым по счету клиента. Банк в силу закона (п. 1 ст. 857 ГК РФ) обязан обеспечить тайну банковского счета, 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 представлены только в случаях и в порядке, предусмотренных законом (п. 2 ст. 857 ГК РФ).

В частности, справки по операциям и счетам юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность могут быть выданы судам, арбитражным судам, Счетной палате РФ, органам налоговой службы и налоговой полиции, таможенным органам РФ, а также с согласия прокурора — органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

Справки по счетам в случае смерти их владельцев могут быть выданы лицам, указанным клиентом в сделанном им банку распоряжении на случай своей смерти (его неосновательно называют завещательным распоряжением), нотариальным конторам по находящимся в их производстве наследственным делам, а в отношении счетов иностранных граждан — соответствующим иностранным консульским учреждениям (ст. 26 Закона «О банках и банковской деятельности»).

Право таможенных органов требовать от банков представления сведений, составляющих банковскую тайну, предусмотрено п. 6 Положения о Государственном таможенном комитете РФ¹⁷ и ст. 336 Таможенного кодекса РФ, согласно которой должностное лицо таможенного органа, в производстве или на рассмотрении которого находится дело о нару-

¹⁷ См. Олейник О.М. Указ. соч. С. 281—288.

шении таможенных правил, вправе истребовать документы, необходимые для его производства и рассмотрения. В этой статье ТК РФ не упомянуты банки, однако нет сомнения в том, что и на них распространяется ее действие.

Право налоговых органов на истребование от банков документов, содержащих банковскую тайну, предусмотрено ст. 15 Закона РФ «Об основах налоговой системы РФ».

Однако не все сведения об отношениях между банком и клиентом по договору банковского счета составляют банковскую тайну. Банковская тайна — это один из видов коммерческой тайны. Поэтому на отношения «банк — клиент» распространяет свое действие Постановление Совета Министров РФ от 05.12.91 № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну»¹⁸.

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). Если клиентом банка, потерпевшим от указанного правонарушения, является гражданин, он, кроме того, вправе требовать от банка возмещения причиненного ему морального вреда (при наличии предусмотренных законом для этого условий) в соответствии со ст. 151, 152 ГК РФ и нормами главы 59 ГК РФ.

Выше уже упоминалось, что банк обязан выполнять распоряжения своего клиента о перечислении и выдаче денежных сумм, зачисленных на счет клиента. Выполнение этих распоряжений клиента сопровождается списанием денежных средств с его счета.

Однако законодательство допускает в ряде случаев возможность списания денежных средств клиента и помимо его распоряжения или согласия на списание. Это возможно по решению арбитражного суда, а также в иных случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и клиентом (п. 2 ст. 854 ГК РФ). В частности, такое списание возможно:

1) на основании исполнительной надписи нотариуса, которая подлежит исполнению в таком же порядке, как и акты судебных органов;

2) взыскание недоимок по налогам и неналоговым платежам в бюджет;

3) взыскание недоимок, сумм штрафов и иных санкций с работодателей в Пенсионный фонд РФ, сумм сокрытых или заниженных страховых взносов в фонд занятости населения, сумм недоимок по обязательному медицинскому страхованию;

4) взыскание некоторых видов задолженностей: по экспортно-импортной пошлине, просроченных платежей за загрязнение окружающей природной среды, излишне полученных сумм выручки и штрафов за нарушение дисциплины цен;

5) взыскание санкций за нарушение антимонопольного законодательства, за нарушение банковских правил, в том числе за нарушение правил совершения операций с иностранной валютой;

6) взыскание используемых не по назначению межбюджетных субвенций;

7) списание сумм платы за отпущенную электрическую и тепловую энергию, за услуги по водоснабжению (за некоторыми исключениями), платы за услуги предприятий связи;

8) списание сумм неустоек (штрафов) и излишне полученных денежных сумм в случаях поставки недоброкачественных товаров, несвоевременного возврата и утраты возвратной тары;

9) списание платежей и сборов при осуществлении перевозки в прямом смешанном сообщении, платы и штрафов за сверхнормативный простой транспортных средств под погрузкой и выгрузкой, за неправильное использование подвижного состава;

10) списание денежных сумм, признанных должником (плательщиком) в претензионном порядке¹⁹.

Списание денежных средств со счета клиента без его распоряжения или согласия на это в банковской практике при-

нято называть безакцептным списанием. Основания для такого списания могут быть установлены только законом, но не другими нормативными правовыми актами (указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, ведомственными нормативными актами).

Кроме того, безакцептное списание не допускается в отношении денежных средств, поступивших на бюджетные счета государственных и муниципальных учреждений и организаций на выплату заработной платы и тому подобные цели.

При наличии на счете денежных средств, достаточных для удовлетворения всех требований, предъявленных к клиенту, списание этих средств со счета производится в порядке, соответствующем последовательности поступления в банк расчетных документов (календарная очередность), если иное не предусмотрено законом.

При недостаточности денежных средств на счете для удовлетворения всех требований, предъявленных к клиенту, списание денежных средств производится в следующей очередности (ст. 855 ГК РФ с учетом Постановления Конституционного суда РФ от 23.12.97):

- в первую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или передачу денежных средств для удовлетворения требований о возмещении вреда, причиненного жизни или 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 выходного пособия и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, в том числе по контракту, по выплате вознаграждений по авторским договорам;

- в третью очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с ли-

²⁰ См.: Телеграмма ЦБ РФ от 01.03.96 № 27-96.

цами, работающими по трудовому договору (контракту), а также по отчислениям в Пенсионный фонд РФ, в Фонд социального страхования РФ, в Государственный фонд занятости населения РФ и в фонды обязательного медицинского страхования (в ред. ФЗ от 24.10.97 № 133-ФЗ);

- в четвертую очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджет и внебюджетные фонды, отчисления в которые не предусмотрены в третьей очереди (в ред. ФЗ от 12.08.96 № 110-ФЗ);

- в пятую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим удовлетворение других денежных требований (в ред. ФЗ от 12.08.96 № 110-ФЗ);

- в шестую очередь производится списание по другим платежным документам в порядке календарной очередности (в ред. ФЗ от 12.08.96 № 110-ФЗ).

Списание средств со счета по требованиям, относящимся к одной очереди, производится в порядке календарной очередности (п. 2 ст. 855 ГК РФ).

В случае ликвидации юридического лица или признания банкротом гражданина-предпринимателя платежи с его банковского счета производятся в следующей очередности:

- в первую очередь удовлетворяются требования граждан, перед которыми клиент банка несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, путем капитализации соответствующих повременных платежей;

- во вторую очередь производятся расчеты по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, в том числе по контракту, и по выплате вознаграждений по авторским договорам;

- в третью очередь удовлетворяются требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества юридического лица или признанного банкротом гражданина-предпринимателя;

- в четвертую очередь погашается задолженность по обязательным платежам в бюджет и во внебюджетные фонды;

²¹ См. п. 5 вышеуказанного Постановления ВАС РФ от 19.04.99.

- в пятую очередь производятся расчеты с другими кредиторами.

При ликвидации банков и других кредитных учреждений, привлекающих средства граждан, в первую очередь удовлетворяются требования граждан, являющихся кредиторами банков или других кредитных учреждений.

Требования каждой очереди удовлетворяются после полного удовлетворения требований предыдущей очереди (п. 1 и 2 ст. 64 ГК РФ).

Если у плательщика имеется несколько счетов в одном и том же банке, изложенная выше очередность платежей применяется по каждому счету в отдельности.

Выше уже упоминалось, что банк вправе пользоваться денежными средствами клиента до момента их истребования клиентом или получения его распоряжения о перечислении этих средств другим лицам. За это банк обязан уплачивать клиенту вознаграждение в виде процентов, сумма которых зачисляется на счет, если иное не предусмотрено договором банковского счета. Зачисление суммы процентов на счет клиента производится в сроки, предусмотренные договором, а если такие сроки договором не установлены, то по истечении каждого квартала (п. 1 ст. 852 ГК РФ).

Из этого правила есть исключения. Проценты по остаткам средств на счетах, открытых в ЦБ РФ и его учреждениях, не начисляются, кроме случаев, установленных ЦБ РФ или договором²⁰.

Упомянутые выше проценты уплачиваются банком в размере, определяемом договором банковского счета, а при отсутствии в договоре соответствующего условия — в размере, обычно уплачиваемом банком по вкладам до востребования (п. 2 ст. 852 ГК РФ).

Выше неоднократно упоминалось, что банк на основании договора банковского счета обязан оказывать клиенту различного рода банковские услуги, в основном по расчетно-кассовому обслуживанию. Клиент обязан оплачивать услуги банка по совершению операций с денежными средствами,

²² См.: Приложение к письму Государственного таможенного комитета РФ от 18.12.92 № 01-13/8186.

находящимися на счете, в случаях, предусмотренных договором банковского счета. Чаще всего банк оказывает упомянутые услуги возмездно. В таких случаях в договоре банковского счета определяется размер вознаграждения банку за оказанные услуги. Если этого нет, то клиент не оплачивает услуги банка, но расходы последнего по оказанию услуг в таких случаях компенсируются за счет более низкого процента, который банк уплачивает клиенту за пользование его денежными средствами.

Если банк оказывает клиенту услуги возмездно, то плата за них может взиматься банком по истечении каждого квартала из денежных средств клиента, находящихся на счете, если иное не предусмотрено договором банковского счета (п. 2 ст. 851 ГК РФ).

Поскольку банк обязан уплачивать клиенту проценты за пользование принадлежащими ему денежными средствами, а клиент — оплачивать услуги банка, имеются условия для зачета встречных однородных требований. Решая вопрос о такого рода зачете, стороны договора банковского счета должны руководствоваться ст. 853 ГК РФ. Согласно этой статье ГК РФ 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. Договором банковского счета не может быть дополнен перечень встречных требований банка и клиента, в отношении которых допускается зачет. Однако соглашением сторон при заключении договора банковского счета может быть исключен зачет и этих требований²¹.

Зачет указанных требований осуществляется по инициативе банка. Для осуществления зачета не требуется согласие клиента, но банк обязан проинформировать его о произведенном зачете в порядке и сроки, предусмотренные договором, а если эти условия сторонами не согласованы — в порядке и в сроки, которые являются обычными для банковс-

кой практики предоставления клиентам информации о состоянии денежных средств на соответствующем счете.

Если банк не проявляет инициативу в осуществлении упомянутого выше зачета, он может быть произведен на основании заявления клиента.

Банк вправе осуществлять расчетные и иные операции как в российской, так и в иностранной валюте. Договор об открытии и ведении валютного счета имеет некоторые особенности. Рассмотрим их на примере договора (типового) об открытии и ведении валютного счета для организаций таможенной службы²².

По этому договору банк обязуется открыть валютный счет таможене, оперативно проводить платежи, поступающие таможене на этот счет в виде уплаты таможенных платежей в иностранной валюте, а также перечислять эти платежи по принадлежности в соответствии с режимом валютного счета. Основанием для такого рода перечислений являются платежные поручения и заявления о переводе средств в доход федерального бюджета РФ на счета Минфина РФ и Государственного таможенного комитета РФ.

Поскольку денежные средства в иностранной валюте, зачисленные на счет таможни от всех видов таможенной деятельности, поступают в доход федерального бюджета РФ, банк обязан взимать плату за обслуживание счета таможни по минимальным ставкам. Кроме того, банк обязан:

1) обеспечивать работников таможни инструктивными, контрольными и справочными материалами по работе с иностранной валютой;

2) осуществлять инкассацию наличной иностранной валюты из валютных касс и таможенных постов, обеспечивая охрану инкассаторов;

3) инструктировать таможню по вопросам осуществления таможенных платежей в соответствии с действующими нормативными актами РФ по применению курсов иностранных валют;

4) ежедневно передавать выписки по счетам с приложением копий всех первичных платежных документов;

5) зачислять в установленные сроки средства, перечисляемые на счет таможни;

6) перечислять в установленные сроки средства, поступившие на счет таможни, в соответствии с платежными документами таможни;

7) обеспечивать оформление платежных документов от плательщиков по форме и с учетом требований и рекомендаций ЦБ РФ и Государственного таможенного комитета РФ.

Поскольку договор банковского счета является двухсторонним, постольку ряд обязанностей в соответствии с ним возникает и у таможни. В частности, таможня обязана:

- обеспечивать оформление платежных документов по форме и с учетом требований и рекомендаций, содержащихся в нормативных документах ЦБ РФ;

- осуществлять операции по ведению валютного счета в соответствии с режимом валютного счета, утвержденным ГТК РФ и с иными указаниями ГТК РФ;

- обустроить служебные помещения для валютной кассы в соответствии с техническими требованиями;

- обеспечивать сохранность иностранной валюты, находящейся в валютной кассе таможни до инкассации ее банком;

- обеспечить обучение сотрудников таможни по приему и работе с наличной иностранной валютой, а также обеспечить беспрепятственный проход инкассаторов в помещение валютной кассы.

В случае возникновения разногласий и споров между сторонами по вопросам, связанным с исполнением договора, стороны обязуются принимать меры по разрешению таких споров и разногласий путем переговоров и подписания дополнительных протоколов. При недостижении соглашений по урегулированию таких споров и разногласий путем переговоров они разрешаются в соответствии с действующим на территории РФ законодательством.

Рассматриваемый договор заключается на неопределенный срок. Форма договора — письменная. Изменения и до-

²³ Олейник О.М. Указ. соч. С. 296—297.

полнения к такому договору действительны только в том случае, если они совершены в письменной форме за подписью руководителей или представителей обеих сторон и согласованы с ГТК РФ.

Договор может быть расторгнут:

1) по взаимному соглашению сторон, выраженному в письменной форме;

2) в случае невыполнения одной из сторон обязанностей по договору;

3) по инициативе любой из сторон при наличии письменного уведомления об этом другой стороны не менее чем за шесть месяцев до расторжения договора.

После расторжения договора банк обязан перечислить остаток валютных средств со счета таможни на счет, указанный таможней.

Выше уже неоднократно упоминалось, что право распоряжения денежными средствами, зачисленными на банковский счет, принадлежит клиенту. Однако закон (ст. 858 ГК РФ) допускает возможность ограничения этого права клиента. Такое ограничение может выступать в формах наложения ареста на денежные средства клиента, находящиеся на счете, а также приостановления операций по счету в случаях, предусмотренных законом.

Арестом счета называется временное прекращение расчетных операций по счету. Договор банковского счета в таких случаях не расторгается. Арест может быть наложен как на все денежные средства, находящиеся на счете, так и на их часть. Это должно быть указано в постановлении о наложении ареста. Если клиенту в банке открыты несколько счетов, в постановлении должно быть указано, на какой (или какие) счет налагается арест. Если этого не сделано, банк вправе считать арестованным любой из счетов клиента.

Постановление о наложении ареста на счет может быть вынесено:

²⁴ См. п. 10 вышеуказанного Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.99.

- 1) судом;
- 2) арбитражным судом;
- 3) органом предварительного следствия — с санкции прокурора (ст. 175, 233 и 311 УПК РСФСР);
- 4) начальником таможенного органа (ст. 340 Таможенного кодекса РФ).

Немедленно по получении указанного постановления банк прекращает расходные операции в размере суммы ареста и не использует арестованные денежные средства в качестве кредитных ресурсов. Не позднее трех рабочих дней после получения постановления следователя о наложении ареста юридическое лицо, чей счет арестован, направляет в банк поручение, согласно которому сумма арестованных денежных средств перечисляется на отдельный лицевой счет на балансовом счете 140 «Депозиты правоохранительных органов». Если юридическое лицо эту обязанность не выполнит, банк извещает об этом следователя, вынесшего постановление о наложении ареста.

Если у клиента имеется несколько счетов в данном банке, то арест денежных средств производится только по тому счету (или счетам), который указан в постановлении следователя.

В настоящее время аресту могут быть подвергнуты и те денежные средства, которые необходимы для осуществления обязательных выплат, что вряд ли можно признать целесообразным. Для решения этой проблемы О.М. Олейник полагает необходимым ввести в пределах или наряду с арестом денежных средств институт особого порядка управления арестованным счетом, предусмотрев возможность списания денежных сумм со счета с согласия следователя²⁵.

Приостановление операций по счету имеет некоторое сходство с арестом счета. Различие между ними в том, что при приостановлении операций по счету в постановлении не указывается сумма, на которую приостанавливаются операции, но может быть указано, на какие расходные операции по счету распространяется приостановление.

²⁵ См. п. 13 вышеуказанного Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.99 № 5.

Право выносить постановления о приостановлении операций по счету предоставлено налоговым органам.

Хотя договор банковского счета является двухсторонне обязывающим, в ГК РФ урегулирована лишь ответственность банка за его нарушение. Объясняется это тем, что в данном договоре основные определяющие характер договора обязанности несет банк. Ответственность банка установлена за следующие нарушения договорной дисциплины (ст. 856 ГК РФ):

1) за несвоевременное зачисление на счет поступивших от клиента или на имя клиента денежных средств;

2) за необоснованное списание денежных средств со счета клиента;

3) за невыполнение указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета.

Во всех этих случаях банк обязан уплатить клиенту на сумму, в которой выразилось нарушение договорной дисциплины, проценты в порядке и размере, установленном ст. 395 ГК РФ, то есть в размере ставки рефинансирования, устанавливаемой ЦБ РФ (ст. 856 ГК РФ).

Если банк, не исполняя поручения клиента, не списывает соответствующей денежной суммы со счета, клиент вправе требовать как применения указанной выше ответственности, так и начисления процентов за пользование денежными средствами, находящимися на счете²⁴.

Редакцию ст. 856 ГК РФ вряд ли можно признать удачной, так как в ней указаны не все виды ответственности банка перед клиентом. В частности, банк, допустивший неосновательное списание денежных средств со счета клиента, обязан восстановить на счете неосновательно списанную денежную сумму. Если банк не имеет возможности вернуть неосновательно выданные или перечисленные денежные средства от тех, кто их неосновательно получил, он обязан восстановить списанную сумму за счет своих средств. Кроме того, банк обязан возместить клиенту убытки в части, не покрытой упомянутым выше взысканием процентов.

Если банк допустит неправильное зачисление средств клиента (например, ошибочно денежные средства зачисле-

ны на другой счет того же клиента), а также в случае несвоевременного списания средств банк несет ответственность в форме уплаты клиенту штрафа и возмещения возникших у клиента убытков, не покрытых суммой штрафа.

Прекращение договора банковского счета

Договор банковского счета обычно заключается на неопределенный срок. Это обусловлено тем, что потребность клиента в банковских услугах является, как правило, постоянной. Поэтому закон (ст. 859 ГК РФ) предусматривает возможность его расторжения с учетом указанного обстоятельства.

Стороны договора банковского счета не равноправны в вопросе о его расторжении. По инициативе (заявлению) клиента договор банковского счета может быть расторгнут в любое время. При этом клиент не обязан предупреждать банк о предстоящем расторжении договора.

В то же время по инициативе банка договор банковского счета может быть расторгнут лишь в следующих случаях:

1) если сумма денежных средств, находящихся на счете клиента, ниже минимального размера, предусмотренного банковскими правилами или договором, если такая сумма не будет восстановлена в течение месяца после предупреждения банком клиента об этом;

2) если по счету в течение года не проводились операции, кроме случаев, когда иное предусмотрено договором. Под операциями по счету имеются в виду зачисление денежных средств на счет, открытый клиенту, и списание со счета денежных средств.

Договор банковского счета может быть расторгнут также по общим основаниям прекращения обязательств, предусмотренным главой 26 ГК РФ.

Клиенту, желающему прекратить отношения по договору банковского счета, нет необходимости обращаться для этого в суд: расторжение договора производится самим банком на основании заявления клиента. Однако наличие заявления клиента о перечислении остатка денежных средств, находящихся на его счете, само по себе не служит доказательством расторжения договора банковского счета. Договор банковского счета прекраща-

ется с момента получения банком письменного заявления клиента о расторжении договора или, что то же самое, о закрытии счета, если более поздний срок не указан в заявлении²⁵.

В отличие от этого расторжение указанного договора по инициативе банка производится в судебном порядке.

Основаниями прекращения договора банковского счета могут служить также следующие обстоятельства:

- изменение характера деятельности, если это повлекло утрату хотя бы одного из признаков, необходимых для данного вида счета;
- по решению органа, создавшего юридическое лицо;
- если ликвидировано юридическое лицо, являющееся стороной в договоре банковского счета.

На наш взгляд, смерть гражданина, являющегося клиентом банка, сама по себе не является основанием к прекращению договора банковского счета, ибо в таких случаях возможно правопреемство в виде наследования. При наличии наследника (или нескольких наследников) банковский счет может быть переоформлен на имя наследника (наследников) на основании поданного банку заявления, к которому должна быть приложена нотариально удостоверенная копия свидетельства о праве на наследство.

Вне зависимости от того, по чьей инициативе расторгается договор, это влечет за собой закрытие счета. При этом остаток денежных средств, имеющихся на счете, выдается клиенту либо по его указанию перечисляется на другой счет не позднее семи дней после получения письменного заявления клиента. Одновременно банк обязан уплатить клиенту проценты, предусмотренные договором и начисленные на день закрытия счета.

Некоторые вопросы прекращения договора банковского счета урегулированы Письмом ЦБ РФ от 26.01.99 № 31-1-4/186 «О порядке закрытия счета». В нем указано, что отсутствие денежных средств на счете клиента и наличие неоплаченных

²⁶ См. Положение о безналичных расчетах в РФ от 08.09.2000 и по этой причине расчетных документов по требованиям взыскания. Положение о порядке проведения операций по списанию средств с картелей, предъявленных к владельцу счета, не ограничивает корреспондентских счетов (субсчетов) кредитных организаций: Утв. приказом ЦБ РФ от 01.03.96 № 02-52.

его права на расторжение договора банковского счета по его усмотрению.

Прекращение договора банковского счета влечет за собой прекращение обязанностей банка по своевременному зачислению и перечислению денежных средств со счета клиента, то есть обязанности по исполнению расчетных документов, предъявленных к счету клиента. Обязанность банка хранить в таких случаях расчетные документы законодательством не предусмотрена.

Корреспондентские счета

Чтобы иметь возможность осуществлять расчеты своих клиентов с клиентами других банков банки вынуждены открывать свои счета в других банках. Такие счета могут быть либо корреспондентскими счетами, либо корреспондентскими субсчетами. Корреспондентские счета и субсчета являются разновидностями банковских счетов. Они открываются на основе договора банковского счета. Его особенности обусловлены тем, что обеими сторонами такого договора являются банки.

Обычно в договоре об открытии корреспондентского счета предусматриваются:

- 1) круг юридических лиц (коммерческих организаций), которые вправе зачислять и на имя которых будут зачисляться денежные средства на корреспондентский счет;
- 2) круг банковских операций, которые могут быть совершены по данному корреспондентскому счету;
- 3) условия, при которых могут совершаться платежи с корреспондентского счета, в том числе — вид акцепта при расчете платежными требованиями (инкассо);
- 4) виды контрольных функций, которые вправе осуществлять банки;
- 5) порядок и способы обмена информацией между корреспондирующими банками и другие условия.

Платежи с корреспондентских счетов могут производиться и при отсутствии на них достаточного количества средств, если договором предусмотрено кредитование счета.

На отношения, возникающие на основании таких договоров, распространяют свое действие нормы права, содержащиеся в главе 45 ГК РФ, рассмотренные выше, если иное не предусмотрено законом, иными нормативными правовыми актами или установленными в соответствии с ними банковскими правилами (ст. 860 ГК РФ).

Корреспондентские счета бывают двух видов:

а) корреспондентские счета коммерческих банков в ЦБ РФ;

б) корреспондентские счета коммерческих банков друг у друга.

Корреспондентский счет коммерческого банка в ЦБ РФ открывается в процессе создания коммерческого банка для формирования его уставного капитала. При успешности формирования уставного капитала ЦБ РФ принимает решение о выдаче создаваемому банку лицензии на осуществление банковской деятельности. После государственной регистрации вновь созданного коммерческого банка корреспондентский счет становится формой учета имущества банка и его участия в формировании резервного фонда банковской системы, а также представляет собой предпосылку осуществления расчетных операций.

В отличие от этого корреспондентские счета коммерческих банков друг у друга открываются по соглашению между ними, которым устанавливается порядок участия банков в осуществлении расчетных операций между их клиентами.

Некоторые особенности имеет осуществление банковских операций с корреспондентских счетов, открытых коммерческим банкам в расчетно-кассовых центрах ЦБ РФ²⁶.

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975 С. 666.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. СПб., 1908. С. 479.

³ Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 266.

⁴ Иоффе О.С. Указ. соч.

Глава 3

ДОГОВОР БАНКОВСКОГО ВКЛАДА

Среди договоров, обычных для банковских учреждений, большую роль играют договоры банковского вклада. Обуславливается это тем, что посредством названных договоров банк получает денежные средства, необходимые для осуществления кредитных операций.

Отношения банковского вклада регулируются нормами главы 44 ГК РФ, а также специального законодательства.

По договору банковского вклада (депозита) одна сторона (банк), принявшая поступившую от другой стороны (вкладчика) или поступившую для нее денежную сумму (вклад), обязуется возвратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором (п. 1 ст. 834 ГК РФ).

По вопросу о правовой природе договора банковского вклада в течение многих лет ведется оживленная дискуссия. В ее ходе высказаны следующие суждения.

Договор банковского вклада является одним из видов договора иррегулярного хранения, при котором происходит обезличение предметов хранения, принятых от различных вкладчиков. Сторонники этой точки зрения опирались на ст. 395 ГК РСФСР 1964 г., согласно которой граждане могли хранить денежные средства в сберегательных кассах и в других кредитных учреждениях. На изложенной выше позиции в этом вопросе стоит Л.А. Новоселова, полагающая, что по договору банковского вклада банк обязуется хранить денежные средства вкладчика.

⁵ Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 367; и др.

⁶ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй. М., 1996. С. 398.

По мнению О.С. Иоффе, договор банковского вклада имеет признаки и договора иррегулярного хранения, и договора займа. Последнее потому, что деньги, являющиеся предметом договора вклада, поступают в распоряжение банка, а вкладчику начисляются проценты в установленном размере¹. Начисление процентов на вклад существенно отличает договор банковского вклада от договора хранения. По договору хранения именно поклажедатель оплачивает хранителю услугу по хранению. В договоре же банковского вклада наблюдается противоположное: банк принимает вклад и уплачивает вкладчику проценты на его сумму. Уплата же процентов характерна для отношений займа. На это в свое время обратил внимание еще Г.Ф. Шершеневич², а в советский период нашей истории — Е.А. Флейшиц³.

Кроме того, по договору хранения к хранителю на время действия договора переходят от поклажедателя полномочия владения. Хранитель вправе пользоваться и распоряжаться предметом хранения лишь в случаях, предусмотренных законом или договором. В то же время по договору банковского вклада банк вправе распоряжаться суммой вклада по своему усмотрению до момента востребования вклада вкладчиком. Это сближает договор вклада с договором займа. О.С. Иоффе утверждает, что «вкладная операция есть договор займа, хотя и соединенный с некоторыми элементами договора хранения», но кредитная (заемная) природа этого договора не исключает признания его особым договором⁴.

В отличие от О.С. Иоффе, мы не усматриваем в договоре банковского вклада элементов договора хранения. Но и полного тождества между договором банковского вклада и договором займа нет. Договору займа (особенно его разновиднос-

¹ См.: Указание ЦБ РФ от 03.01.2001 № 895-У.

² См.: Ст. 36 Закона РФ «О банках и банковской деятельности».

³ См.: Телеграммы Центрального банка России от 21.02.97 № 47-94, от 27.12.94 № 221-94; п. 9 Инструкции ЦБР № 1 «О порядке регулирования деятельности кредитных организаций»: Утв. Приказом ЦБР от 30.01.96 № 02-23.

ти — договору банковского кредитования) присущи такие признаки, как срочность, платность и возвратность, целевое назначение. Для договора банковского вклада характерны не все эти признаки: во всех случаях — признаки платности и возвратности, и не всегда признак срочности. (В частности, этим признаком не обладают вклады до востребования.) Целевая направленность использования банком свободных денежных средств вкладчика совершенно не присуща договору банковского вклада.

Различие между договором банковского вклада и договором займа проходит и по их субъектному составу. В договоре займа заемщиком может быть любой субъект гражданского вклада, а в договоре вклада — только банк. Кроме того, договор займа может быть как возмездным, так и безвозмездным, в то время как договор банковского вклада всегда возмезден. У договора займа нет такого признака, как публичность. В то же время договор банковского вклада является публичным, если на стороне вкладчика выступает гражданин. Из этого видно, что, кроме определенного сходства, между договором займа и договором банковского вклада есть существенные различия. На основании этого ряд ученых-цивилистов пришли к выводу, что договор банковского вклада является самостоятельным видом гражданско-правовых договоров⁵. Их позиция в этом вопросе нам представляется правильной. Мы не разделяем позицию Л.А. Ефимовой, относящей договор банковского вклада к числу разновидностей договора займа⁶.

Стороны договора банковского вклада

Сторонами договора банковского вклада являются банк и вкладчик. Однако не все банки могут быть участниками такого договора. Право на привлечение денежных средств во вклады имеют банки, которым такое право предоставлено разрешением (лицензией), выданным в порядке, установленном в соответствии с законом (п. 1 ст. 835 ГК РФ). Право выдавать такие лицензии законом предоставлено Центральному банку Российской Федерации. Чтобы получить лицензию, банк должен удовлетворять ряду требований, которые зави-

сят от того, вклады каких лиц (физических или юридических) намерен принимать банк.

Чтобы получить лицензию на привлечение во вклады денежных средств юридических лиц, необходимо, чтобы банк обладал уставным капиталом, размер которого не менее установленного законодательством минимума⁷. К банкам, претендующим на привлечение денежных средств населения, предъявляются еще более высокие требования. Кроме указанного выше условия, они должны:

1. Осуществлять банковскую деятельность не менее 2 лет, исчисляемых со дня государственной регистрации банка. Если имело место слияние банков, названный срок определяется по банку, имеющему более раннюю дату его государственной регистрации. Если же произошло преобразование банка, то указанный двухлетний срок не прерывается⁸.

2. Регулярно публиковать бухгалтерскую отчетность, правильность которой подтверждена аудиторской фирмой.

3. Регулярно публиковать фонд в размере не менее 10 % от фактически оплаченного уставного капитала.

4. Иметь размер уставного капитала, который бы полностью покрывал обязательства банка по вкладам населения⁹. Как представляется, последнее из условий для получения упомянутой лицензии можно было бы сформулировать в виде правила: банк вправе принимать вклады от населения в пределах, не превышающих размер уставного капитала. Поскольку же при решении вопроса о выдаче лицензии неизвестно, сколько и на какие суммы будет внесено вкладов населения, целесообразность установления четвертого условия лицензирования вызывает сомнение.

Порядок выдачи банками лицензий на совершение операций по вкладам в общих чертах урегулирован ст. 13 Закона РФ «О банках и банковской деятельности», а более подробно — «Методическими указаниями о создании банков», в той части, которая соответствует названному закону.

В середине 90-х годов прошлого столетия получила широкое распространение практика привлечения денежных вкладов, в том числе населения, небольшими организациями

и банками, не имеющими соответствующей лицензии. В целях борьбы с такого рода правонарушениями п. 2 ст. 835 ГК РФ установлены весьма жесткие санкции, характер которых в определенной мере зависит от того, кто является вкладчиком: гражданин или юридическое лицо.

Если от гражданина принят вклад лицом, не имеющим на это права (то есть не имеющим лицензии), или с нарушением порядка, установленного законом или принятыми в соответствии с ним банковскими правилами, вкладчик может (но не обязан) потребовать немедленного возврата суммы вклада, а также уплаты на нее процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (то есть в размере ставки рефинансирования, устанавливаемой ЦБ РФ), и возмещения сверх суммы процентов также всех причиненных вкладчику убытков.

Если таким лицом приняты на условиях договора банковского вклада денежные средства юридического лица, такой договор является недействительным по ст. 168 ГК РФ, то есть ничтожным, с последствиями, предусмотренными п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ. Иначе говоря, в таком случае банк обязан возвратить вкладчику полученные от него денежные средства как неосновательно полученные с начислением на них предусмотренных ст. 395 ГК РФ процентов, а также возместить вкладчику неполученные доходы, которые в этом случае совпадают с суммой процентов, которые он мог бы получить на основании договора о вкладе.

Если иное не установлено законом, указанные выше последствия применяются также в следующих случаях:

1. Если денежные средства граждан и юридических лиц привлечены путем продажи им акций и других ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным.

2. Если денежные средства граждан привлечены во вклады под векселя или иные ценные бумаги, исключающие получение их держателями вклада по первому требованию и осуществление вкладчиком других прав, предусмотренных правилами главы 44 ГК РФ (п. 3 ст. 835 ГК), а также в случаях признания выпуска ценных бумаг незаконным. В абзаце третьем п. 3 ст. 835 ГК РФ под вкладом понимается не любой вклад

гражданина в имущество юридического лица (хозяйственного товарищества, акционерного общества и др.), внесение которого может быть оформлено выдачей акций и т. п. Указанная норма противодействует обходу норм права, защищающих права вкладчиков-граждан. Эти права нарушаются, когда отношения оформляются не как договор банковского вклада, а посредством выдачи гражданину разного рода ценных бумаг или их суррогатов.

На наш взгляд, приведенные выше санкции не в достаточной мере защищают интересы граждан и юридических лиц, о чем свидетельствует наличие в нашей стране миллионов «обманутых вкладчиков», тщетно пытающихся получить обратно суммы своих вкладов, хотя бы и без причитающихся им процентов.

Кроме санкций, установленных в ГК РФ, за указанное гражданское правонарушение предусмотрены дополнительные санкции Законом РФ «О банках и банковской деятельности». Осуществление юридическим лицом банковских операций при отсутствии соответствующей лицензии влечет за собой взыскание с него всех денежных средств, полученных в результате таких операций, а также штраф в размере двукратной суммы указанных средств. Взыскание производится в судебном порядке в доход федерального бюджета по иску прокурора или органа федеральной исполнительной власти, уполномоченного на то федеральным законом или Центральным банком России (ст. 12).

Понятием «всей суммы, полученной в результате данных операций» не охватываются суммы вкладов и причитающихся вкладчикам процентов, так как они должны быть возвращены вкладчикам и не могут быть обращены в доход федерального бюджета.

Второй стороной договора банковского вклада является вкладчик. Вкладчиком может быть гражданин или юридическое лицо. Любой гражданин может быть вкладчиком в банке, вне зависимости от уровня своей дееспособности: полностью дееспособные, относительно дееспособные, ограниченные в дееспособности и полностью недееспособные в силу закона (дети в возрасте до 6 лет), решения суда (признанные недеес-

пособными душевно больные и слабоумные). Другое дело, кто из граждан вправе своими действиями заключить договор банковского вклада? Таким правом обладают не все граждане, а только:

1. Полностью дееспособные: совершеннолетние, то есть достигшие возраста 18 лет; лица, вступившие до достижения возраста 18 лет в зарегистрированный брак, получив надлежащее разрешение; эмансипированные, то есть несовершеннолетние, достигшие 16 лет, работающие по трудовому договору или занимающиеся предпринимательской деятельностью, признанные полностью дееспособными решением органа опеки и попечительства (при наличии согласия родителей, усыновителей, попечителя несовершеннолетнего) или судом (при отсутствии такого согласия) (ст. 27 ГК РФ).

2. Относительно дееспособные — несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет. Они обладают неполной дееспособностью, однако вправе вносить вклады в кредитные учреждения и распоряжаться ими (п. 3 ст. 26 ГК РФ).

3. Суд вправе ограничить дееспособность гражданина, если он злоупотребляет спиртными напитками или наркотическими средствами и этим ставит свою семью в тяжелое материальное положение. Такой человек вправе самостоятельно совершать только мелкие бытовые сделки. Совершать же другие сделки (в их число входит и заключение договора банковского вклада) ограниченно дееспособный вправе лишь с согласия попечителя. Следовательно, с человеком, ограниченным в дееспособности, договор банковского вклада может быть заключен лишь при наличии письменного согласия попечителя.

4. Частично дееспособные люди — несовершеннолетние в возрасте от 6 до 14 лет (их еще называют малолетними) — обладают весьма незначительной дееспособностью, которая не включает в себя возможность заключения договора банковского вклада. Такие дети могут стать участниками отношений банковского вклада, но договор от их имени может быть заключен их родителями, усыновителями, опекунами.

5. Полностью недееспособные люди. К их числу относятся дети в возрасте до 6 лет, а также взрослые люди, которые вследствие психической болезни или слабоумия не могут понимать значения своих действий или руководить ими и потому судом признаны недееспособными. Эти люди тоже могут быть субъектами отношений банковского вклада, но договор от их имени заключают их законные представители: 1) в отношении детей в возрасте до 6 лет – их родители, усыновители, опекуны; 2) в отношении взрослых недееспособных — их опекуны.

Что касается юридических лиц, то все они могут заключать договоры банковского вклада в качестве вкладчиков. При этом не имеет значения, какова организационно-правовая форма юридического лица и на какой форме собственности она основана. Однако если юридическое лицо имеет специальную правоспособность, то необходимо, чтобы заключение договора банковского вклада не выходило за пределы этой правоспособности.

Договор банковского вклада в зависимости от того, кто является вкладчиком, может быть публичным либо не быть таковым. Такой договор признается публичным, если вкладчиком является гражданин. Это означает, что банк, являющийся коммерческой организацией, оказывающей услуги, должен осуществлять свои обязанности в отношении каждого человека, который к нему обратится. Иначе говоря, банк, имеющий право принимать вклады граждан, обязан заключить договор банковского вклада с любым человеком, который к нему обратился с таким предложением. Кроме того, банк не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения такого договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными нормативными правовыми актами. Условия договора банковского вклада (для одного и того же вида вкладов) должны быть одинаковыми для всех вкладчиков. Однако банк вправе дифференцировать условия договора банковского вклада, в том числе процент-

¹⁰ См.: Комментарий к ГК РФ, части второй. М., 1996. С. 399.

ные ставки, в зависимости от срока действия договора, суммы вклада и условий его возврата. Обычно банки также устанавливают различные процентные ставки в зависимости от того, кто является вкладчиком: человек или юридическое лицо. Отказ банка от заключения с человеком договора банковского вклада не допускается, кроме следующих случаев: 1) если банк не имеет права осуществлять операции по вкладам граждан (это не предусмотрено учредительными документами банка, нет соответствующей лицензии); 2) если принятие вклада повлечет за собой нарушение законодательства или обязательных экономических нормативов, установленных Центральным банком России (например, произойдет превышение суммы вкладов над размером уставного капитала банка); 3) если банк приостановил дальнейший прием вкладов от населения по причинам экономического или иного характера; 4) если у банка нет производственных или технических возможностей для приема вклада; 5) если имеются другие причины, лишаящие банк возможности принять вклад.

Приведенный перечень обстоятельств, позволяющих банку отказать гражданину в принятии от него вклада, таков, что банк, не желающий принять вклад, всегда может обосновать уважительность отказа. Тем не менее при необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского вклада заинтересованный в заключении договора человек вправе обратиться в суд с требованием о понуждении к заключению договора и о возмещении убытков, понесенных вследствие уклонения банка от заключения договора о вкладе (ст. 426 и 445 ГК РФ).

Договор банковского вклада, в котором вкладчиком является юридическое лицо, не признается публичным.

В отличие от многих других договоров договор банковского вклада является *односторонне обязывающим*. Это означает, что в результате его заключения обязанности возникают только на одной стороне – на стороне банка. Рассматриваемый договор является *реальным*. Следовательно, для возникновения прав и обязанностей у его сторон недостаточно достижения между ними соглашения и облечения его в установ-

ленную законом форму. Требуется также передача имущества, в данном случае – внесение вкладчиком суммы вклада в банк.

Договор банковского вклада относится к числу договоров об оказании услуг. Поэтому в тех случаях, когда вкладчиком является человек, на этот договор распространяет свое действие Закон РФ «О защите прав потребителей». По мнению некоторых ученых (Л.Б. Ефимовой), на рассматриваемый договор распространяют свое действие лишь общие нормы Закона РФ «О защите прав потребителей», так как специальные нормы этого закона противоречат существу договора банковского вклада¹⁰.

На наш взгляд, на данный договор, кроме общих норм названного закона, должны распространять свое действие и специальные нормы, относящиеся к договорам об оказании услуг.

Договор банковского вклада должен быть заключен в простой письменной форме. Он может быть составлен в виде единого документа, подписанного сторонами, в двух экземплярах, из которых один выдается вкладчику, а другой остается в делах банка. Однако требование закона (ст. 836 ГК РФ) о письменной форме договора будет соблюдено, если внесение вклада, удостоверено сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным документом, выданным вкладчику банком, если документ удовлетворяет требованиям, предусмотренным законом, соответствующим закону банковским правилам и применяемым в банковской практике обычаям делового оборота.

Преимущественной формой договора банковского вклада является выдача вкладчику сберегательной книжки. Такая форма применяется, если соглашением сторон не предусмотрено иное. Сберегательная книжка удостоверяет заключение договора банковского вклада и внесение денежных средств на счет вкладчика в банке.

Законом предусмотрены два вида сберегательных книжек: именные и на предъявителя. В именной сберегательной книжке указывается имя вкладчика, а если вкладчиком является юридическое лицо – его полное наименование. Она не является ценной бумагой и может выдаваться вкладчику на

основании заключенного сторонами договора, оформленного в виде единого документа. Однако такая сберегательная книжка может быть выдана вкладчику и на основании его письменного заявления, поданного банку, то есть без составления договора в виде единого документа.

В отличие от этого сберегательная книжка на предъявителя признается ценной бумагой и на нее распространяются общие положения законодательства о ценных бумагах. Сберегательная книжка на предъявителя предоставляет ее владельцу все права вкладчика по договору банковского вклада. Однако для реализации этих прав необходимо предъявление подлинника такой сберегательной книжки. Имя вкладчика (или его наименование) в сберегательной книжке на предъявителя не указываются. Поэтому передача прав вкладчика от одного лица к другому может осуществляться путем простого ее вручения новому владельцу. Если отсутствие именной сберегательной книжки может быть восполнено наличием письменного договора, составленного в виде единого документа, то в случае выдачи сберегательной книжки на предъявителя такое восполнение не допускается.

Вопрос о том, какой из видов сберегательной книжки должен быть выдан вкладчику, решается соглашением сторон при заключении договора банковского вклада.

В законе (ст. 843 ГК РФ) подробно перечислены реквизиты сберегательной книжки. В ней должны быть указаны и удостоверены банком наименование и место нахождения банка, а если вклад внесен в филиал банка – также наименование этого филиала; номер счета по вкладу, а также все суммы денежных средств, зачисленных на счет, списанных со счета, и остаток денежных средств на счете на момент предъявления сберегательной книжки в банк.

Осуществление операций по вкладам должно идентично отражаться как на счете вкладчика, так и в сберегательной книжке. Однако поскольку сберегательная книжка постоянно находится у вкладчика, данные, содержащиеся на счете вкладчика и в сберегательной книжке, могут не совпадать. Это возможно при поступлении на вклад денежных средств от

третьих лиц (так бывает, например, по пенсионным вкладам, на которые зачисляются поступающие на имя вкладчика средства от органов социальной защиты населения).

Выдача вклада, выплаты процентов по нему и исполнение распоряжений вкладчика о перечислении денежных средств со счета по вкладу другим лицам производится по предъявлении сберегательной книжки. Если именная сберегательная книжка утрачена или приведена в негодность, банк по заявлению вкладчика выдает ему новую сберегательную книжку. Восстановление прав по утраченной сберегательной книжке на предъявителя осуществляется судом в порядке вызывного производства (гл. 33 ГПК РСФСР). Однако если незаконный владелец сберегательной книжки известен вкладчику, последний может предъявить ему виндикационный иск.

Как уже упоминалось, договор банковского вклада может быть оформлен посредством выдачи банком вкладчику сберегательного или депозитного сертификата. Сберегательный (депозитный) сертификат является ценной бумагой, удостоверяющей сумму вклада, внесенного в банк, и права вкладчика (держателя сертификата) на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в банке, выдавшем сертификат или в любом филиале этого банка (п. 1 ст. 844 ГК РФ).

Как уже упоминалось, сберегательный и депозитный сертификат являются ценными бумагами. Они выпускаются банками-эмитентами. Правила выпуска и обращения таких сертификатов содержатся в Письме Центрального банка России от 10.02.92 № 14-3-20 «О депозитных и сберегательных сертификатах банков». Основные их положения таковы. Банк, желающий выпустить депозитные и сберегательные сертификаты, должен утвердить условия их выпуска и обращения. Этот документ в течение 10 дней после принятия должен быть представлен в соответствующее территориальное управление Центрального банка РФ по месту нахождения корреспондентско-

¹¹ См.: Письмо ЦБР от 10.02.92 № 14-3-20.

го счета банка-эмитента. Проспекты эмиссии этих видов ценных бумаг регистрации не подлежат.

Как уже отмечалось, держателями сберегательных сертификатов могут быть только граждане РФ и других государств, использующих рубль в качестве официальной денежной единицы. Депозитный сертификат может быть выдан только юридическому лицу, зарегистрированному на территории России (или иного государства, использующего рубль в качестве официальной денежной единицы). Сертификаты не подлежат вывозу в государства, не использующие рубль в качестве официальной денежной единицы. Они не могут использоваться как средство платежа за купленные товары, а также за выполненные работы и оказанные услуги.

По срокам действия сертификаты различаются на срочные и до востребования. Сроки действия срочных сертификатов невелики. Сберегательный сертификат действует три года со дня выдачи, а депозитный — один год. Истечение срока не влечет за собой утраты прав по такому сертификату, но превращает срочный сертификат в ценную бумагу до востребования. По такому сертификату банк обязан произвести платеж по первому требованию его держателя.

Сертификаты выпускаются на бланках установленного образца и должны содержать следующие обязательные реквизиты:

1. Наименование «депозитный» (или «сберегательный») сертификат.
2. Указание на основание выдачи сертификата (внесение сберегательного вклада или денежной суммы в депозит).
3. Дата внесения сберегательного вклада или депозита.
4. Размер сберегательного вклада или депозита, внесенного в банк.
5. Безусловное обязательство банка возвратить сумму сберегательного вклада или депозита.

¹² См. Инструкцию Сберегательного банка РФ от 10.06.92 № 1-р «О порядке совершения учреждениями Сбербанка Российской Федерации операций по вкладам населения».

6. Дата востребования держателем сертификата внесенных им денег.

7. Размер процентов, начисленных банком на сумму вклада или депозита (процентная ставка).

8. Сумма причитающихся вкладчику или лицу, внесшему депозит, процентов.

9. Имя (наименование) приобретателя сертификата (если он является именным).

10. Подписи двух лиц, уполномоченных банком подписывать сертификаты, и оттиск печати банка.

Кроме того, банк вправе включить в сертификат дополнительные условия. Отсутствие в сертификате любого из обязательных реквизитов делает его недействительным.

Сберегательные и депозитные сертификаты могут быть именными и предъявительскими. Это существенно влияет на их способность к обращению. Передача именного сертификата от одного лица к другому допускается, но с соблюдением правил об уступке права требования (цессии). Договор цессии должен быть оформлен на оборотной стороне сертификата¹¹. Однако отступление от этого требования не делает договор цессии недействительным, если соблюдены нормы § 1 Главы 24 ГК РФ, регулирующие уступку права требования.

Передача прав по сберегательным и депозитным сертификатам на предъявителя от одного лица к другому не требует какого-либо оформления и осуществляется посредством простого вручения.

Несоблюдение сторонами предписанной законом письменной формы договора банковского вклада влечет применение весьма жесткой санкции: договор признается недействительным как ничтожный (п. 2 ст. 836 ГК РФ). При признании договора недействительным переданные банку денежные средства подлежат возвращению как неосновательно полученные на основании ст. 1102 ГК РФ. Кроме того, вкладчик вправе требовать от банка возмещения неполученных доходов по ст. 1107 ГК РФ и начисления на сумму вклада процентов в размере ставки рефинансирования, устанавливаемой ЦБ РФ.

По основаниям требований о возврате суммы различаются вклады до востребования и срочные вклады. Кроме того, договором может быть предусмотрено внесение вкладов на иных условиях возврата, не противоречащих закону.

Вид вклада устанавливается по соглашению сторон при заключении договора. Если вклад внесен на условии «до востребования», вкладчик вправе в любое время потребовать от банка возвращения суммы вклада полностью или частично. В таком случае договор заключается на неопределенный срок. Если же вклад внесен на определенный срок, устанавливаемый соглашением сторон, вкладчик вправе потребовать возвращения вклада по истечении этого срока. Разновидностью срочных вкладов являются целевые вклады и вклады условные¹². Целевые вклады могут быть внесены на 10 лет на имя лиц, не достигших возраста 16 лет. Такие вклады выдаются вкладчику, достигшему возраста 16 и более лет при условии хранения вклада не менее 10 лет. Условными принято называть вклады, вносимые на имя других лиц, которые приобретают право распорядиться вкладом лишь при соблюдении условий или с наступлением обстоятельств, оговоренных при заключении договора банковского вклада. При этом условия не должны противоречить закону и нравственным принципам общества. Например, как условие получения суммы вклада может быть указано получение лицом, в чью пользу заключен договор, высшего образования. Договор банковского вклада, по которому внесены целевые или условные вклады, является договором в пользу третьего лица.

Однако следует иметь в виду, что по договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика, за исключением вкладов, внесенных юридическими лицами на иных условиях возврата, предусмотренных договором. Условие договора об отказе гражданина от права на получение вклада по первому требованию ничтожно (п. 2 ст. 837 ГК РФ). Предъявление вкладчиком требования о досрочном возврате суммы вклада представляет собой разрешенное законом одностороннее изменение условий договора по инициативе вкладчика. В ре-

зультате этого срочный, целевой или условный договор банковского вклада превращается в договор о вкладе до востребования.

Отрицательные имущественные последствия такого изменения договора несет вкладчик. По досрочно прекращенному или измененному договору ему на сумму вклада начисляется такой же процент, как и на сумму вклада «до востребования», который значительно ниже процента по срочному вкладу, если иной процент на этот случай не был специально предусмотрен в договоре. При этом более низкие проценты начисляются в таких случаях за весь период с момента, когда деньги вкладчика были внесены в банк до момента их выдачи. Даже в том случае, если вкладчик потребует от банка не весь срочный вклад, а лишь его часть, ему начисляется на всю сумму вклада более низкий процент, установленный для вкладов до востребования.

В отличие от граждан, юридические лица, внесшие в банк срочный вклад, не обладают безусловным правом требовать его досрочного возвращения. Такое право может быть предусмотрено договором банковского вклада при его заключении. Если этого нет, то досрочный возврат такого вклада возможен лишь с согласия банка. Это правило распространяется лишь на случаи, когда вкладчиком является коммерческая организация. Если же вкладчиком срочного вклада является некоммерческая организация, она ни при каких условиях не вправе требовать досрочного возврата суммы вклада.

Как уже упоминалось, договор банковского вклада является *возмездным*. Возмездность его своеобразна и проявляется в том, что банк выплачивает вкладчику проценты на сумму вклада в размере, определяемом договором банковского вклада. При отсутствии в договоре условия о размере уплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере ставки рефинансирования ЦБ РФ (п. 1 ст. 838 ГК РФ). Банк платит вкладчику проценты на сумму вклада не из альтруистических побуждений. Банк вправе до момента предъявления вкладчиком требования о возврате вклада использовать его денежные средства по своему усмотрению. Чаще всего сред-

ства вкладчиков используются банком для осуществления своих кредитных операций. Так что проценты на сумму вклада, по существу, представляют собой осуществляемую банком плату за пользование чужими денежными средствами.

Уплата вкладчику процентов на сумму вклада является неременной обязанностью банка. Если в договоре предусмотрено, что банк не обязан уплачивать указанные проценты, это означает, что такой договор не является договором банковского вклада. Его можно рассматривать как договор беспроцентного займа, заключение которого допускается законом.

В условиях многолетнего сильнейшего экономического кризиса, переживаемого страной в связи с реставрацией в ней капитализма, весьма актуальным стал вопрос о возможности одностороннего изменения размера процентов, выплачиваемых банком на сумму вклада. В ГК РФ этот вопрос решен неоднозначно в зависимости от вида вклада. По вкладам до востребования (а таких вкладов большинство, и вкладчиками являются преимущественно граждане) банк вправе изменять размер процентов, выплачиваемых на вклады, если иное не предусмотрено договором банковского вклада (ч. 1 п. 2 ст. 838 ГК РФ). Обычно такое изменение представляет собой уменьшение указанного процента, хотя банк вправе и увеличивать упомянутый процент. Согласно ч. 2 п. 2 ст. 838 ГК в случае уменьшения банком размера процентов новый размер процентов применяется к вкладам, внесенным до сообщения вкладчиком об уменьшении процентов, по истечении месяца со дня соответствующего сообщения, если иное не предусмотрено договором. Для вкладчиков это правило является весьма слабым утешением.

О предстоящем уменьшении процентов на вклад вкладчик может быть уведомлен различными способами: по почте, факсу и т. п. Сберегательный банк уведомляет своих вкладчиков об этом посредством публикации в периодической печати соответствующего сообщения.

В договоре банковского вклада может быть предусмотрен иной порядок реализации банком своего права на умень-

шение размера процентов на вклады до востребования. Решение банка увеличить размер процентов на вклады до востребования вступает в действие в порядке, установленном самим банком. О таком решении банк не обязан извещать вкладчиков.

Если вкладчик-гражданин внес срочный целевой или условный вклад, установленный при заключении договора размер процентов не может быть изменен банком в одностороннем порядке, если иное не предусмотрено законом. Банк не может включать свое право на уменьшение процентов по срочному вкладу в условия договора банковского вклада при его заключении. Если же такое условие будет включено, оно не имеет юридического значения.

С этой нормой права не совпадает положение ст. 29 Закона РФ «О банках и банковской деятельности», которое дает право кредитной организации изменять, в том числе и в сторону уменьшения, размер процентов на вклады, если это предусмотрено договором с вкладчиком, в том числе и с гражданином. Поскольку нормы Гражданского кодекса РФ имеют большую юридическую силу, чем нормы текущего законодательства, в таких случаях следует применять нормы ст. 838 ГК РФ.

Если договор о срочном банковском вкладе заключен с юридическим лицом, размер процентов не может быть односторонне изменен, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 3 ст. 838 ГК РФ). Следовательно, в такого рода случаях стороны при заключении договора банковского вклада вправе предусмотреть право банка в одностороннем порядке изменять размер процентов, начисляемых на вклад.

Проценты на сумму банковского вклада начисляются со дня, следующего за днем ее поступления в банк, до дня, предшествующего ее возврату вкладчику либо ее списанию со счета вкладчика по иным основаниям, допускаемым законом. Сроки и порядок выплаты процентов по вкладу (по каким датам, ежемесячно, ежеквартально, по полугодиям, ежегодно, с их капитализацией или без капитализации) могут быть установлены договором банковского вклада. Если же в договоре этот вопрос не разрешен, проценты на сумму банковского вклада

выплачиваются вкладчику по его требованию по истечении каждого квартала отдельно от суммы, а не востребованные в этот срок проценты увеличивают сумму вклада, на которую начисляются проценты. При возврате вклада выплачиваются все начисленные к этому моменту проценты (ст. 839 ГК РФ).

В том случае, когда требование о возврате вклада предъявлено до окончания периода, за который начисляются проценты, последние начисляются исходя из фактического времени пользования денежными средствами клиента и выплачиваются одновременно с основной суммой вклада.

Внесение денежных средств в банк по договору банковского вклада сопряжено для вкладчика со значительным риском, в частности с риском не получить обратно сумму вклада, в чем на собственном горьком опыте убедились миллионы российских вкладчиков, доверившие свои деньги ненадежным банкам. В целях недопущения таких последствий ГК РФ регулирует обеспечение возврата вкладов банками (ст. 840 ГК РФ).

Банки обязаны обеспечивать возврат вкладов граждан посредством обязательного страхования, а в предусмотренных законом случаях — и иными способами.

Меры обеспечения возврата вкладов банками зависят от того, кто является вкладчиком банка. Если вкладчиком является гражданин, возврат вклада обеспечивается:

1) обязательным страхованием вкладов за счет средств федерального фонда обязательного страхования вкладов, что предусмотрено ст. 38 Закона РФ «О банках и банковской деятельности»;

2) субсидиарной ответственностью Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований. Это правило не носит общего характера и применяется только в отношении вкладов, внесенных в банк, в уставном капитале которых более 50 % акций или долей участия имеют РФ, субъекты РФ или соответствующие муниципальные образования;

3) добровольным страхованием вкладов в соответствии со ст. 39 Закона «О банках и банковской деятельности»;

4) посредством использования традиционных для российского гражданского права мер обеспечения исполнения обязательств (неустойка, залог, поручительство и др.).

Предъявление вкладчиками-гражданами требований о субсидиарной ответственности РФ, ее субъектов и муниципальных образований возможно при условии, если они (вкладчики) уже предъявили требования о возврате своих вкладов непосредственно банкам, получившим их вклады, но имущества банков оказалось недостаточно для удовлетворения указанных требований (ст. 399 ГК РФ).

Если вкладчиком банка является юридическое лицо, способы обеспечения возврата устанавливаются соглашением сторон при заключении договора о вкладе. При этом используются такие способы обеспечения обязательств, как неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия. Задаток и удержание в силу их особенностей не могут быть использованы для этой цели.

В целях усиления защиты интересов вкладчиков закон (п. 3 ст. 840 ГК РФ) обязал банки при заключении договоров банковского вклада предоставлять вкладчикам информацию об обеспеченности возврата вклада. Способы доведения этой информации до клиентов определяет банк. Нередко это осуществляется посредством вывешивания соответствующих объявлений в операционном зале банка.

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, определенном договором или ставкой рефинансирования за весь период фактического пользования денежными средствами вкладчика, а также возмещения причиненных убытков.

Обычно вклад в банк оформляется на имя того лица, которое его вносит. Иначе говоря, вкладчиком становится тот гражданин или юридическое лицо, которое заключило с банком договор о вкладе. Но закон (ст. 842 ГК РФ) допускает внесение вклада в банк на имя другого лица, не участвующего в заключении договора с банком. В ряде случаев необходимость такого внесения денежных средств определяется видом вклада. Таков, например, пенсионный вклад. В ГК РФ этому вопросу посвящена ст. 841, согласно которой если договором банковского вклада не предусмотрено иное, на счет по вкладу зачисляются денежные средства, поступившие в банк на имя вкладчика от третьих лиц с указанием необходимых данных о его счете по вкладу. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, третье лицо приобретает права вкладчика с момента предъявления им банку первого требования, основанного на этих правах, или выражения им банку иным способом намерения воспользоваться такими правами.

Новоселова Л.А. Гражданский кодекс о расчетах // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 1996. № 10. С. 129.

² Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 130.

³ Банковское дело / Под ред. В.И. Колесникова, Л.П. Кроливецкой. М., 1997. С. 63.

Указание имени гражданина или наименования юридического лица, в пользу которого вносится вклад, является существенным условием такого договора банковского вклада.

Такой договор банковского вклада представляет собой классический образец договора в пользу третьего лица. Поэтому на него распространяет свое действие ст. 430 ГК РФ, если это не противоречит правилам ст. 842 ГК РФ. Своеобразие возникающих из рассматриваемого договора отношений, кроме прочего, заключается в следующем. После того как заключен договор банковского вклада в пользу третьего лица, лицо, внесшее вклад, становится вкладчиком и может распоряжаться суммой вклада по своему усмотрению, а также расторгнуть договор банковского вклада, но только до того момента, когда третье лицо, в пользу которого заключен договор, выразит желание воспользоваться вкладом. С момента выражения третьим лицом такого желания в обязательстве по договору банковского вклада происходит замена кредитора. Лицо, внесшее вклад, утрачивает права вкладчика, а третье лицо, в пользу которого заключен договор, приобретает права вкладчика. Происходит то, что принято называть уступкой права требования. Однако это происходит не на основании договора о цессии, а на основании односторонней сделки, каковой является выражение третьим лицом намерения воспользоваться суммой вклада.

Способ выражения такого намерения значения не имеет. Это может быть заявление третьего лица о желании принять вклад, требование его, адресованное банку, о выдаче суммы вклада полностью или частично, заявление о внесении на счет по вкладу дополнительной денежной суммы и др.

Согласно части третьей п. 1 ст. 842 ГК РФ договор банковского вклада в пользу гражданина, умершего ко времени заключения договора, либо не существующего к этому моменту юридического лица ничтожен. Эта норма права, на наш взгляд, направлена против попыток совершения мнимых сделок с противоправными целями.

Глава 4

РАСЧЕТНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ

1. Общие положения о безналичных расчетах

Понятия «расчетные отношения» или просто «расчеты» имеют несколько смысловых значений, среди которых:

- расчеты между контрагентами с целью погашения своих обязательств;
- расчеты как отношения по осуществлению денежных платежей в безналичном порядке через кредитные учреждения и банки¹.

Именно безналичные расчеты как отношения, возникающие в связи с перечислением денежных средств через банки и иные кредитные учреждения, являются предметом рассмотрения в данной главе.

ГКРФ определяет следующие *формы безналичных расчетов*:

- расчеты платежными поручениями;
- расчеты по аккредитиву;
- расчеты по инкассо;
- расчеты чеками.

Под *формой расчетов* понимается способ исполнения через банк денежных обязательств организации² или, иначе, совокупность взаимосвязанных элементов, к числу которых относится способ платежа и соответствующий ему документооборот³.

⁴ Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М., 1997. С. 269.

Перечень форм безналичных расчетов, содержащийся в п. 1 ст. 862 ГК РФ не является исчерпывающим. Кроме наиболее распространенных форм (расчеты платежными поручениями, по аккредитиву, чеками и расчеты по инкассо), статья устанавливает возможность осуществлять расчеты и в иных формах, предусмотренных законом, установленными в соответствии с ними банковскими правилами и обычаями.

Положение о безналичных расчетах в РФ от 08.09.2000, изданное ЦБ РФ, предусматривает использование следующих *расчетных документов* при осуществлении безналичных расчетов в вышеназванных формах:

- платежные поручения;
- аккредитивы;
- чеки;
- платежные требования;
- инкассовые поручения.

Расчетный документ представляет собой оформленное в виде документа на бумажном носителе или в установленных случаях электронного платежного документа:

- распоряжение плательщика о списании денежных средств со своего счета и их перечисление на счет получателя средств;

- распоряжение получателя средств (взыскателя) на списание денежных средств со счета плательщика и перечисление на счет, указанный получателем средств (взыскателем).

Расчетные документы действительны к предъявлению в обслуживающий банк в течение десяти календарных дней, не считая дня их выписки.

Формы безналичных расчетов избираются клиентами банков самостоятельно и предусматриваются в договорах, заключаемых ими со своими контрагентами (далее — основной договор). При этом необходимо иметь в виду, что в некоторых случаях при отсутствии между сторонами соглашения о

⁵ Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный). М., 1997. С. 422.

порядке и форме расчетов закон определяет, какую из форм расчетов надлежит использовать (ст. 516 ГК РФ).

В рамках форм безналичных расчетов в качестве *участников* расчетов рассматриваются *плательщики* и *получатели* средств (взыскатели), а также *обслуживающие их банки* и *банки-корреспонденты*.

Для осуществления расчетов через банки и иные кредитные учреждения необходимо открыть в них банковский счет, наиболее важными моментами в регулировании которого являются:

- а) списание средств со счета по распоряжению клиента;
- б) списание средств в пределах денежных средств клиента;
- в) сроки списания и зачисления средств клиента;
- г) ответственность сторон в расчетных отношениях.

Необходимо кратко охарактеризовать каждый из данных аспектов.

а) Списание средств со счета по распоряжению клиента (владельца счета). В соответствии с общим правилом, установленным ч. 1 ст. 854 ГК РФ, средства со счета могут быть списаны только на основании распоряжения клиента. Однако свобода воли клиента при распоряжении средствами на счетах не носит абсолютного характера, более того, данное право имеет определенные исключения. В соответствии с п. 2 ст. 854 ГК РФ списание средств без распоряжения клиента возможно по решению суда в случаях, установленных законом, а также при наличии такого условия в договоре банковского счета. Кроме того, воля на списание денежных средств со счета должна быть оформлена в соответствии с законодательством и банковской практикой под страхом неисполнения данного поручения⁴.

б) Списание средств в пределах денежных средств клиента. По общему правилу, платежи осуществляются в пределах денежных средств клиента за исключением случаев предоставления клиенту банком так называемого овердрафта. Условие об овердрафте, или кредитовании счета (ст. 850 ГК РФ), должно быть предусмотрено договором банковского счета и сопровождаться открытием счета, правовой режим кото-

рого допускает такую возможность. Кроме того, договором должно быть согласовано: 1) период кредитования; 2) размер процентной ставки за пользование кредитом; 3) допустимое количество овердрафтов в течение определенного периода времени⁵.

В рамках проблемы платежей в пределах собственных и заемных средств возникает вопрос об очередности списания денежных средств. Под очередностью платежей понимается определенная законодательством последовательность списания средств с банковских счетов по нескольким расчетным документам, срок оплаты которых уже наступил. В соответствии со ст. 855 ГК РФ устанавливаются правила определения очередности платежей: первое — когда средств клиента на счете достаточно для удовлетворения всех предъявленных к нему требований, второе — когда средств клиента недостаточно для удовлетворения всех предъявленных к нему требований. В первом случае расчетные документы оплачиваются в порядке их поступления в банк плательщика (п. 1 ст. 855 ГК РФ). Во втором статья определяет шесть групп очередности, в соответствии с которыми осуществляются расчеты при недостаточности средств на счете.

В соответствии с п. 3 ст. 855 ГК РФ списание средств со счета по требованиям, относящимся к одной очереди производится в порядке календарной очередности поступления документов. Переход к платежам другой очереди возможен после полного погашения всех платежей предыдущей очереди.

в) Сроки списания и зачисления средств клиента. Сроки осуществления операций по счету устанавливаются ст. 849 ГК РФ. Часть первая данной статьи регулирует сроки зачисления средств на счет клиента. Этот срок не может быть более дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа.

Часть вторая ст. 849 ГК РФ устанавливает сроки по выдаче и перечислению со счета денежных средств клиента: банк обязан начать выполнение поручения клиента о безналичном перечислении не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа. Указан-

ный срок может быть увеличен или уменьшен законом, банковскими правилами и договором банковского счета.

При определении сроков, указанных в ст. 849 ГК РФ необходимо иметь в виду, что под термином «день» следует понимать «банковский» или «операционный» день, т. е. часы работы банка, в течение которых осуществляется обслуживание платежных документов. В соответствии с банковскими правилами и обычаями операционный день заканчивается за два часа до окончания работы банка. Если платежный документ поступил за пределами операционного дня, он считается принятым банком на следующий день.

г) Ответственность сторон в расчетных отношениях. Особенностью ответственности сторон в расчетных отношениях, как и в целом всей гражданско-правовой ответственности, является ее компенсационный характер. То есть размер такой ответственности должен соответствовать размеру причиненного ущерба. Формами гражданско-правовой ответственности являются возмещение убытков и уплата неустойки (штрафа, пени).

Выделим наиболее общие положения ответственности каждой из сторон в данных отношениях.

Говоря об ответственности клиента банка, необходимо указать ее специфический характер, так как в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязанностей клиент в большинстве случаев наносит убытки прежде всего самому себе, ведь деньги списываются с его банковского счета (например, ошибка в указании счета получателя и т. д.). Таким образом, клиент несет риск нанесения убытков самому себе при ненадлежащем исполнении обязательств, за исключением случаев представления банком клиенту овердрафта, однако в этом случае ответственность клиента перед банком наступает в соответствии с правилами о займе и кредите (п. 2 ст. 850 ГК РФ).

⁶ Олейник О.М. Указ. соч. С. 59.

⁷ Там же. С. 59.

Кроме того, вопрос об ответственности клиента перед банком может возникать и в случаях неосновательного зачисления на его счет некоторой суммы и растрату им данной суммы. В такой ситуации банк сам несет ответственность перед клиентом, чьи средства были неправильно зачислены, а затем в регрессном порядке вправе требовать возврата этой суммы с клиента, на чей счет эти средства были неосновательно зачислены и им растрачены. С точки зрения практики вопрос об ответственности клиента не вызывает большого интереса, поскольку такие случаи редки. Гораздо чаще наступает ответственность банков.

Ответственность банков перед клиентами за ненадлежащее совершение операций по счету регулируется ст. 856 ГК РФ. Такая ответственность наступает в случаях:

- несвоевременного зачисления на счет поступивших клиенту денежных средств;
- необоснованного списания средств клиента со счета;
- невыполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо их выдачи.

В этих случаях банк обязан уплатить на данные суммы проценты в размере и порядке, предусмотренном ст. 395 ГК РФ. Размер процентов определяется существующей в месте жительства кредитора (или его месте нахождения) учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства, если иной размер процентов не установлен договором. На практике под «учетной ставкой банковского процента» рассматривают процентную ставку ЦБ РФ за пользование централизованными кредитными ресурсами (ставка рефинансирования). При этом в соответствии с п. 2

⁸ Ефимова Л., Новоселова Л. Банки: ответственность за нарушения при расчетах: Комментарий законодательства и арбитражной практики. М., 1996. С. 369—377.

⁹ Там же. С. 384—416.

¹⁰ Березина М.П. Безналичные расчеты в экономике России. Анализ практики. М., 1997. С. 102.

ст. 395 ГК РФ в части, не покрытой процентами, банк возмещает клиенту убытки.

Отличительной чертой законодательства о расчетах в РФ является «разбросанность» отдельных норм по различным правовым актам различной юридической силы, которые иногда дублируют друг друга, а зачастую и противоречат друг другу. Несмотря на наметившуюся в последнее время тенденцию к расширению законодательного уровня регулирования расчетов, абсолютное большинство актов, регулирующих расчетные отношения, носят подзаконный характер.

Всю массу нормативных актов о расчетах можно разделить на следующие группы:

- законы (общие и специальные);
- указы Президента, постановления Правительства;
- правовые акты ЦБ РФ;
- международные акты;
- локальные акты банков;
- арбитражная практика;
- банковские правила и обычаи.

Законы как регуляторы расчетных отношений подразделяются на общие и специальные. К *общим* законам относится ГК РФ. К *специальным* — Закон РФ «О банках и банковской деятельности в РФ», Закон РФ «О Центральном банке РФ» и некоторые другие.

Наиболее крупной и многочисленной среди нормативных актов о расчетах является группа актов ЦБ РФ. Правовые акты ЦБ РФ издаются им в силу его нормотворческой компетенции. Данные нормативные акты можно разделить на три группы по различным критериям:

- а) по форме: инструкции, письма, телеграммы;
- б) по срокам: постоянные, временные;
- в) по содержанию: нормативные, интерпретационные и акты применения⁶.

Одной из проблем, связанных с актами ЦБ РФ, на которую указывают многие авторы⁷, является трудность с озна-

¹¹ Комментарий к ГК РФ, части первой (постатейный). М., 1995. С. 22.

комлением и получением данных актов. В настоящее время все документы, издаваемые ЦБ РФ, публикуются в «Вестнике Банка России», выпуск которого осуществляет ЗАО «Прайм». При этом особые условия подписки, а также обязанность подписчиков не передавать полученную информацию, приводят к монополизму и созданию картеля по предоставлению информационных услуг.

Международные акты как регуляторы расчетов можно разделить на три группы. Первая группа представляет собой правила совершения отдельных форм безналичных расчетов. К ним относятся Унифицированные правила по инкассо⁸, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов⁹ и др. Особенностью этих актов является то, что их действие распространяется на всех участников такого рода расчетов автоматически, без специальных ссылок. Если стороны хотят использовать другой порядок при расчетах, они должны предусмотреть это в договоре.

Ко второй группе международных актов относятся двух- и многосторонние конвенции, которые действуют на территории подписавших их государств (например, Женевская конвенция о переводном и простом векселях)¹⁰.

Третья группа представлена международными банковскими стандартами, разрабатываемыми Международной организацией по стандартизации. Данные стандарты представляют собой совокупность тех требований по оформлению банковских документов, соблюдение которых имеет правовое значение. В настоящее время такие стандарты действуют по поводу подписей официальных лиц, уполномоченных подписывать расчетные документы, платежных поручений и др.

К нормативным документам, регулирующим расчеты, относятся также локальные акты, регулирующие на основе действующего законодательства отношения между банками и их филиалами, банком и клиентами и др. Данные акты разрабатываются самим банком и становятся обязательными для клиента с момента подписания соответствующего договора. Локальные акты могут устанавливать операционное время в банке, возможности и условия кредитования счета и т. д.

В качестве одного из регуляторов расчетных отношений на территории РФ можно назвать арбитражную практику. По формам выражения ее делят: на решения по отдельным делам, постановления Пленума Высшего арбитражного суда, информационные письма и обзоры.

Одним из источников регулирования расчетов является банковский обычай. Для установления наличия банковского обычая необходимы те же критерии, что и для установления наличия обычая делового оборота, а именно: а) наличие сложившегося, т.е. постоянного и достаточно определенного в своем содержании; б) широко применяемого; в) не предусмотренного законодательством правила поведения в банковской сфере¹¹.

Таким образом, можно констатировать крайнюю сложность нормативного регулирования расчетов в РФ, и на сегодняшний день главной задачей является принятие новых специальных законов, отвечающих современным требованиям, которые не только стабилизируют, но и дадут новый импульс развитию платежной системы РФ.

2. Расчеты платежными поручениями

Платежным поручением является распоряжение владельца счета (плательщика) обслуживающему его банку, оформленное расчетным документом, перевести определенную денежную сумму на счет получателя средств, открытый в этом или другом банке.

Платежными поручениями могут производиться:

- перечисления денежных средств за поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги;
- перечисления денежных средств в бюджеты всех уровней и во внебюджетные фонды;
- перечисления денежных средств в целях возврата/размещения кредитов (займов)/депозитов и уплаты процентов по ним;

¹² Банковское дело. М., 1995. С. 81.

- перечисления по распоряжениям физических лиц или в пользу физических лиц (в том числе без открытия счета);
- перечисления денежных средств в других целях, предусмотренных законодательством или договором.

Как правило, обязанность плательщика произвести платеж возникает из договора (далее — основного договора) с получателем средств. На основании данного договора плательщик передает поручение о перечислении средств своему банку, а обязанностью последнего является перевод денежной суммы получателю средств. Такая обязанность банка возникает из договора банковского счета (ст. 848 ГК РФ), причем банк обязан не только списать требуемую сумму со счета плательщика, но и обеспечить ее перевод на счет получателя (п. 1 ст. 863, п. 1 ст. 865). Если между банком плательщика и банком получателя нет прямых корреспондентских отношений, то банк плательщика передает расчетные документы в расчетно-кассовый центр ЦБ РФ (далее — РКЦ) либо в другие банки, у которых есть корреспондентские отношения как с банком плательщика, так и с банком получателя.

Данное право банка установлено п. 2 ст. 865 ГК РФ, однако обязанность РКЦ или иного банка-посредника выполнить такое поручение возникает лишь на основании заключенного с ним договора о корреспондентских отношениях. С правовой точки зрения такие действия банка плательщика следует рассматривать как возложение исполнения обязательства на третье лицо (ст. 312 ГК РФ). С момента зачисления денег на счет получателя обязанность банка плательщика исполнить поручение клиента о переводе средств (п. 1 ст. 865 ГК РФ), а также обязанность плательщика перед получателем средств, возникающая из договора, считается выполненной (ст. 316 ГК РФ).

Платежное поручение составляется плательщиком на бланке установленной формы. Согласно ФЗ «О Центральном банке РФ» правила, формы, стандарты осуществления безна-

¹³ Ефимова Л., Новоселова Л. Указ. соч. С. 36.

¹⁴ Витрянский В. Расчеты // Хозяйство и право. 1996. № 8. С. 7.

личных расчетов устанавливаются Банком России (ст. 80). В настоящее время форма платежного поручения утверждена Положением о безналичных расчетах в РФ от 08.09.2000, изданным ЦБ РФ. В соответствии с ним в платежном поручении должны быть следующие реквизиты: по плательщику и получателю средств — идентификационный номер налогоплательщика (ИНН), наименование и номер счета в кредитной организации (филиале) или подразделении расчетной сети Банка России, по кредитным организациям — их наименование и место нахождения, банковский идентификационный код (БИК) и номера счетов для проведения расчетной операции. Платежное поручение подписывается руководителем (первая подпись) и главным бухгалтером (вторая подпись), а также скрепляется печатью. При несоответствии платежного поручения вышеуказанным требованиям банк в порядке п. 2 ст. 864 ГК РФ может (но не обязан) уточнить содержание поручения. При неполучении ответа в срок, установленный законом, банковскими правилами или договором, а при их отсутствии — в разумный срок, банк вправе вернуть платежное поручение без исполнения.

Платежное поручение представляется в банк плательщика, как правило, в четырех экземплярах¹²:

- первый экземпляр используется в банке плательщика для списания средств со счета плательщика и остается в документах банка;

- второй и третий экземпляры отсылаются в банк получателя платежа: при этом второй экземпляр служит основанием для зачисления средств на счет получателя и остается в документах этого банка, а третий экземпляр прилагается к выписке со счета получателя как основание для подтверждения банковской проводки;

- четвертый экземпляр возвращается плательщику со штампом банка в качестве расписки о приеме платежного поручения к исполнению.

¹⁵ Новоселова Л. Гражданский кодекс РФ о расчетах // Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 132.

Согласно Положению о безналичных расчетах в РФ, платежные поручения принимаются банком независимо от наличия денежных средств на счете плательщика. При отсутствии или недостаточности денежных средств на счете плательщика платежные поручения помещаются в картотеку банка и оплачиваются по мере поступления средств в очередности, предусмотренной законодательством. Допускается частичная оплата платежных поручений, что оформляется платежным ордером. На лицевой стороне частично оплачиваемого платежного поручения в верхнем правом углу делается отметка: «Частичная оплата». Запись о частичном платеже (порядковый номер частичного платежа, номер и дата платежного ордера, сумма частичного платежа, сумма остатка, подпись) выполняется ответственным исполнителем банка на оборотной стороне платежного поручения.

Банк вправе привлекать другие банки для выполнения операций по перечислению денежных средств на счет, указанный в поручении клиента.

Банк, принявший платежное поручение плательщика, обязан перечислить соответствующую денежную сумму банку получателя средств для ее перечисления на счет лица, указанного в поручении, в срок, устанавливаемый законом или, в соответствии с законом, иным нормативным правовым актом, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета либо не определяется применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

Данный срок складывается из сроков документооборота (который в соответствии со ст. 849 ГК РФ не может превышать дня, следующего за днем поступления платежного документа в каждом из банков, участвующих в осуществлении конкретной расчетной операции) и сроков почтового пробега, необходимого для пересылки документов¹³. Таким образом, течение данного срока начинается на следующий день после получения банком от своего клиента платежного поручения и заканчивается моментом зачисления средств на счет получателя. Общие сроки безналичных расчетов устанавливаются Банком России, который указал, что общий срок без-

наличных расчетов не должен превышать двух операционных дней в пределах одного субъекта РФ и пяти операционных дней в пределах РФ¹⁴. Более короткий срок осуществления расчетов может быть установлен договором банковского счета. Возможность установления более длительного срока, чем указано в законе, исключается с целью устранимть возможность для банка незаконно использовать денежные средства клиентов в качестве своих кредитных ресурсов.

Банки несут ответственность перед своими клиентами за неисполнение и ненадлежащее исполнение их платежных поручений. Такую ответственность можно разделить на два вида: а) ответственность перед плательщиком; б) ответственность перед получателем средств.

Ответственность банка перед плательщиком предусмотрена ст. 866 ГК РФ, согласно которой такая ответственность наступает по основаниям и в размере, предусмотренном главой 25 ГК РФ. В соответствии с п. 1 ст. 393 ГК РФ банк должен возместить клиенту не только реальный ущерб, но и упущенную выгоду. Как уже упоминалось, платежное поручение считается исполненным банком только после зачисления денежных средств на счет получателя, поэтому банк несет ответственность не только за свои действия, но и за действия других банков, которым он поручил выполнение своей обязанности. Данное положение вытекает из ст. 403 ГК РФ, в соответствии с которой должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение. Гражданский кодекс РФ (ст. 866) предусматривает, что в случае нарушения правил совершения расчетных операций банком, привлеченным для исполнения платежного поручения плательщика, ответственность может быть возложена судом на этот банк. Но иск не может быть предъявлен только к банку, допустившему нарушение, нужно идти по договорной цепочке¹⁵ плательщик может предъявить иск к своему банку, а последний вправе возместить убытки за счет банка-нарушителя.

Таким образом, расчеты платежными поручениями имеют ряд преимуществ перед другими формами расчетов, прежде всего:

- относительно простой и быстрый документооборот;
- ускоренное движение денежных средств;
- возможность предварительной проверки качества товаров;
- возможность использовать данную форму расчетов для нетоварных платежей.

3. Расчеты по аккредитиву

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 дать полномочие другому банку (исполняющему банку) произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель.

Банками могут открываться следующие *виды* аккредитивов:

- покрытые (депонированные) и непокрытые (гарантированные);
- отзывные и безотзывные (могут быть подтвержденными).

При открытии *покрытого (депонированного)* аккредитива банк-эмитент перечисляет за счет средств плательщика или

¹⁶ Агарков М.М. Основы банковского права. М., 1994. С. 143.

¹⁷ Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный). М., 1997. С. 113.

¹⁸ Новоселова Л. О некоторых вопросах ответственности банков при расчетах аккредитивами // Хозяйство и право. 1995. № 1. С. 135.

¹⁹ Там же. С. 39.

²⁰ Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный). М., 1997. С. 445.

предоставленного ему кредита сумму аккредитива (покрытие) в распоряжение исполняющего банка на весь срок действия аккредитива.

При открытии *непокрытого (гарантированного)* аккредитива банк-эмитент предоставляет исполняющему банку право списывать средства с ведущегося у него корреспондентского счета в пределах суммы аккредитива. Порядок списания денежных средств с корреспондентского счета банка-эмитента по гарантированному аккредитиву определяется соглашением между банками.

Отзывным является аккредитив, который может быть изменен или отменен банком-эмитентом на основании письменного распоряжения плательщика без предварительного согласования с получателем средств и без каких-либо обязательств банка-эмитента перед получателем средств после отзыва аккредитива.

Безотзывным признается аккредитив, который может быть отменен только с согласия получателя средств. По просьбе банка-эмитента исполняющий банк может подтвердить безотзывный аккредитив (*подтвержденный аккредитив*). Такое подтверждение означает принятие исполняющим банком дополнительного к обязательству банка-эмитента обязательства произвести платеж в соответствии с условиями аккредитива. Безотзывный аккредитив, подтвержденный исполняющим банком, не может быть изменен или отменен без согласия исполняющего банка.

Порядок расчетов по аккредитиву устанавливается в основном договоре между плательщиком и получателем средств, в котором отражаются следующие условия:

- наименование банка-эмитента;
- наименование банка, обслуживающего получателя средств;
- наименование получателя средств;

²¹ Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчетов: Информационное письмо Высшего арбитражного суда РФ от 15.01.99 № 39 // Экономика и жизнь. 1999. № 13.

- сумма аккредитива;
- вид аккредитива;
- способ извещения получателя средств об открытии аккредитива;
- способ извещения плательщика о номере счета для депонирования средств, открытого исполняющим банком;
- полный перечень и точная характеристика документов, представляемых получателем средств;
- сроки действия аккредитива, представления документов, подтверждающих поставку товаров (выполнение работ, оказание услуг), и требования к оформлению указанных документов;
- условие оплаты (с акцептом или без акцепта);
- ответственность за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств.

При расчетах аккредитивами банк-эмитент действует на основании поручения клиента, но от своего имени. М.М. Агарков определял, что в этом случае «клиент банка является комитентом, а банк — комиссионером»¹⁶. В настоящее время, несмотря на то, что «отношения по аккредитиву рассматриваются как разновидность договора комиссии»¹⁷, применение к данным отношениям норм, регулирующих договор комиссии, «возможно лишь с учетом значительной специфики указанных отношений»¹⁸.

Специфика аккредитивной сделки как обслуживающей основную (договор купли-продажи, поставки и др.) состоит в том, что она имеет обособленный характер. Ее обособленность заключается в том, что «ни банк-эмитент, ни иные участвующие в расчетах банки не обязаны проверять соответствие условий, на которых открывается аккредитив, договору между поставщиком и покупателем»¹⁹. Таким образом, банк связан обязательствами по исполнению аккредитива только текстом самого аккредитива. Наиболее четко принцип обо-

²² Банковское дело. М., 1995. С. 97.

²³ Документарные операции банков: аккредитивы и инкассо в расчетах по торговым операциям. М., 1995. С. 17.

собственности сформулирован в ст. 3 Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов, которые во внутренних расчетах на территории РФ не применяются²⁰.

Российское законодательство прямо не закрепляет данный принцип, однако обособленный характер аккредитивной сделки подтверждается арбитражной практикой: «банк был не вправе отказаться от исполнения надлежаще оформленного заявления на аккредитив на том основании, что оно не соответствовало договору клиента с получателем средств. Банк не обязан проверять соответствие условий заявления договору, даже если ссылка на данный договор имеется в аккредитиве»²¹.

Основанием для открытия аккредитива служит заявление плательщика, выполненное на стандартном бланке, в котором он должен указать:

- вид аккредитива (при отсутствии указания на то, что аккредитив является безотзывным, он считается отзывным);
- условие оплаты аккредитива (с акцептом или без акцепта);
- номер счета, открытый исполняющим банком для депонирования средств при покрытом (депонированном) аккредитиве;
- срок действия аккредитива с указанием даты (число, месяц и год) его закрытия;
- полное и точное наименование документов, против которых производится платеж по аккредитиву;
- наименование товаров (работ, услуг), для оплаты которых открывается аккредитив, номер и дату основного договора, срок отгрузки товаров (выполнения работ, оказания услуг), грузополучателя и место назначения (при оплате товаров).

При отсутствии хотя бы одного из этих реквизитов банк отказывает в открытии аккредитива.

Если платеж по аккредитиву должен быть произведен против реестра счетов без акцепта уполномоченного плательщиком лица, в аккредитив могут быть включены следующие дополнительные условия:

²⁴ Ефимова Л., Новоселова Л. Указ. соч. С. 46.

- отгрузка товаров в определенные пункты назначения;
- представление документов, удостоверяющих качество продукции, или актов о приемке товаров для отсылки их через исполняющий банк и банк-эмитент плательщику;
- запрещение частичных выплат по аккредитиву;
- способ транспортировки;
- другие условия, предусмотренные основным договором.

Открытие аккредитива возможно либо за счет средств плательщика, либо за счет кредита банка. Выставление аккредитива частично за счет средств плательщика, и частично за счет кредита банка законодательством не предусмотрено²².

В соответствии с п. 1 ст. 870 ГК РФ аккредитив является условным обязательством, т. е. исполнение аккредитива производится после представления получателем средств в исполняющий банк документов, подтверждающих выполнение всех условий аккредитива. В ином случае исполнение по аккредитиву не производится.

Принято различать следующие группы документов, при предъявлении которых производится исполнение по аккредитиву: счета-фактуры и реестры к ним, транспортные документы, страховые документы, другие документы (свидетельства о происхождении товара, сертификаты качества и т. д.). Данные документы должны быть представлены получателем исполняющему банку в течение срока действия аккредитива либо, если указано в аккредитиве, в течение определенного срока после отгрузки товара, но не более, чем весь срок действия аккредитива и должны подтверждать выполнение всех его условий.

Оценивая представленные документы, банки должны исходить из формальных признаков («банки имеют дело исключительно с документами, а не с товарами»)²³. Банки проверяют внешние признаки соответствия документов условиям аккредитива: правильность оформления счетов-фактур, относится ли документ к тем товарам, для оплаты которых

²² Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный). М., 1997. С. 451.

был выставлен аккредитив, наличие акцептной надписи представителя покупателя и соответствие ее образцу и др.

Если условиями аккредитива предусмотрен акцепт уполномоченного плательщиком лица, последний обязан представить исполняющему банку:

- доверенность, выданную плательщиком на его имя, содержащую образец подписи уполномоченного лица;
- паспорт или иной документ, удостоверяющий его личность;
- образец своей подписи (проставляется в банке в карточке с образцами подписей).

В целях подтверждения выполнения условий основного договора уполномоченное плательщиком лицо делает надпись на товарно-транспортных и других документах, требуемых в соответствии с условиями аккредитива. Надпись должна содержать следующие реквизиты:

Акцептован за счет аккредитива от _____ (дата, номер)
Уполномоченным _____ (ФИО, паспортные данные)
Наименование организации-покупателя _____
—
Подпись _____ Дата _____
—

Немногочисленная судебная практика свидетельствует, что банки освобождаются от ответственности перед плательщиком в случаях «принятия ими документов, соответствующих по названию указанным в аккредитиве, если в заявлении на аккредитив не указывалось, кем они должны быть выданы, каковы требования к их содержанию и оформлению»²⁴.

Пункт 1 ст. 871 ГК РФ указывает, что в случае отказа исполняющим банком в принятии документов, которые по внешним признакам не соответствуют условиям аккредитива, он обязан незамедлительно проинформировать об этом получателя и банк-эмитент с указанием причин отказа. Если банк-эмитент, получив принятые исполняющим банком докумен-

²⁴ Эрделевский А. О расчетах по аккредитиву // Хозяйство и право. 1997. № 3. С. 39.

ты, считает, что они не соответствуют по внешним признакам условиям аккредитива, он вправе отказаться от их принятия и потребовать от исполняющего банка сумму, уплаченную получателю средств с нарушением условий аккредитива, а по непокрытому аккредитиву отказаться от возмещения выплаченных сумм (п. 2 ст. 871 ГК РФ).

Основания для закрытия аккредитива указаны в п. 1 ст. 873 ГК РФ. В соответствии с ней аккредитив может быть закрыт в исполняющем банке:

- по истечении срока аккредитива;
- по заявлению получателя средств об отказе от использования аккредитива до истечения срока его действия, если возможность такого отказа предусмотрена условиями аккредитива;
- по требованию плательщика о полном или частичном отзыве аккредитива, если такой отзыв возможен по условиям аккредитива.

О закрытии аккредитива исполняющий банк обязан известить банк-эмитент (ст. 873 ГК РФ). Впервые на законодательном уровне закреплена обязанность исполняющего банка при закрытии аккредитива незамедлительно перечислить неиспользованную сумму покрытия аккредитива банку-эмитенту. Понятие «незамедлительно» большинство авторов трактует как «период, обычный для совершения операций по перечислению средств: не позднее следующего операционного дня после поступления в исполняющий банк соответствующего документа или истечения соответствующего срока»²⁵. Банк-эмитент обязан зачислить возвращенные суммы на счет плательщика, с которого депонировались денежные средства.

Ответственность за нарушение условий аккредитива перед плательщиком несет банк-эмитент, а перед банком-эмитентом — исполняющий банк. Исключением из этого правила является ответственность исполняющего банка перед получателем средств в случае, если последний необоснованно

²⁵ Новоселова Л. Гражданский кодекс РФ о расчетах // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 1996. № 10. С. 135.

отказал в выплате денежных средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву (п. 2 ст. 872 ГК РФ).

Пункт 3 ст. 872 ГК РФ также устанавливает изъятие из приведенного выше общего правила, предусмотрев возможность возложения ответственности на исполняющий банк перед плательщиком. Такая ответственность возможна в случае неправильной выплаты исполняющим банком денежных средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву вследствие нарушения условий аккредитива. По мнению некоторых авторов²⁶, такое изъятие из общего правила имеет практическое значение только для покрытого аккредитива. В случае с непокрытым подтвержденным аккредитивом банк-эмитент вправе отказаться от возмещения выплаченных сумм (п. 2 ст. 871 ГК РФ).

Таким образом, расчеты по аккредитиву дают высокую гарантию оплаты и поставки товара и имеют ряд преимуществ перед другими формами безналичных расчетов:

- оплата происходит лишь после предъявления отвечающих условиям аккредитива документов, подтверждающих отгрузку товара;

- надлежащее исполнение обязательств гарантируется благодаря фиксированным срокам представления необходимых документов, а также фиксированному сроку действия самого аккредитива;

- оплата по аккредитиву может быть гарантирована безотзывным аккредитивом (который не может быть отменен без согласия получателя средств), а также дополнительно гарантирована подтвержденным аккредитивом (обязательство исполняющего банка произвести платеж).

Недостатком данной формы безналичных расчетов является невозможность предварительно проверить качество товара, за который платит покупатель, но определенный контроль за отгружаемой продукцией может быть налажен с помощью уполномоченного покупателем лица, чье согласие (акцепт) оплатить товар (если это предусмотрено условиями

аккредитива) необходимо банку для осуществления данной формы безналичных расчетов.

4. Расчеты по инкассо

В отличие от рассмотренных ранее расчетов платежными поручениями и по аккредитиву, представляющих собой операции по выплате денежных средств получателю по поручению плательщика, при расчетах по инкассо речь идет о том, что получатель — лицо, являющееся кредитором по договору, дает поручение банку получить от плательщика денежные средства.

В соответствии с п. 1 ст. 874 ГК РФ при расчетах по инкассо банк-эмитент по поручению клиента должен осуществить за счет клиента действия по получению от плательщика платежа и (или) акцепта платежа. При осуществлении расчетов по инкассо получатель средств дает своему банку инкассовое поручение, к которому прилагает документы, свидетельствующие об исполнении им своего обязательства перед плательщиком денежных средств (расчетные, товарораспорядительные и отгрузочные документы). Банк, обслуживающий получателя средств (банк-эмитент) принимает их и передает в банк, обслуживающий плательщика (исполняющий банк) для получения платежа.

Несмотря на то, что ГК РФ определил расчеты по инкассо как отдельную форму расчетов, некоторые авторы указывают, что «называть это формой расчетов не совсем корректно, так как внутри инкассовой операции возможно осуществление расчетов в различной форме»²⁷. Данная точка зрения имеет право на существование в связи с тем, что операции по инкассо в соответствии с российским законодательством осуществляются с помощью различных видов платежных документов. Расчеты по инкассо осуществляются на основании *платежных требований*, оплата которых может производиться по распоряжению плательщика (с акцептом) или без его распоряжения (в безакцептном порядке), и *инкассовых пору-*

чений, оплата которых производится без распоряжения плательщика (в беспорном порядке).

Отсутствие единой формы инкассового документа не является особенностью только российской платежной системы. Международная банковская практика также не устанавливает единого вида инкассовых документов. Унифицированные правила по инкассо различают:

- 1) чистое инкассо, то есть инкассо финансовых документов, не сопровождаемых коммерческими документами;
- 2) документарное инкассо:
 - инкассируются платежные документы, сопровождающиеся торговыми документами;
 - инкассируются торговые документы без платежных документов.

При отсутствии или недостаточности денежных средств на счете плательщика и при отсутствии в договоре банковского счета условия об оплате расчетных документов сверх имеющихся на счете денежных средств, расчетные документы помещаются в картотеку банка, о чем исполняющий банк обязан известить банк-эмитент, который доводит эту информацию до своего клиента.

Допускается частичная оплата данных расчетных документов.

Использование каждого из указанных выше расчетных документов имеет свои особенности.

Расчеты платежными требованиями

Платежное требование является расчетным документом, содержащим требование кредитора (получателя средств) по основному договору к должнику (плательщику) об уплате определенной денежной суммы через банк.

Платежные требования применяются при расчетах за поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги, а также в иных случаях, предусмотренных основным договором.

Расчеты платежными требованиями могут осуществляться с предварительным акцептом и без акцепта плательщика. Обязательными участниками расчетов по инкассо (акцептная форма) являются:

- получатель средств (поставщик товара);
- банк-эмитент — банк, имеющий распоряжение получателя об осуществлении операции по поручению от плательщика акцепта и/или платежа;
- представляющий банк — банк, представляющий плательщику документы для оплаты;
- плательщик средств (получатель товара).

Таким образом, после заключения договора поставщик отгружает товар покупателю и получает от перевозчика транспортные документы, которые вместе с иными документами, обусловленными договором и платежным документом, направляет в свой банк. Банк-эмитент, проверив наличие всех реквизитов и идентичность заполнения всех экземпляров расчетных документов, направляет их вместе с отгрузочными и товарораспорядительными документами в исполняющий банк. В свою очередь, исполняющий банк передает расчетные документы плательщику с просьбой акцептовать их, и при получении согласия оплатить передает ему товарораспорядительные документы.

При расчетах платежными требованиями, оплачиваемыми с акцептом плательщика, срок для акцепта определяется сторонами по основному договору, но не менее трех рабочих дней.

Плательщик вправе отказаться полностью или частично от акцепта платежных требований по основаниям, предусмотренным в основном договоре, в том числе в случае несоответствия применяемой формы расчетов заключенному договору, с обязательной отсылкой на пункт, номер, дату договора с указанием мотивов отказа.

Ответственный исполнитель банка, на которого возложен прием заявлений об отказе от акцепта платежных требований, проверяет правильность и полноту оформления клиентом заявления об отказе от акцепта, наличие основания для

отказа, ссылки на номер, дату, пункт договора, в котором это основание предусмотрено, а также соответствие номера и даты договора указанным в платежном требовании и заверяет все экземпляры заявления своей подписью и оттиском штампа банка. Один экземпляр такого заявления направляется в банк-эмитент для передачи получателю средств.

Ответственность за необоснованный отказ от оплаты платежных требований несет плательщик.

Без акцепта плательщика расчеты платежными требованиями осуществляются в случаях:

- установленных законодательством;
- предусмотренных сторонами по основному договору при условии предоставления банку, обслуживающему плательщика, права на списание денежных средств со счета плательщика без его распоряжения.

В платежном требовании на безакцептное списание денежных средств получатель средств делает отметку «без акцепта», а также ссылку на закон (с указанием его номера и даты принятия), на основании которого осуществляется взыскание.

Как уже отмечалось, безакцептное списание денежных средств со счета в случаях, предусмотренных основным договором, осуществляется банком при наличии в договоре банковского счета условия о безакцептном списании денежных средств либо на основании дополнительного соглашения к договору банковского счета, содержащего соответствующее условие. Плательщик обязан предоставить в обслуживающий банк сведения о кредиторе (получателе средств), который имеет право выставлять платежные требования на списание денежных средств в безакцептном порядке, наименовании товаров, работ, услуг, за которые будут производиться платежи, а также об основном договоре (дата, номер и соответствующий пункт, предусматривающий право безакцептного списания).

Отсутствие условия о безакцептном списании денежных средств в договоре банковского счета либо в дополнительном соглашении к договору банковского счета, а также отсутствие сведений о кредиторе (получателе средств) и иных вышеука-

занных сведений является основанием для отказа банком в оплате платежного требования без акцепта. Данное платежное требование оплачивается в порядке предварительного акцепта со сроком для акцепта три рабочих дня.

При приеме платежных требований на безакцептное списание денежных средств ответственный исполнитель исполняющего банка обязан проверить наличие ссылки на законодательный акт (основной договор), дающий право получателю средств на указанный порядок расчетов.

Ответственность за обоснованность выставления платежного требования на безакцептное списание денежных средств несет получатель средств.

Расчеты инкассовыми поручениями

Инкассовое поручение является расчетным документом, на основании которого производится списание денежных средств со счетов плательщиков в бесспорном порядке.

Инкассовые поручения применяются:

- в случаях, когда бесспорный порядок взыскания денежных средств установлен законодательством, в том числе для взыскания денежных средств органами, выполняющими контрольные функции;

- для взыскания по исполнительным документам;

- в случаях, предусмотренных сторонами по основному договору, при условии предоставления банку, обслуживающему плательщика, права на списание денежных средств со счета плательщика без его распоряжения.

При взыскании денежных средств со счетов в бесспорном порядке в случаях, установленных законом, в инкассовом поручении должна быть сделана ссылка на соответствующий закон (с указанием его номера и даты принятия).

При взыскании денежных средств на основании исполнительных документов инкассовое поручение должно содержать ссылку на дату и номер исполнительного документа, а также наименование органа, вынесшего решение, подлежащее принудительному исполнению (к инкассовому поруче-

нию должен быть приложен подлинник или дубликат исполненного документа).

Списание денежных средств в беспорном порядке в случаях, предусмотренных основным договором, осуществляется банком при наличии в договоре банковского счета условия о списании денежных средств в беспорном порядке либо на основании дополнительного соглашения к договору банковского счета, содержащего соответствующее условие. Плательщик обязан предоставить в обслуживающий банк сведения о кредиторе (получателе средств), имеющем право выставить инкассовые поручения на списание денежных средств в беспорном порядке, обязательстве, по которому будут производиться платежи, а также об основном договоре (дата, номер и соответствующий пункт, предусматривающий право беспорного списания).

Отсутствие условия о списании денежных средств в беспорном порядке в договоре банковского счета либо дополнительного соглашения к договору банковского счета, а также отсутствие сведений о кредиторе (получателе средств) и иных вышеуказанных сведений является основанием для отказа банком в оплате инкассового поручения.

Инкассовое поручение должно содержать ссылку на дату, номер основного договора и соответствующий его пункт, предусматривающий право беспорного списания.

Банки приостанавливают списание денежных средств в беспорном порядке в следующих случаях:

- по решению органа, осуществляющего контрольные функции в соответствии с законодательством, о приостановлении взыскания;
- при наличии судебного акта о приостановлении взыскания;
- по иным основаниям, предусмотренным законодательством.

В документе, представляемом в банк, указываются данные инкассового поручения, взыскание по которому должно быть приостановлено.

Бабинова С. Указ. соч. С. 50.

При возобновлении списания денежных средств по инкассовому поручению его исполнение осуществляется с сохранением указанной в нем группы очередности и календарной очередности поступления документа внутри группы.

Исполнительный документ, взыскание денежных средств по которому не производилось (за исключением случаев прекращения исполнительного производства) или произведено частично, возвращается вместе с инкассовым поручением исполняющим банком банку-эмитенту для передачи взыскателю лично под расписку в получении или заказной почтой с уведомлением. При этом исполняющий банк делает на исполнительном документе отметку о дате возврата исполнительного документа с указанием взысканной суммы, если имела место частичная оплата документа.

Исполнительный документ, взыскание денежных средств по которому произведено или прекращено в соответствии с законодательством, возвращается исполняющим банком заказной почтой с уведомлением в суд или другой орган, выдавший исполнительный документ. При этом исполняющий банк делает на исполнительном документе отметку о дате его исполнения с указанием взысканной суммы или дате возврата с указанием основания прекращения взыскания (номер и дата заявления взыскателя, определения суда или иного документа) и взысканной суммы, если имела место частичная оплата документа.

Ответственность за правомерность выставления инкассового поручения и правильность указания основания взыскания средств несет получатель средств (взыскатель).

При осуществлении инкассовой операции, как и при остальных формах расчетов, важно правильно определить момент, с которого обязательство по расчетам за товар считается исполненным. В отличие от ранее рассмотренных нами

²⁹ Бурцев О. Правовое регулирование бесспорного списания денежных средств со счета без согласия клиента // Налоговый вестник. 1998. № 11. С. 44.

форм расчетов, расчеты по инкассо в этой части имеют некоторые особенности.

Если при расчетах платежными поручениями банки, участвующие в переводе средств, привлекаются банком плательщика на основании ст. 313 ГК РФ (возложение обязанности на третье лицо), то при расчетах в порядке инкассо данная конструкция не применима в связи с тем, что суть инкассирования состоит в требовании от плательщика платежа. При этом исполнение будет надлежащим только в случае исполнения его самому кредитору либо уполномоченному им на то лицу. Своеобразие инкассовой операции проявляется в двойственном положении банка, обслуживающего плательщика. С одной стороны, предъявляя требование о списании денежных средств со счета плательщика, он действует как представитель получателя средств, а с другой — производя списание по акцептованным документам, представляет интересы плательщика.

В связи с вышеназванными особенностями инкассовой операции моментом исполнения обязательства по платежам является момент списания исполняющим банком средств со счета плательщика. В данном случае исполняющий банк является представителем получателя средств, а платеж представителю кредитора погашает денежное обязательство (как если бы он был совершен самому кредитору) именно в месте нахождения представителя, а не кредитора.

Касаясь отношений представительства между получателем средств и исполняющим банком, следует отметить разницу правового основания таких отношений в международной практике и в российском законодательстве. Согласно п. «б» ст. 1 Унифицированных правил по инкассо банки не

³⁰ Новоселова Л. Гражданский кодекс РФ о расчетах // Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 135.

³¹ Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный). М., 1997. С. 454.

³² Бабикова С. Расчеты по инкассо // Хозяйство и право. 1998. № 14. С. 50.

обязаны выполнять какие-либо инкассовые поручения, и в случае отказа по какой-либо причине от проведения такой операции обязаны уведомить об этом сторону, от которой поручение было получено. То есть представительство возникает на договорной основе. В российском законодательстве данные отношения возникают на основании закона (ст. 874 ГК РФ) и факта получения банком инкассового поручения — «такое представительство обязательно и возникает независимо от воли представителя»²⁸.

Бесспорное списание средств со счета клиента

Выделяют несколько групп оснований для бесспорного списания средств со счета клиента. К первой группе относятся *решения суда*. Вторую группу образуют *списания, которые производятся уполномоченными органами государства и носят безвозмездный характер*. Право на указанное списание возникает в силу существования хозяйственно-управленческого обязательства, как правило, между субъектом предпринимательской деятельности и государством.

В перечень таких оснований входит²⁹:

- взыскание недоимок по налогам и неналоговым платежам, производимое по требованию налоговых органов в бюджет;
- взыскание неуплаченных таможенных платежей таможенными органами РФ;
- взыскание сумм сокрытых или заниженных страховых взносов федеральным и территориальным фондом обязательного медицинского страхования;
- взыскание штрафа, наложенного антимонопольным органом.

Перечень исполнительных документов, на основании которых возможно бесспорное списание средств дан в ст. 7 ФЗ «Об исполнительном производстве».

Третью группу можно назвать *безакцептным списанием денежных средств*.

При безакцептной форме расчетов списание средств со счета происходит без согласия плательщика. При употреблении термина «безакцептное списание» имеется в виду списание по договорам за поставленные товары, выполненные работы (оказанные услуги) и др. То есть списание производится не безвозмездно, а при наличии какого-либо встречного удовлетворения плательщику, однако его согласия не требуется для производства конкретного платежа. Списание производится при поступлении расчетного документа в исполняющий банк. При этом согласие плательщика на производство платежа подразумевается, так как он заключил договор с таким условием, а значит, согласился с ним. В большинстве случаев условие о безакцептном списании является обязательным условием договоров определенного вида в силу императивных норм законодательства. В частности, речь идет о списании сумм штрафов по договорам поставки и о списании в транспортных обязательствах, платежей и сборов, предусмотренных перевозочными документами, оформляющими отношения по перевозкам в прямом смешанном сообщении между транспортными организациями, а также штрафов и платы за неправильное использование и простой подвижного состава, штрафов за простой транспортных средств и неправильное оформление документов в автомобильных перевозках.

Ответственность сторон при расчетах по инкассо

Особенностью инкассовых операций в РФ, как уже отмечалось, является возможность их осуществления при отсутствии корреспондентских связей между банком-эмитентом и исполняющим банком. «Исполняющий банк может быть не связан с банком-эмитентом корреспондентскими отношениями, но ответственность перед банком-эмитентом он все равно несет»³⁰. По поводу характера данной ответственности существуют разные точки зрения, в частности, мнения, что это

³³ Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 149.

— ответственность договорная³¹ и, наоборот, внедоговорная³². На наш взгляд, ответственность между банком-эмитентом и клиентом является договорной, так как между ними существует договор банковского счета. Ответственность исполняющего банка является внедоговорной, представительство исполняющего банка перед взыскателем возникает не из договора с ним, а из факта принятия инкассового поручения, то есть эти отношения основаны на законе, а не на договоре. Поэтому и ответственность исполняющего банка возникает из закона, а именно из п. 3 ст. 874 ГК РФ.

Одно из самых распространенных нарушений в сфере расчетных отношений — нарушение сроков выполнения операций по инкассо. Такая ответственность банков не может наступать автоматически по истечении сроков, установленных ст. 80 Закона РФ «О Центральном банке РФ». Информационным письмом Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 15.01.99 № 39 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчетов» было разъяснено, что при проведении расчетов в форме инкассо банки выполняют ряд действий, не связанных с самим перечислением денежных средств. Таким образом, при определении срока расчетов по инкассо, в пределах которого банк получателя средств обязан обеспечить зачисление средств получателю, следует принимать во внимание сроки совершения операций по счетам (ст. 849 ГК РФ), сроки пробега документов, направляемых банку плательщика, а также сроки, установленные банковскими правилами для акцепта расчетных документов плательщиком.

Особого внимания заслуживает вопрос об ответственности банков при бесспорном и безакцептном списании денежных средств. Как уже отмечалось, в данном случае ответственность за правомерность взыскания несет получатель средств (взыскатель).

В заключение кратко выделим «плюсы» и «минусы» данной формы безналичных расчетов. Для покупателя преимуще-

³⁴ Агарков М.М. Обязательственное право. М., 1940. С. 34.

ществом является тот факт, что, оплатив расчетный документ, он получает товарораспорядительный документ на товар, а недостатком — невозможность предварительно детально проверить качество товара. Продавец осуществляет производство и транспортировку товара за свой счет, а в случае неоплаты документов покупателем — несет дополнительные расходы (складские расходы и расходы по отправке товара обратно). К преимуществам для продавца можно отнести порядок передачи покупателю документов на товар лишь после инкассирования расчетных документов.

5. Расчеты чеками

Чек признается ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю (п. 1 ст. 877 ГК РФ). Таким образом, основными участниками чекowych правоотношений являются *чекодатель* — лицо, выписавшее чек; *чекодержатель* — лицо, являющееся владельцем выписанного чека; *плательщик* — банк, в котором находятся денежные средства чекодателя.

Выдача и обращение чеков регулируется ГК РФ, а также Положением о безналичных расчетах в РФ от 08.09.2000, изданным Центральным банком РФ.

В науке гражданского права существуют три основные точки зрения на юридическую природу чека³⁵. Первая определяет чек как разновидность переводного векселя. Действительно, у чека и векселя имеются общие признаки:

1) чек и вексель относятся к денежным ценным бумагам, которые содержат обязательство уплатить определенную сумму денег;

³⁵ Агарков М.М. Основы банковского права: Курс лекций. М., 1929. С. 90—91.

2) являются строго формальными документами — невыполнение предписанных законом требований делает их недействительными;

3) платеж по данным ценным бумагам может быть гарантирован авалем;

4) передача прав по ним осуществляется обычно по индоссаменту (но возможна передача по правилам цессии);

5) сходны участники обращения этих ценных бумаг — основные: чекодатель, банк-должник, чекодержатель (в векселе — трассант, трассат, ремитент) ; кроме того, могут быть индоссанты и авалисты;

6) при отказе в оплате данных ценных бумаг держатель должен выполнить определенную формальную процедуру — протест в неоплате.

Но кроме сходства между этими ценными бумагами есть и значительные различия. Особенности чека являются:

1) чек является только средством платежа, но не кредитования, как вексель;

2) плательщик по векселю всегда банк;

3) чек, как правило, не подлежит акцепту;

4) оплата чека производится по предъявлении;

5) срок предъявления чека к оплате весьма краток и исчисляется днями (в России — 10 дней, в странах СНГ — 20 дней, в других государствах — 70 дней). У векселя такой срок может быть 3 месяца, 6 месяцев и более.

Согласно второй точке зрения, выдача чека, а также дальнейшая его передача представляет собой передачу права на его оплату.

С третьей точки зрения чек представляет собой, во-первых, поручение чекодателя плательщику произвести платеж чекодержателю и, во-вторых, уполномочие чекодателем чекодержателя получить платеж за счет чекодателя.

Наиболее распространенным является мнение, согласно которому выдача чека признается односторонней сделкой³⁴. То есть выдача чека — это выражение воли чекодателя, и только его воля является основанием возникновения обяза-

тельства чекодателя перед чекодержателем. Выдача чека порождает безусловное обязательство. Вручив его чекодержателю, чекодатель обязан уплатить указанную в нем денежную сумму независимо от условий и действительности сделки, во исполнение которой был выписан чек.

Характеризуя отношения между плательщиком и чекодателем, некоторые авторы утверждают, что основанием их возникновения является чековый договор³⁵. Чековый договор представляет собой соглашение, дополнительное в отношении договора банковского счета, на основании которого клиент имеет в банке в своем распоряжении ту или иную денежную сумму. Основной договор может не сопровождаться чековым договором, но чековый договор предполагает наличие основного. Чековый договор создает обязанность плательщика перед чекодателем оплатить чек при условии, что последний выполнит, со своей стороны, все условия чекового договора.

Суждение о чековом договоре было бы обоснованно, если бы ГК РФ позволял быть плательщиком по чеку любому лицу. Однако ГК РФ однозначно определил — плательщиком по чеку может быть только банк (п. 2 ст. 877 ГК РФ). При этом банк, в соответствии со ст. 848 ГК РФ, обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов этого вида законом, а согласно п. 2 ст. 862 ГК РФ стороны по договору вправе избрать и установить в договоре любую из форм расчетов, указанную в ГК РФ, в том числе и расчеты чеками. Таким образом, обязанность банка оплачивать чек возникает в результате заключения договора банковского счета, но не из чекового договора.

Поскольку чек является ценной бумагой, для его действительности необходимо соблюдение требований, предъявляемых к его форме. В соответствии с п. 1 ст. 878 ГК РФ, чтобы документ мог быть признан чеком, он должен обладать следующими *реквизитами*:

- наименование «чек», включенное в текст документа;

³⁶ Березина М.П. Безналичные расчеты в экономике России. Анализ практики. М., 1997. С. 103.

- поручение плательщику выплатить определенную денежную сумму;
- наименование плательщика и указание счета, с которого должен быть произведен платеж;
- указание валюты платежа;
- указание даты и места составления чека;
- подпись лица, выдавшего чек — чекодателя.

Отсутствие в документе какого-либо из указанных реквизитов приводит к тому, что документ не признается чеком. Если в чеке нет указания о месте его составления, он считается подписанным в месте нахождения чекодателя.

На денежную сумму, указанную в чеке, по закону не начисляются проценты. Поэтому, если в чек включено условие о процентах, оно считается ненаписанным.

Чеки составляются на специальных бланках. Формы таких бланков и порядок их заполнения устанавливаются законом и изданными в соответствии с ним банковскими правилами.

Виды чеков

По признаку определенности чекодержателя чеки различаются на *именные* и *переводные*. Последние иногда именуется также *ордерными*. Эта классификация существенно влияет на возможность правопреемства, о чем будет сказано ниже. В именном чеке определенно указано имя (наименование) чекодержателя. Переводной (ордерный) чек выписывается на имя определенного лица и «его приказу».

В зависимости от того, каким способом производится оплата чека, чеки различаются на расчетные и кассовые. *Кассовые* чеки оплачиваются наличными деньгами. При наличии в чеке пометки «*расчетный*» плательщик не вправе платить по чеку наличные деньги, а может лишь списать сумму чека со счета чекодателя и зачислить ее на счет чекодержате-

³⁷ Комментарий к ГК РФ (часть вторая) / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 479.

ля. Если к указанной пометке добавлен номер счета, то плательщик может переписать сумму чека лишь на указанный счет.

Разновидностью расчетного чека является чек кроссированный. *Кроссированным* считается чек, на лицевой стороне которого проведены две параллельные линии. Смысл кроссирования состоит в ограничении использования такого чека по кругу держателей. Если между этими параллельными прямыми вписано наименование конкретного держателя (специальное кроссирование), то такой чек может быть оплачен лишь поименованному держателю.

Чекодатель, выписывая чек, проставляет в нем:

- сумму платежа (цифрами и прописью);
- наименование получателя платежа (если чек именной) либо наименование чекодержателя и оговорка «и его приказу» (ордерный);
- место выписки чека (как уже отмечалось, если место не указано, то чек считается выписанным в месте нахождения чекодателя);
- дата совершения платежа.

Выписанный чек заверяется подписью и печатью чекодателя непосредственно перед вручением чека чекодержателю.

После получения чека чекодержатель вправе предъявить чек банку-плательщику либо направить его на инкассирование, либо передать права по чеку третьему лицу. В связи с небольшим сроком предъявления чека к оплате (всего десять дней) чеки в основной массе не обращаются, а сразу предъявляются к оплате. Поэтому главная функция чека — платежная, а не кредитная, как у векселя³⁶.

Согласно п. 2 ст. 880 ГК РФ именной чек не подлежит передаче и переход прав по нему может иметь место лишь в общем порядке перехода прав по долговым требованиям, установленным гражданским законодательством (т. е. цессии).

Передача прав по ордерному чеку совершается посредством передаточной надписи (*индоссамента*). Передаточная надпись на имя плательщика имеет силу расписки в получении платежа. Индоссамент, совершенный плательщиком, яв-

ляется недействительным. Чекодержатель, обладающий переводным чеком, полученным по индоссаменту, считается его законным владельцем, если его право основано на непрерывном ряде индоссаментов. Зачеркнутая передаточная надпись считается ненаписанной, а поправки в передаточной надписи — не сделанными.

Платеж по чеку может быть гарантирован посредством *авалья* (ст. 881 ГК РФ). Аваль может даваться любым лицом, за исключением плательщика. Аваль проставляется на лицевой стороне чека или на дополнительном листе посредством надписи «считать за аваль» и указания, кем и за кого он дан. Если не указано, за кого он дан, то считается, что он дан за чекодателя. Аваль подписывается авалистом с указанием места его жительства и даты совершения надписи, а если авалистом является юридическое лицо, — места его нахождения и даты совершения надписи. Объем обязанности авалиста определяется объемом обязанности того лица, за которого дан аваль. Обязательство авалиста действительно даже в том случае, если обязательство, которое он гарантировал, окажется недействительным по какому бы то ни было основанию, кроме несоблюдения формы. Иначе говоря, авалист освобождается от ответственности только в том случае, если несоблюдение формы лишает документ силы чека. Авалист, оплативший чек, приобретает права, вытекающие из чека, против того, за кого он дал гарантию, и против тех, кто обязан перед последним (п. 4 ст. 881 ГК РФ).

Чтобы получить указанные в чеке денежные средства, чекодержатель должен предъявить чек к платежу в банк, который является плательщиком по чеку, т. е. в банк, в котором имеются денежные средства на счете чекодателя. Согласно ст. 882 ГК РФ предъявление чека к платежу может осуществляться также через банк, обслуживающий чекодержателя, который инкассирует чек, то есть предъявляет его для оплаты банку-плательщику. По общему правилу, зачисление средств по инкассированному чеку на счет чекодержателя производится после получения платежа от плательщика. Однако договором между чекодержателем и обслуживающим его банком может

быть предусмотрена возможность выплаты чекодержателю условного платежа³⁷. В данном случае чекодержателю обслуживающий его банк выдает кредит на сумму чека до получения от банка-плательщика платежа по данному чеку. При неполучении платежа от плательщика обслуживающий чекодержателя банк вправе принять меры для возврата от него ранее зачисленных денежных средств.

В соответствии с п. 4 ст. 877 ГК РФ выдача чека не погашает денежного обязательства, во исполнение которого он выдан. Чек только заменяет, но не устраняет прежнее долговое отношение между должником и кредитором, и долг чекодателя остается в силе до момента оплаты чека банком-плательщиком. Порядок оплаты чека регулируется ст. 879 ГК РФ. При выставлении чека банку-плательщику у последнего возникает обязанность оплатить чек.

Чек оплачивается за счет средств чекодателя. Чек подлежит оплате плательщиком при условии предъявления его к оплате в срок, установленный законом. Как уже отмечалось, если чек выписан в России, то срок составляет 10 дней, если чек выписан за пределами России — в странах СНГ — двадцать дней, на территории других государств — семьдесят дней. При этом следует иметь в виду, что предъявление чека на инкассо прекращает течение этого срока (п. 1 ст. 882 ГК РФ).

Законом установлена обязанность плательщика по чеку удостовериться всеми доступными ему способами в подлинности чека, а также в том, что предъявитель чека является уполномоченным по нему лицом (п. 3 ст. 879 ГК РФ). Законным владельцем переводного чека является лицо, на имя которого чек выписан, а также, как уже упоминалось, лицо, основывающее свое право на непрерывном ряде индоссаментов. Плательщик при оплате индоссированного чека обязан проверить правильность (непрерывность) индоссаментов, но не подписи индоссантов. Если плательщик оплатит подложный, похищенный или утраченный чек, то убытки возлагаются на плательщика или чекодателя в зависимости от того, по чьей вине они были причинены (п. 4 ст. 879 ГК РФ). Лицо,

оплатившее чек, вправе требовать передачи ему чека с распиской в получении платежа (п. 5 ст. 879 ГК РФ).

В случае отказа от оплаты чека плательщиком необходимым условием предъявления требований чекодержателем к другим обязанным по чеку лицам является официальное удостоверение такого отказа.

В соответствии с п. 1 ст. 883 ГК РФ отказ от оплаты чека должен быть удостоверен одним из следующих способов:

- совершение нотариусом протеста либо составление равнозначного акта в порядке, установленном законом;
- отметка плательщика на чеке об отказе в его оплате с указанием даты представления чека к оплате;
- отметка инкассирующего банка с указанием даты о том, что чек своевременно выставлен и не оплачен.

Протест или равнозначный акт должен быть совершен до истечения срока предъявления чека к оплате. Если предъявление чека имело место в последний день срока, протест или равнозначный акт может быть совершен в следующий рабо-

чий день. После совершения протеста или иного равнозначного акта чекодержатель обязан в течение двух рабочих дней известить своего индоссанта и чекодателя о неоплате чека (ст. 884 ГК РФ).

Каждый индоссант должен в течение двух рабочих дней, следующих за днем получения им извещения, довести до сведения своего индоссанта полученное им извещение. В тот же срок направляется извещение тому, кто дал аваль за это лицо. Не пославший извещения в указанный срок не теряет своих прав, но обязан возместить убытки, которые могут произойти вследствие неизвещения о неоплате чека. Однако размер возмещения убытков не может превышать сумму чека.

Чекодатель является основным, но не единственным ответственным лицом при расчетах чеками. В случае неоплаты чека чекодержатель вправе в соответствии со ст. 885 ГК РФ предъявить по своему выбору иск к одному или нескольким лицам, обязанным по чеку (чекодателю, индоссантам, авалистам), которые несут перед ним солидарную ответственность. При этом чекодержатель вправе истребовать от указанных лиц оплаты суммы чека, своих издержек, связанных с получением оплаты, а также процентов, предусмотренных п. 1 ст. 395 ГК РФ. Такое же право принадлежит обязанному по чеку лицу после того, как оно оплатило чек. В число обязанных по чеку лиц в этом случае не входят чекодатель и плательщик.

Для требований по чекам установлен сокращенный срок исковой давности: иск может быть предъявлен к чекодателю в течение шести месяцев со дня окончания срока предъявления чека к платежу. В случае, когда не может быть предъявлен иск, основанный на чеке (отказ от оплаты не удостоверен надлежащим образом, чек не предъявлен к оплате), у чекодержателя сохраняется право на иск к чекодателю об исполнении основного обязательства в части оплаты. Для предъявления регрессных исков обязанных по чеку лиц друг другу также установлен ше-

¹ См.: Финансы. Денежное обращение. Кредит / Под ред. проф. Л.А. Дробозиной. М., 1997. С. 329.

стимесячный срок давности, исчисляемый со дня, когда соответствующее обязанное лицо удовлетворило требование или со дня предъявления к нему иска (п. 3 ст. 885 ГК РФ).

В случае необоснованного отказа от оплаты чека, выданного чекодательем, плательщик несет ответственность в соответствии с договором банковского счета, из которого у плательщика возникает обязанность своевременно осуществлять операции по счету клиента, в том числе и операции, связанные с чеком. При предъявлении банку иска чекодатель вправе требовать от него все взысканное с него чекодержателем (за исключением суммы чека) плюс неустойку, установленную договором банковского счета за несвоевременное списание средств. Данный иск носит регрессный характер и может быть заявлен в течение шести месяцев с момента, когда чекодатель удовлетворил требование чекодержателя, или со дня предъявления иска к чекодателью.

В случае, если оплата чека не была произведена по вине чекодержателя (утеря чека и др.), чекодатель при предъявлении ему требований о неоплате по обязательствам в счет того, что он должен, вправе зачесть причиненные неоплатой чека убытки.

Согласно Положению о безналичных расчетах в РФ от 08.09.2000 кредитные организации могут выдавать свои чеки, которые могут использоваться клиентами данных кредитных организаций, а также в межбанковских расчетах при наличии корреспондентских отношений. Такие чеки не могут применяться для расчетов через подразделения расчетной сети Банка России. Данные чеки должны содержать все обязательные реквизиты, установленные ГК РФ, а также могут

² См.: Поляков В.П., Московкина Л.А. Основы денежного обращения и кредита: Учебное пособие. 2-е изд. М., 1997. С. 32.

³ См.: Компанеец Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. С. 70, 72; Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. С. 7, 11, 21.

⁴ См.: Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 17; Советское гражданское право. М., 1959. С. 415.

содержать дополнительные реквизиты, определяемые спецификой банковской деятельности.

Подводя итог вышесказанному, следует отметить, что правовое регулирование расчетов чеками нуждается в дальнейшем совершенствовании. В частности, надлежит законодательно закрепить сроки при расчетах чеками, особенности совершения отдельных действий и т. д. Поэтому представляется необходимым принятие Закона о чеках, куда должны войти, наряду с нормами ГК РФ, прошедшие проверку временем нормы Положения о безналичных расчетах на территории РФ, Правил расчетов чеками на территории РФ, а также других нормативных актов (в том числе ЦБ РФ), ранее регулировавших правоотношения в данной сфере.

⁵ См.: Вознесенский Э.А. Дискуссионные вопросы теории социалистических финансов. Л., 1969. С. 16.

⁶ См.: Кузьмин В.Ф. Кредитные и расчетные правоотношения в промышленности. М., 1975. С. 4—5.

Глава 5

КРЕДИТНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ

1. Понятие кредитных правоотношений

В основе кредитных правоотношений лежат экономические отношения по предоставлению временно свободных денежных средств в займы. Их сущность заключается в движении заемного капитала. В экономической теории заемный капитал рассматривается как совокупность денежных средств, на возвратной основе передаваемых во временное пользование за плату в виде процента¹.

Источники заемного капитала — денежные средства, высвободившиеся в процессе кругооборота промышленного и товарного капитала.

Высвобождение денежных средств обусловлено следующими факторами:

- характером оборота основного капитала. Основные фонды постепенно изнашиваются, в связи с чем формируются амортизационные фонды как резерв денежных средств, в последующем используемых для финансирования восстановления физического и морального их износа;

- характером оборота постоянной части оборотного капитала. Между продажей готовых товаров и покупкой сырья, и материалов для производства новых товаров, как правило, проходит некоторое время. Поэтому часть денежной выруч-

¹ См.: Кузьмин В.Ф. Указ. соч. С. 7.

ки, полученной после реализации готовых товаров, высвобождается в виде временно свободных денежных средств;

- наличием временного разрыва от момента реализации товаров до момента выплаты заработной платы;

- необходимостью накопления прибавочной стоимости в денежной форме до размеров, требующихся для расширения воспроизводства.

Таким образом, возникновение временно свободного денежного капитала является объективной необходимостью. Но празднo лежащие деньги не приносят прибавочной стоимости, вступая в противоречие с природой капитала, как стоимости, находящейся в непрерывном движении. Это противоречие разрешается посредством предоставления кредитов, т. е. временно высвободившегося денежного капитала².

Поскольку кредитные отношения, по мнению многих авторов, порождаются непосредственно товарно-денежными отношениями и действием закона стоимости, экономическими закономерностями развития народного хозяйства, возникают из условий кругооборота средств в процессе воспроизводства и из особенностей и различий движения натурально-вещественных элементов производства и их стоимости в денежной форме, постольку банковский кредит называют самостоятельной экономической категорией, кредитным производственным отношением, необходимым условием кругооборота производственных фондов и фондов обращения, элементом экономического базиса, товарно-денежных и хозяйственных отношений³.

При такой трактовке природы банковского кредита роль права усматривают только в обслуживании кредитных отношений, в их закреплении, оформлении, урегулировании⁴.

Между тем право способно содействовать возникновению новых отношений, а применительно к банковским кредитным отношениям — не только обслуживать, оформлять и регулировать, но, прежде всего, организовывать их. В связи с этим другие авторы, признавая объективную необходимость банковских кредитных отношений, которая заключена в экономических

предпосылках, из которых следует возможность и целесообразность эффективного использования имеющихся ресурсов и экономического ведения хозяйства и т.д., утверждают, что банковские кредитные отношения не возникают сами по себе из экономических предпосылок и закономерностей. Реальностью они становятся, если познанная в них необходимость воспринимается государством и претворяется в жизнь указанными в правовых нормах действиями хозяйствующих субъектов⁵.

Без банка и иных кредитных учреждений, созданных в соответствии с законодательством государства, без регламентации их правомочий и обязанностей как кредитных организаций, без обязанности заемщиков хранить свободные денежные средства в банке и возвращать полученные кредиты, равно как и права получать кредиты, не было бы банковских кредитных отношений, несмотря на существование экономических предпосылок таких отношений.

Организовать кредитные отношения означает, видимо, не просто упорядочить уже существующие обязательственные связи. Необходимо прежде всего определить круг субъектов предполагаемых отношений, очертить их функции, компетенцию, установить территориальные и отраслевые связи, предусмотреть порядок вступления в отношения и прекращения их, регламентировать сроки кредитования, чтобы кредит не был безвозвратным финансированием, указать кредитные ресурсы, без чего вряд ли можно говорить об организационных отношениях⁶. По мнению В.Ф. Кузьмина, банковский кредит, поскольку он обусловлен экономическими закономерностями, а возникает и существует в результате правотворческой деятельности государства, по своей природе (происхождению) является экономико-правовой категорией.

В обоснование своей точки зрения он приводит следующие доводы.

⁸ См.: Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. Л., 1959. С. 25.

⁹ См.: Коган М.Л. Хозяйственная реформа и финансовое право. М., 1968. С. 39.

Кредитные отношения с банком являются, прежде всего, долговыми отношениями, не существующими без обязанности возвратить кредитору сумму, равную полученной, с процентами или без них.

Предоставление денег на определенный срок и, следовательно, их возвратность согласно взятому обязательству является основным элементом в содержании банковских кредитных отношений.

Если в банковских кредитных отношениях прекращается обязанность вернуть сумму денег, полученную на определенный срок, то кредитные отношения превращаются в качественно новые отношения — безвозвратное финансирование.

Обязанность возвращать долги является юридической категорией. И какая бы «натурально-вещественная» родословная ни приписывалась банковскому кредиту, его не может быть без этой обязанности. Правовое содержание кредитных отношений заключено в принципах и правилах кредитования, которые могут меняться с учетом экономических требований⁷.

По нашему мнению, кредитные отношения следует признать экономико-правовой категорией, поскольку право не только регулирует экономические отношения, но в свою очередь оказывает воздействие на них. Воздействие права на кредитные отношения проявляется наиболее ярко, поскольку в этих отношениях принимают участие специальные субъекты, создание которых и деятельность требует четкой регламентации. Кроме того, заслуживает поддержки довод В.Ф. Кузьмина о том, что кредитные отношения основаны на обязанности возвратить долг, являющейся, прежде всего, юридической категорией, без которой не могут существовать кредитные отношения.

Специфика кредитных правоотношений проявляется в следующем. Во-первых, эти отношения облечены в форму обязательств.

¹⁰ См: Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. С. 18—19; Компанеец Е.С., Полонский Э.Г. Указ. соч. С. 84—85.

Кредитные отношения неоднородны и обычно осуществляются путем совершения последовательной цепи сделок и иных юридически значимых действий. Так, заключая кредитный договор, субъекты гражданского права совершают целый ряд операций: банк открывает ссудный счет, на этот счет перечисляются деньги, деньги используются на определенные цели и т. д.

Иными словами, практически всякое кредитное обязательство реализуется путем совершения нескольких взаимосвязанных действий (сделок).

Во-вторых, различно место кредитных отношений в гражданском обороте. В одних случаях они опосредуют процесс передачи ценностей от одного лица к другому на возвратных условиях. Иногда кредитные правоотношения, возникшие из элементов отдельных договорных обязательств, создают в результате новый договорной вид. Наконец, при их помощи поддерживается эквивалентность в гражданском обороте. В-третьих, кредитные правоотношения представляют собой денежные обязательства. Поскольку деньги являются вещами, которые определяются родовыми признаками, их случайная гибель или отсутствие на счете не освобождает должника от исполнения обязательства. С другой стороны, суть денежных обязательств состоит в том, что они имеют в качестве своего предмета особый товар — деньги, оборот которых подчиняется специальным правилам (ст. 316, 317 ГК РФ). В этой связи серьезное влияние на осуществление кредитных обязательств оказывают не только нормы гражданского права, но и предписания валютно-финансового законодательства. Их регламентация в значительной мере связана с государственной кредитно-денежной политикой, формированием бюджета, уплатой налогов.

¹¹ По нашему мнению, слово «кредит» в определении кредитного договора является лишним, поскольку, во-первых, денежные средства и кредит — это различные понятия, а во-вторых, определять одно понятие через другое аналогичное понятие не корректно.

Помимо рассмотренных проблем, возникающих при определении кредитного правоотношения, на наш взгляд, нельзя не остановиться на том, какой отраслью права регулируются эти отношения и из чего следует исходить при их анализе. Это не случайный вопрос. В юридической литературе нередко утверждают, что банковский кредит и безналичные расчеты, представляющие собой сложный состав организационных и имущественных отношений, регулируются нормами различных отраслей права: административного, гражданского, финансового и т. д. В соответствии с этим взглядом анализ кредитных и расчетных правоотношений строился в основном на разграничении административных и гражданских, финансовых и гражданских правовых элементов, поскольку иное их исследование, в частности как единых хозяйственно-правовых, не отвечало сложившимся представлением о системе советского права и предметах его отдельных отраслей.

Однако многие юристы указывали на тесное переплетение в кредитных отношениях организационных и имущественных, управленческих и хозяйственных элементов, развивая идею единства кредитных отношений и тем самым разрабатывая, в сущности, теоретические предпосылки для признания единства и регламентирующих их норм⁸. М.Л. Коган подчеркивал, что даже теоретическая попытка разграничения банковских отношений может привести к искажению их сути⁹.

И.С. Гуревич убедительно аргументировал тезис о том, что вряд ли правомерно противопоставление организационных и имущественных отношений, и поэтому безуспешны попыт-

¹² См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 172; Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. С. 213—218;

¹³ См.: Гуревич С.И. Очерки советского банковского права. С. 40—55; Компанеев Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. С. 74—75.

¹⁴ См.: Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 218.

ки отнести часть деятельности банка к административному, а другую — к гражданскому праву.

В этих суждениях последовательно отстаивается мысль о единстве кредитных отношений. Но отрицается единство их правовой регламентации. Те же авторы исходят из того, что регулируются эти отношения различными отраслями права. Указывая на единство отношений, они сами же его и отрицают. Утверждение о том, что кредитные отношения регламентируются различными отраслями права, исходит из их неоднородности. Эти отношения являются сложными, комплексными, но неоднородными. Их концепция базируется на утверждении, согласно которому советскому праву известны многоотраслевые правоотношения¹⁰. По назначению и содержанию банковские кредитные отношения отличаются от финансовых и административных.

Кредитные правоотношения не тождественны финансовым по содержанию: кредитные правоотношения базируются на обязанности возвратить полученную сумму денег, тогда как в финансовых правоотношениях такой обязанности не содержится.

Кредитные правоотношения всегда являются имущественными, чего нельзя сказать об административных, поскольку административное право регулирует управленческие отношения, не имеющие, как правило, имущественного содержания и имущественные отношения, не обусловленные товарно-денежными отношениями.

Обусловленность кредитных отношений товарными, функционирование в них денег, роль банковского кредита и безналичных расчетов, связанных непосредственно с процессом хозяйствования, позволяют сделать вывод о том, что правовое регулирование отношений по банковскому кредитованию не может быть принципиально отличным и разнородным в сравнении с правовым регулированием товарных отношений между хозяйствующими субъектами.

И если признается единство управленческих и имущественных элементов в банковском кредите, их тесное переплетение и невозможность даже теоретически отделить одни

элементы от других, то должно признаваться и единство в правовом регулировании кредитных отношений. Иное объяснение их правовой структуры неприемлемо. Кредитные правоотношения организуются, формируются посредством издания и исполнения правовых норм и являются разновидностью гражданских правоотношений.

Кроме того, на наш взгляд, в настоящее время роль банка как административного органа в значительной мере утрачена и банк в кредитных отношениях выступает равноправным партнером для своего клиента. В связи с этим для регулирования кредитных отношений более подходят такие гражданско-правовые методы как диспозитивность и равноправие сторон. Поэтому кредитные отношения являются гражданско-правовыми.

Исходя из вышеизложенного, можно определить кредитные правоотношения следующим образом — это урегулированные нормами гражданского права отношения, состоящие в передаче кредитором должнику денег или вещей, определяемых родовыми признаками займа, на платной основе с условиями возврата в определенный срок эквивалентного количества денег или таких же вещей либо в предоставлении одной стороной другой стороне отсрочки исполнения какой-либо обязанности по договору (уплатить деньги, передать имущество, выполнить работы, оказать услуги).

2. Понятие, стороны, форма, содержание договора банковского кредитования

В соответствии с п. 1 ст. 819 ГК РФ по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (**кредит**)¹¹ заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее.

Определив, таким образом, кредитный договор и, выделив нормы, его регулирующие, в отдельный параграф ГК РФ, законодатель признал, что это самостоятельный вид договора и сделал попытку учесть его специфические признаки. Вместе с тем, на наш взгляд, не удалось разрешить существовавший в течение многих лет и от того не ставший менее актуальным спор о правовой природе кредитного договора.

Большинство цивилистов рассматривали кредитный договор как разновидность договора займа¹².

Другие исследователи полагали, что банковский кредитный договор следует считать самостоятельным договором¹³.

При этом они исходили главным образом из того, что в этом договоре существует специфический субъект — банк, наделенный особой ролью — органа государственного управления и хозяйствующего субъекта. В настоящее время ситуация коренным образом изменилась. Органом государственного управления считается только Центральный банк, а не коммерческие банки.

Е.А. Флейшиц, признававшая кредитный договор разновидностью договора займа, все же указывала на его своеобразие. Она писала, что договор банковской ссуды является своеобразной разновидностью договора займа, которая сходна с договором займа лишь в одной черте: тот и другой обязывают должника к возврату поступившей в его распоряжение денежной суммы¹⁴. Мы разделяем данную точку зрения.

Сейчас уже нельзя рассматривать коммерческий банк как орган государственного управления. Так что на сегодняшний день отсутствуют объективные обстоятельства, которые были использованы ранее для объяснения самостоятельности договора кредитования.

Законодатель признает сходство и единство отношений, регулируемых кредитным договором и договором займа, поэтому в п. 2 ст. 819 ГК РФ предусмотрено, что к отношениям по кредитному договору применяются правила, регулирующие договор займа, если иное не предусмотрено правилами о

кредитном договоре и не вытекает из существа кредитного договора.

На сегодняшний день кредитные отношения оформляются банком и клиентом путем подписания единого документа, который зачастую объединяет предварительный договор о заключении кредитного договора в будущем и собственно сам договор кредитования.

В настоящее время законодатель признает договор займа реальным, а кредитный договор — консенсуальным. При этом по договору займа заемщик не может принудить займодавца передать ему предмет договора, в то время как заемщик по договору кредитования может принудить кредитора к выдаче ему кредита.

Этот договор — двусторонний, поскольку согласно ст. 819 ГК кредитор обязуется предоставить денежные средства, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Ст. 821, регулирующая отказ от предоставления или получения кредита, существенно ограничивает права кредитора на такой отказ по сравнению с правами заемщика.

Кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично только при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок.

Законодатель предоставляет заемщику право требовать фактической выдачи кредита и возмещения убытков, прибегая в случае отказа к судебному принуждению. При этом кредитор должен будет доказывать очевидность обстоятельств, свидетельствующих о возможности невозврата кредита. Это весьма затруднительно, так как договор, как правило, заключается после проверки соответствующих документов заемщика, и решение принимается коллегиальным органом кредитного учреждения. Вместе с тем п. 2 ст. 821 ГК РФ дает возможность заемщику отказаться от получения кредита полностью или частично, уведомив об этом кредитора до установленного договором срока его предоставления, если иное не предус-

мотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором. Право заемщика на отказ от получения кредита ничем не обусловлено.

Таким образом, законодатель однозначно рассматривает договор кредитования с участием банка как двусторонний, создающий права и обязанности как для заемщика, так и для кредитора, что вряд ли можно признать удачным.

Сторонами договора кредитования является банк или иная кредитная организация (кредитор) и заемщик (ст. 819 ГК РФ).

Кредитор

В нашей стране сложилась двухуровневая банковская система, первый уровень которой занимает Центральный банк РФ, а второй — кредитные учреждения: коммерческие банки и иные, небанковские финансово-кредитные институты.

Правовой статус Банка России имеет свои особенности. С одной стороны, он в соответствии со ст. 2 ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» является юридическим лицом и может совершать в соответствии со своей специальной правоспособностью гражданско-правовые сделки с российскими и иностранными кредитными организациями, а также с государством (ст. 45, 47). С другой стороны, он же наделен широкими властными полномочиями по управлению денежно-кредитной системой РФ (гл. V, VII, X Закона). Таким образом, Банк России имеет двойственную правовую природу. Он одновременно является органом государственного управления специальной компетенции и юридическим лицом, осуществляющим хозяйственную деятельность. Причем эти две стороны в правовом положении Банка России тесно взаимосвязаны между собой. Банк России ежегодно не позднее 1 октября представляет в Государственную Думу проект основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год и не позднее 1 декабря — основные направления единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год.

Используя предусмотренные действующим законодательством основные методы и инструменты денежно-кредитной политики, Банк России регулирует общий объем выдаваемых им кредитов, проводит процентную политику для воздействия на рыночные процентные ставки и т. д. Помимо этого Банк России решает задачу контроля за деятельностью кредитных учреждений. Данную функцию он осуществляет следующим образом: во-первых, путем проверки законности и целесообразности создания кредитных учреждений при рассмотрении вопроса о регистрации коммерческих банков и выдаче лицензии на право осуществления банковских операций как в рублях, так и в иностранной валюте; во-вторых, путем установления кредитным учреждениям экономических нормативов, издания нормативных актов, регулирующих их деятельность; в-третьих, путем осуществления непосредственного контроля за законностью их операций.

Банк России, являясь некоммерческим юридическим лицом, обладает специальной правоспособностью, т. е. в соответствии со ст. 49 ГК РФ он может иметь гражданские права, соответствующие целям деятельности, предусмотренным в его учредительных документах, и нести связанные с этой деятельностью обязанности.

Осуществляя функции, предусмотренные ст. 4 ФЗ «О Центральном банке РФ», Банк России формирует кредитную политику государства, влияет на деятельность коммерческих банков, иных кредитных учреждений, в том числе и на условия заключаемых этими банками договоров кредитования, выступает в качестве кредитора в таких формах кредитования, как межбанковский кредит, кредит правительству РФ и т.д.

В качестве кредитора в договорах кредитования могут выступать банки или иные кредитные организации. Ст. 1 ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР» определяет кредитную организацию как юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности

¹⁵ См.: Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 41.

¹⁶ Gavalda C., Stoufflet J. Droit de la banque. Paris, 1974. P. 248.

на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

Кредитная организация — это обобщающее понятие. Закон подразделяет кредитные организации на банковские и небанковские.

Банк — кредитная организация, которая имеет 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, осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам.

Небанковская кредитная организация имеет право осуществлять отдельные виды банковских операций. Допустимые сочетания банковских операций для небанковских кредитных организаций устанавливается Банком России. Хотя законом допускается создание иных кредитных организаций, фактически их в Российской Федерации нет, так как ЦБ РФ не выдает лицензии на их создание. Лицензии дают только на создание коммерческих банков.

Кредитные организации, в том числе коммерческие банки, наделяются специальной правоспособностью. При этом банки могут осуществлять банковские операции на основании лицензии, а также другие сделки, на которые нет запрета. Закон устанавливает запрет кредитной организации заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью (ст. 5).

Многочисленные коммерческие банки принято классифицировать по различным основаниям.

По видам банковских операций, которые осуществляют банки их можно подразделить на две группы:

- универсальные банки — осуществляющие широкий круг банковских операций;

- специализированные банки — оказывающие преимущественно один вид или ограниченное число видов услуг, например, сберегательные операции.

В России, как и в других странах, практика идет по пути создания универсальных банков.

По наличию у банка филиалов можно выделить банки, имеющие филиалы и бесфилиальные банки.

По территории, на которую распространяется деятельность того или иного банка, их можно разделить на региональные банки, деятельность которых осуществляется на ограниченной территории, и банки, не ограничивающие себя территориальными рамками.

Территориальное распределение банковских организаций отличается крайней неравномерностью.

Большое число крупных банков существует в таких городах, как Москва, Санкт-Петербург, Уфа, Екатеринбург, Владивосток и др. Очень мало банков работают в сельской местности, в дальних районах.

Особенностью российского банковского рынка является то, что большинство банков (особенно в провинции) имеют ярко выраженную региональную ориентацию, в результате чего существует множество относительно обособленных локальных рынков. Это говорит о неразвитости системы коммерческих банков.

В зависимости от целей создания принято различать:

банки, созданные для финансирования отдельных целевых программ (так называемые банки развития), и банки, деятельность которых не ограничивается масштабами одной отрасли хозяйства или конкретной программы.

В зависимости от организационно-правовой формы, в которой создаются банки, их подразделяют на акционерные и паевые банки.

Согласно ст. 1 Закона «О банках и банковской деятельности в РСФСР» кредитные организации, в том числе банки, могут быть созданы в форме акционерных обществ, обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью.

В литературе высказывается мнение, что запрет на создание кредитных организаций в формах полного и командитного товарищества является необоснованным¹⁵.

По нашему мнению, такая организационно-правовая форма, как товарищество, могла бы быть привлекательной для коммерческих партнеров банка, поскольку она предполагает полную ответственность его участников.

Неслучайно французское законодательство санкционирует создание коммерческих банков в следующих формах: полное товарищество, простое или акционерное командитное товарищество, акционерное общество с постоянным капиталом¹⁶. На наш взгляд, необходимо внести следующие изменения в Федеральный закон от 03.02.96 № 17-ФЗ «О банках и банковской деятельности»: абзац 1 ст. 1 дополнить словами «или товарищество».

Выделяют крупные, средние и мелкие банки. Классификация коммерческих банков на указанные группы имеется в специальной литературе. Однако на сегодняшний день наше законодательство не содержит конкретных критериев для отнесения коммерческих банков к той или иной группе. Ранее Центральный банк РФ рассматривал в качестве мелких банков те из них, которые имели уставный капитал до 5 млн руб., средних — до 25 млн руб., крупных банков — свыше 100 млн руб. Но в связи с решением Центрального банка России об увеличении минимального уставного капитала коммерческих банков до 100 млн руб. необходимо выработать другой подход для классификации банков на мелкие, средние и крупные.

В зависимости от базы, на которой они создавались, их подразделяют на банки, созданные на базе бывших государственных спецбанков, и коммерческие банки, образованные впервые. Данная классификация используется в связи с тем, что между этими группами банков сохраняется определенное неравенство. Банки, созданные на базе прежних спецбанков, находятся в лучшем положении. Они имеют более надежную клиентуру, более квалифицированные кадры, чем вновь образованные банки.

Наиболее значительной как по количественным характеристикам, так и по их влиянию на российский банковский рынок является первая группа. Вместе с тем исследования показали, что новые банки гораздо активнее проводят операции по кредитованию и привлечению средств клиентов.

Также менее часто новые банки пользуются межбанковскими кредитами. Это объясняется тем, что новые банки за получением межбанковского кредита вынуждены обращаться к другим коммерческим банкам или на биржу и получать их под очень высокий процент. В свою очередь старые банки, как правило, получают относительно более дешевые централизованные кредиты.

В зависимости от источников формирования уставного капитала все банки разделяют на банки, уставный капитал которых полностью образован за счет взносов российских юридических и физических лиц, и банки с иностранными инвестициями.

В соответствии с «Положением об особенностях регистрации кредитных организаций с иностранными инвестициями и о порядке получения предварительного разрешения Банка России на увеличение уставного капитала зарегистрированной кредитной организации за счет средств нерезидентов» от 23.04.97 № 437 под кредитными организациями с иностранными инвестициями понимаются кредитные организации — резиденты, уставный капитал которых сформирован с участием средств нерезидентов независимо от их доли в уставном капитале.

По структуре клиентов того или иного банка их подразделяют на банки, совершающие операции с любой клиентурой, и банки взаимного кредита. Деятельность последних основывается на принципах кредитной кооперации. Они при-

¹⁷ См.: Банковский портфель-3 / Книга менеджера по кредитам. Книга менеджера по расчетам. Книга менеджера по фондовым и трастовым операциям. Книга банковского бухгалтера и аудитора / Отв. ред. Ю.И. Коробов, Ю.Б. Рубин, В.И. Солдаткин. М., 1995. С. 56.

влекают средства своих участников (пайщиков, акционеров) и осуществляют кредитование только этих лиц.

Заемщик

Второй стороной в кредитном договоре является *заемщик*. В качестве заемщика могут выступать и физические, и юридические лица. Вместе с тем, поскольку кредитная сделка основана, прежде всего на доверии, банк должен дать оценку персональных качеств заемщика, будь то частное лицо или руководитель фирмы. Оценивая личность клиента, банк сосредоточивает внимание на следующих моментах:

- порядочность и честность;
- профессиональные способности;
- возраст и состояние здоровья;
- наличие преемника (на случай заболевания или смерти);
- материальная обеспеченность.

Порядочность и честность. Это ключевые качества клиента, имеющие для банка первостепенное значение. При оценке заемщика банку уделяет большое внимание его личной жизни, особенностям его «жизненного стиля». Банк предпочитает иметь дело с клиентом, который владеет домом и проживает в нем в течение ряда лет; который нечасто меняет место работы, женат, имеет детей и т. д. Это служит, как правило, свидетельством благонадежности и дает определенную гарантию, что клиент не прекратит выплату долга в неэкстремальной ситуации.

При решении вопроса о выдаче кредита для банка существенно, имеет ли он дело со своим прежним клиентом, для которого он открыл счет и который уже получал ранее кредит в этом банке, или же это незнакомый человек, впервые обратившийся в банк. Если клиент уже получал кредит и у банка к нему не было претензий, это повысит его шансы на получение нового кредита. Если он не пользовался кредитом,

¹⁸ См.: Олышаный А.И. Банковское кредитование: российский и зарубежный опыт. М., 1997. С. 52—53.

но имеет депозитный счет в банке, то наличие остатка на счете и регулярный перевод сумм на этот счет также может свидетельствовать о его высокой платежеспособности. При первом обращении клиента банк должен провести тщательное обследование состояния его дел, его личных качеств и материального положения.

Если речь идет о кредите фирме или индивидуальному предпринимателю, то важное значение приобретают такие качества заемщика, как профессиональные способности, поскольку эти способности связаны с его умением управлять предприятием, ориентироваться на рынке и обеспечивать прибыльность фирмы. При этом учитываются такие качества как наличие профессиональной подготовки в избранной сфере коммерческой деятельности; организаторские способности, умение принимать обоснованные решения; умение общаться с людьми, в том числе с подчиненными; знание работы всех участков своего предприятия, а также других предприятий отрасли.

Возраст и состояние здоровья клиента. Выдача крупного кредита связана с повышенным риском, если клиент молод и не имеет достаточного опыта в коммерческой деятельности. То же самое относится и к пожилым людям, чья работоспособность значительно снижена из-за возраста или болезни. В этом случае банк должен учитывать, есть ли преемник, который сможет принять на себя обязательства по займу в случае болезни или смерти клиента. Материальный аспект характеризует способность клиента погасить долг за счет собственных средств. При персональном кредите банк оценивает размер личного имущества клиента; при кредите фирмы, помимо личного состояния руководителя фирмы и его компаньонов, банк анализирует финансовое состояние фирмы на основе ее баланса и сопутствующих документов. Наличие солидной недвижимости (земли, строения) является благоприятным фактором для получения кредита. При этом банк инте-

¹⁹ См.: Загорий Г.В. О методах оценки кредитного риска // Деньги и кредит. 1998. № 6. С. 33.

ресует в первую очередь не номинальная, а ее реальная стоимость.

Движимое имущество может включать вклады клиента, ценные бумаги, драгоценности, картины и т. д. И движимое, и недвижимое имущество требует тщательной оценки.

Банк особенно внимательно следит за тем, имеет ли заемщик обязательства перед другими кредитными учреждениями.

Существует множество методик анализа финансового положения клиента и его надежности с точки зрения своевременного погашения долга банку.

В практике американских банков применяется «правило пяти си», где критерии отбора клиентов обозначены словами, начинающимися на букву «си»:

- character (характер заемщика);
- capacity (финансовые возможности);
- capital (капитал, имущество);
- collateral (обеспечение);
- conditions (общие экономические условия)¹⁷.

Под «характером» заемщика имеется в виду его репутация, степень ответственности, готовность и желание погашать долг. Банк стремится, прежде всего, выяснить, как заемщик (фирма или частное лицо) относился к своим обязательствам в прошлом, были ли у него задержки в погашении займов, каков его статус в деловом мире. Банк стремится получить психологический портрет заемщика, используя для этого личное интервью с ним, досье из личного архива, консультации с другими банками и фирмами и прочую доступную информацию.

Финансовые возможности заемщика, его способность погасить кредит определяются с помощью тщательного анализа его доходов и расходов и перспектив изменения их в будущем.

Большое внимание банк уделяет акционерному капиталу фирмы, его структуре, соотношению с другими статьями активов и пассивов, а также обеспечению займа, его достаточности, качеству, степени реализуемости предмета залога в слу-

²⁰ См.: Банковский портфель-3. С. 76.

чае непогашения кредита. Наконец, при рассмотрении заявки на кредит принимаются во внимание «общие условия», определяющие деловой климат в стране и оказывающие влияние на положение как банка, так и заемщика: состояние экономической конъюнктуры, наличие конкуренции со стороны других производителей аналогичного товара, налоги, цены на сырье и т. д.

Во Франции для общей оценки предприятия на предмет кредитования используется методика, предусматривающая финансово-экономическую оценку предприятия; оценку кредитоспособности, специфическую для каждого банка; обращение в картотеку Банка Франции¹⁸.

Для общей финансово-экономической оценки предприятия изучаются:

- его трудовые ресурсы (образование, компетентность и возраст руководителя, частота передвижения управленцев по рабочим местам, структура персонала, показатели простоя);
- финансовые ресурсы;
- экономическая среда (является ли предприятие монопольным производителем, условия конкуренции, коммерческая политика фирмы, степень освоения приемов и способов маркетинга).

В Российской Федерации для общей оценки кредитоспособности предприятия используется ряд методик, разработанных специалистами.

Согласно одной из них, методике Ассоциации российских банков, экономический анализ деятельности предприятия и условий его кредитования предполагает детальный анализ кредитоспособности:

- «солидности» — ответственность руководства, своевременность расчетов по ранее полученным кредитам;
- «способности» — производство и реализация продукции, поддержание ее конкурентоспособности;
- «доходности» — предпочтительность предоставления кредита данному заемщику;
- «реальности» — достижение результата проекта;
- «обоснованности» — запрашиваемой суммы кредита;

- «возвратности» — за счет реализации материальных ценностей заемщика, если его проект не исполнится;
- «обеспеченности» — кредита способами обеспечения исполнения обязательств.

Оценка кредитоспособности имеет результатом формализованную оценку заемщика, базирующуюся на его отчетных балансах и отчетах о прибыли и убытках.

Однако применяемые в настоящий момент и рекомендуемые способы оценки кредитоспособности опираются главным образом на анализ данных о заемщике в предшествующем периоде. В связи с этим целесообразно использовать зарубежный опыт прогнозирования финансового состояния заемщика в предстоящем периоде с тем, чтобы принимать обоснованное решение о доверии к заемщику. Вместе с тем необходимо отметить, что освоение зарубежного опыта в области характеристики заемщика, безусловно, необходимо; однако механическое копирование методов минимизации кредитного риска является нецелесообразным — условия, на которых базируются такие механизмы, очень различны. Заимствованные методы и формы должны подвергаться корректировке с учетом нынешнего развития России¹⁹.

В отечественной практике кредитоспособность заемщика оценивается посредством изучения сведений об учредителях, руководстве компании, общих сведений о компании, готовности к погашению кредита, изучения информации об участии компании в судебных процессах, сведений об исполнении платежей в прошлом и настоящем, возможности получать доход (как одно из основных условий кредитной сделки, т.к. доход является главным источником погашения кредитной задолженности), наличии капитала, обеспеченности кредита. В соответствии с инструкциями по кредитованию юридических лиц и населения учреждениями Сбербанка РФ банк обязан рассмотреть документы, представленные заемщиками с точки зрения их достоверности и подлинности (в необходимых случаях с проверкой на месте). Соответствующие заключения о кредитоспособности потенциального заемщика делаются экономической и юридической службами учреж-

дения банка. Решение о выдаче кредита принимается на заседании коллегиального органа учреждения банка — кредитно-инвестиционного комитета, основная задача которого — коллегиальное рассмотрение кредитного проекта и принятие решения на основе принципов кредитной политики банка.

Нетрудно заметить, что прямые контакты банка с просителем кредита не могут дать исчерпывающей характеристики моральных и профессиональных качеств заемщика. Для получения дополнительных сведений о потенциальных пользователях кредита нужны другие информационные каналы.

Большой опыт сбора и анализа сведений о репутации и других компонентах кредитоспособности заемщиков накоплен в странах с развитой рыночной экономикой, где наряду с частной существует государственная картотека предприятий, доступная только профессионалам. Например, в Центральном банке Франции коммерческие банки могут бесплатно получить кредитную котировку предприятий с оценкой качества управления, состояния баланса и платежеспособности. Германское агентство «Кредитинформ» накапливает и предоставляет за определенную плату информацию о мелких и средних предприятиях, производит оценку платежного поведения как самих предприятий, так и их клиентов.

Американская фирма «Дан энд Брэдстрит» собирает более миллиона финансовых отчетов с целью передачи банкам и другим коммерческим структурам информации о ключевых показателях эффективности, прибыльности и платежеспособности предприятий за последние четыре года²⁰.

Кроме того, во многих странах имеются централизованные базы информации, в которых анализируются сведения о кредитах, полученных одним предприятием у разных кредиторов. Думается, что такие разнообразные формы накопления, обработки и преподнесения информации об эффективности и платежном поведении предприятий могут быть внедрены в нашу практику и будут полезны для коммерческих банков.

²¹ См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 3. С. 59.

Необходимо создать информационные центры, в которых анализируются сведения об эффективности деятельности и платежеспособности заемщиков. Создать такие центры можно при органах статистики, где заинтересованные банки за плату могли бы получить нужные сведения. Учредителями такой организации могли бы выступить заинтересованные коммерческие банки. Сведения о заемщиках-физических лицах стали бы подавать сами банки. Они будут сообщать органам статистики о добросовестных заемщиках- физических лицах, выполняющих свои обязательства, и о тех, кто не исполняет обязательства по возврату заемных средств. Возможно, что сведения в таких информационных центрах будут не полными, но их наличие значительно облегчит задачу банка по сбору информации об участниках кредитных договоров.

Ст. 820 ГК РФ предусматривает письменную форму для кредитного договора. Поскольку указанная статья не предъявляет какие-то особые требования к письменной форме кредитного договора, следовательно, форма такого договора должна быть просто письменной, т. е. нотариального удостоверения данный договор не требует. Вместе с тем в соответствии со ст. 434 ГК РФ 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. Нормы, регулирующие кредитный договор, не содержат запрета на составления текста договора по правилам ст. 434 ГК РФ. Однако на практике стороны, прежде всего кредитор, стремятся подписать единый документ, позволяющий с достоверностью определить все основные условия предоставления кредита.

Несоблюдение простой письменной формы договора кредитования является его недействительность, он является ничтожным с момента совершения, в связи с чем каждая из сторон обязана возвратить другой стороне все полученное по

²² См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 3. С. 61.

сделке, а в случаях невозможности возвратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах (ст.167 ГК).

Кредитный договор со стороны заемщика должен быть подписан лицом, уполномоченным на заключение подобного рода договоров. Необходимо учитывать, что в уставных документах юридических лиц нередко устанавливаются ограничения полномочий руководителя при заключении сделок, в том числе кредитных, на крупные суммы.

Так Российско-Финляндское совместное предприятие в форме акционерного общества закрытого типа «Арктиктииви» (АОЗТ «Арктиктииви») обратилось с иском к Акционерному коммерческому банку (Агропромбанк) в лице Кольского отделения о признании недействительным кредитного договора №14 от 02.03.95.

Агропромбанк в лице Кольского отделения 02.03.95 заключил с АОЗТ «Арктиктииви» договор №14 на предоставление краткосрочного кредита в сумме 250 млн рублей.

В преамбуле кредитного договора указано, что генеральный директор Ю.Н. Шишкин действовал на основании устава Российско-Финляндского совместного предприятия в форме акционерного общества закрытого типа «Арктиктииви», что предполагает ознакомление кредитора с данным документом.

Согласно пункту 6.2.12. устава АОЗТ «Арктиктииви» решение вопроса о заключении кредитного договора относится к компетенции правления, причем при наличии единогласного решения всех членов правления. На заключение кредитного договора генеральный директор АОЗТ «Арктиктииви» согласия правления не получил, последующего одобрения данной сделки не было. Таким образом, при заключении кредитного договора от 02.03.95 №14 генеральный директор АОЗТ «Арктиктииви» превысил свои полномочия, а банк-кредитор знал или заведомо должен был знать об ограничениях полномочий исполнительного органа предприятия-заемщика. Совокупность этих обстоятельств в соответствии со ст. 174 ГК РФ служит основанием для признания сделки недействительной.

Согласно уставу компетенция генерального директора носит остаточный характер, то есть он вправе принимать ре-

шения по вопросам, не относящимся к ведению заседания сторон-учредителей и правления.

Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации постановил признать недействительным кредитный договор от 02.03.95 №14, заключенный Российско-Финляндским совместным предприятием в форме акционерного общества закрытого типа «Арктиктииви» с акционерным коммерческим агропромышленным банком²¹. На практике такие случаи не единичны.

Однако подписание кредитного договора со стороны заемщика представителем, не имеющим соответствующих полномочий, само по себе еще не влечет признания кредитного договора недействительным. Например, между Балтийским банком и коммерческой фирмой был заключен кредитный договор, согласно которого банк принял на себя обязательство в пятидневный срок после заключения договора предоставить фирме кредит в сумме 5 млн рублей. Договором были предусмотрены обязательства фирмы по уплате единовременного вознаграждения за организацию кредитного обслуживания, уплате процентов за пользование кредитом и ответственность в виде уплаты штрафа за нарушение сроков выполнения указанных обязательств. От лица фирмы договор был подписан заместителем генерального директора и скреплен печатью.

Сумма по кредитному договору была перечислена на счет заемщика и использована им. В дальнейшем, ссылаясь на положения устава, в соответствии с которым подписание договоров, обязательств и доверенностей от имени фирмы входит в компетенцию генерального директора, заемщик отказался от выплаты комиссионных платежей и санкций за нарушение договора. При рассмотрении дела было установлено, что заявка на выдачу кредита была подписана генеральным директором фирмы. Для получения кредита фирма представила гарантийное письмо, выданное другим банком. Заемщик перечислял кредитору проценты за пользование кредитом, ссылаясь в платежном поручении на номер и дату заключения договора. Арбитражный суд оценил указанные

обстоятельства как действия, направленные на последующее одобрение сделки и с учетом этого не нашел оснований для признания договора кредитования недействительным²².

Таким образом, если впоследствии орган, который обладает компетенцией подписывать подобные договоры либо прямо одобрит кредитный договор, подписанный неуполномоченным лицом, либо совершит действия, свидетельствующие о таком одобрении, то договор может быть признан действительным.

Содержанием любого договора, в том числе и договора банковского кредитования, является совокупность его условий, определяющих состав подлежащих совершению сторонами действий, требования к порядку и срокам его выполнения.

Согласно ст. 421 ГК РФ условия договора, по общему правилу, формируются по усмотрению сторон. Исключения составляют случаи, когда содержание конкретного условия предписано законом или иными правовыми актами. При этом, если условие договора предусмотрено диспозитивной нормой, стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от содержащегося в ней. При отсутствии такого соглашения условия договора определяются диспозитивной нормой. Если же условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, то должны учитываться обычаи делового оборота, применимые к отношениям сторон. В некоторых случаях, в

²³ Резиденты – а) физические лица, имеющие постоянное место жительства в Российской Федерации, в том числе временно находящиеся за пределами РФ; б) юридические лица, созданные в соответствии с законодательством РФ, с местонахождением в РФ; в) предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством РФ, с местонахождением в РФ; г) дипломатические и иные официальные представительства РФ, находящиеся за пределами РФ; д) находящиеся за пределами РФ филиалы и представительства резидентов, указанных в подпунктах «б» и «в» настоящего пункта.

так называемых договорах присоединения, условия договора определяются одной из сторон.

В силу статьи 432 ГК РФ договор считается заключенным, когда сторонами достигнуто соглашение по всем его существенным условиям. Эта статья классифицирует существенные условия по трем группам:

- условия о предмете договора;
- условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида;
- все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Кроме существенных условий договора в юридической литературе нередко различают обычные и случайные условия. Отсутствие их в договоре не сказывается на его юридической силе. Первые из них не нуждаются в согласовании, так как присущи данному типу договора и чаще всего соответствуют правилам относящихся к нему диспозитивных норм. Если эти условия не включены в договор, то в случае спора применяются соответствующие диспозитивные нормы.

Случайные условия для конкретного типа договора не характерны. Однако, будучи включенными в договор, они становятся обязательными для исполнения, как и иные условия договора.

Действующее законодательство к существенным условиям договора банковского кредитования относит предмет договора и оплату за пользование кредитом. В юридической

²⁴ Уполномоченные банки — банки и иные кредитные учреждения, получившие лицензии Центрального банка РФ на проведение валютных операций.

²⁵ ЭКЮ — условная денежная единица, применяемая странами Европейского экономического сообщества (Общего рынка), ныне — Европейский союз.

²⁶ Специальные права заимствования — условная денежная единица, применяемая Международным валютным фондом. Иногда сокращенно обозначается СДР (по заглавным буквам английского термина).

литературе помимо названных условий предлагают считать существенным еще и условия о сроке и целевом использовании кредита. Рассмотрим названные условия.

Предмет договора банковского кредитования

В настоящее время в ГК различается несколько договорных обязательств, оформляющих единые по экономической природе заемные отношения.

Во-первых, это договор займа, правила о котором одновременно являются общими для договоров денежного и товарного кредита.

Во-вторых, это кредитный договор.

В-третьих, это особые разновидности договора кредита — товарный и денежный кредит, к которым наряду с правилами о договорах займа и кредита также могут применяться и правила об основных договорах, обслуживаемых кредитом (например, договор купли-продажи).

В-четвертых, это отношения, возникающие при приобретении облигаций, векселей и иных долговых ценных бумаг, впервые включенные в качестве самостоятельных элементов заемных отношений.

Объектом кредитных правоотношений являются действия сторон по передаче и возврату денег, других вещей, а также ценных бумаг. Предметом кредитных правоотношений в силу их многообразия являются деньги, другие родовые вещи и ценные бумаги.

Что же касается отношений, оформляемых договором кредитования, то их предметом выступают только деньги.

В связи с этим, ст. 819 ГК РФ предметом кредитного договора называет определенную денежную сумму, которую кредитор предоставляет заемщику, а заемщик, в свою очередь, обязуется возратить кредитору.

Сумма кредита определяется финансовыми потребностями заемщика и возможностями кредитора, и чаще всего носит индивидуальный характер. Однако рынки ссудного капитала,

как и все рынки, тяготеют к унификации потребительских качеств основных предметов торговли, в данном случае денег.

На этих рынках наблюдается заключение стандартных по сумме сделок 100, 500 тыс. руб. или 1, 5, 10, 100 млн руб. Подобная стандартизация сумм сделок связана со стремлением банков диверсифицировать кредитные риски путем дробления крупных сумм на более мелкие. К тому же более мелкие суммы, унифицированные по размерам, часто отвечают лимитам средств, с которыми оперируют дилеры и ниже которых операционные расходы по кредитованию перестают окупаться.

Конкретные суммы кредита устанавливаются банком по согласованию с заемщиком в зависимости от его платежеспособности и цели (или объекта) кредитования.

Банк учитывает необходимые потребности заемщиков в денежных средствах, наличие достаточных гарантий для своевременного их возврата. В банковской практике может быть установлен предельный размер кредита, выдаваемого на определенные цели.

Банк может предоставить кредит в сумме, которая соответствует платежеспособности клиента, с тем чтобы застраховать себя от возможных убытков.

Денежная сумма, определенная договором кредитования, может предоставляться в рублях или в иностранной валюте.

В соответствии со ст. 140 ГК РФ рубль является законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории РФ.

П. 3. ст. 1. Закона РФ от 09.10.92 «О валютном регулировании и валютном контроле» определяет иностранную валюту как денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монеты, находящиеся в обращении и являющиеся законным платежным средством в соответствующем иностранном государстве или группе государств, а также изъятые или изымаемые из обращения, но подлежащие обмену денежные знаки, а также средства на счетах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах.

Предоставление кредита в иностранной валюте имеет свои особенности. Ст. 6 Закона «О валютном регулировании и валютном контроле» предусматривает, что резиденты²³ РФ имеют право осуществлять без ограничений определенные текущие валютные операции, в том числе по предоставлению и получению финансовых кредитов на срок не более 180 дней.

Валютные операции, связанные с движением капитала, осуществляются резидентами в порядке, устанавливаемом Центральным банком Российской Федерации.

Так, порядок привлечения и погашения резидентами РФ кредитов в иностранной валюте от нерезидентов на срок свыше 180 дней установлен письмом ЦБР от 6 октября 1997 г. № 527. Иностранная валюта, получаемая предприятиями (организациями), резидентами, подлежит обязательному зачислению на их счета в уполномоченных банках²⁴, если иное не установлено ЦБ РФ.

В денежном обязательстве может быть предусмотрено также, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или условных денежных единицах (ЭКЮ²⁵, «специальные права заимствования»²⁶ и др.) В этом случае сумма, подлежащая оплате в рублях, определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлена законом или соглашением сторон.

В соответствии со ст. 1. Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле» валютой Российской Федерации признаются находящиеся в обращении, а также изъятые или изымаемые из обращения, но подлежащие обмену рубли в виде банковских билетов (банкнот) Центрального банка Российской Федерации, монеты, средства в рублях на счетах в банках и иных кредитных учреждениях Российской Федерации и за ее пределами.

Кроме того, ст. 140 ГК РФ предусматривает, что платежи на территории Российской Федерации осуществляются пу-

²⁷ См.: Олышаный А.И. Указ. соч. С. 85—90.

тем наличных и безналичных расчетов. При этом способ расчетов не влияет на свойства денег или на вид платежа.

Таким образом, можно сделать вывод, что предметом договора банковского кредитования является определенная денежная сумма, предоставляемая в рублях или иностранной валюте путем наличных и безналичных расчетов.

Плата за пользование кредитом

П.1 ст. 819 ГК РФ, как и ранее действующее законодательство, исходит из возмездного характера договора банковского кредитования. Причем в Основях гражданского законодательства 1991 г. предусматривалась возможность оговаривать в договоре предоставление кредитов без процентов (ст. 113). В ГК (ст. 819) такая возможность не предусмотрена и ничего не говорится о размерах процентов за пользование кредитом.

Закон «О банках и банковской деятельности» (ст. 29) определяет, что процентная ставка по кредитам устанавливается кредитной организацией по соглашению с клиентами, если иное не предусмотрено Федеральным законом.

Итак, размер процентов по банковским кредитам, а также период, сроки, порядок начисления и уплаты процентов, механизм их взыскания, определяются банком и клиентом на договорной основе. Это положение предусмотрено действующим законодательством. На практике в настоящее время даже надежному и добросовестному клиенту кредит получить весьма не просто. В связи с этим заемщик не имеет возможности влиять на размер процентов, уплачиваемых по договору кредитования, на порядок начисления и уплаты процентов. Размер процентов за пользование кредитом определяет банк с учетом ставки рефинансирования, установленной Центральным банком РФ.

Процент за кредит — сложное экономическое отношение со многими составляющими, факторами и условиями. Процент есть форма оплаты предоставленных средств.

Определение процента за кредит через его оплату не является смешением понятий, а термины «процент за кредит» и «плата за кредит» не являются простыми синонимами.

Определение «плата за кредит» указывает на возмездность отношений при предоставлении кредита. Понятие «процент за кредит» указывает на форму, которую приобретают платные отношения в договорах кредитования.

При определении ставки по кредиту необходимо учитывать различные факторы:

- стоимость для банка привлеченных средств (депозитов и кредитов);
- надежность заемщика и степень риска, связанного с кредитованием;
- расходы по оформлению и контролю за погашением кредита;
- характер отношений между кредитором и заемщиком и другие.

В зарубежной банковской практике применяется ряд моделей установления кредитной ставки — это «стоимость плюс», «ценовое лидерство», «надбавки», «кэп», «стоимость-выгодность» и другие.

Простейшая модель установления ставки по кредиту «стоимость плюс» подразумевает учет стоимости привлекаемых банком средств и его операционных расходов, связанных с этим. Расчет кредитной ставки по этой модели осуществляется путем суммирования следующих компонентов:

- стоимость для банка привлеченных средств в целях кредитования заемщика;
- банковские операционные расходы, в том числе заработная плата сотрудников кредитного управления;
- стоимость оборудования и материалов, необходимых для предоставления кредита и контроля над его погашением;
- компенсация банку за уровень риска невыполнения обязательств;
- ожидаемая прибыль по каждому кредиту.

²⁸ См.: Банковский портфель-3. С. 44.

Каждый из указанных компонентов может быть выражен в форме годовых процентов относительно суммы кредита.

Одним из недостатков модели «стоимость плюс» является предположение, что банк точно знает свои расходы и может установить ставку по кредиту без учета фактора конкуренции со стороны других кредиторов. Упомянутые ограничения привели к появлению другой модели установления ставки по кредиту — ставки «ценового лидерства». Крупнейшие банки США установили унифицированную ставку по кредиту, известную под названием «прайм-рейт» (иногда ее называют базовой или справочной ставкой), означающую самую низкую ставку, предлагаемую наиболее кредитоспособным клиентом по краткосрочным кредитам.

В 80-х годах родилась модель установления ставки ниже «прайм-рейт».

Появление этой модели имело место в условиях жесточайшей конкурентной борьбы банков за заемщиков.

Исследование Брейдли, проведенное по просьбе Совета управляющих Федеральной резервной системы США, показало, что в настоящее время приблизительно 90 % кредитов, предоставленных 48 крупнейшими банками США предпринимательским фирмам, это ссуды по ставкам ниже «прайм-рейт».

Еще одной модификацией модели ценового лидерства, появившейся в 80-х годах, является максимальная процентная ставка «КЭП» (согласованный верхний предел ставки по кредиту вне зависимости от будущей динамики процентных ставок на денежных рынках). Таким образом, заемщику может быть предложена плавающая ставка «прайм-рейт+2» при максимуме 5 % сверх первоначальной ставки. Это означает, что ставка может быть повышена только на 5 % независимо от роста рыночных ставок в период действия кредитного договора²⁷.

Существуют и другие методы установления процентных ставок.

Отечественные финансовые структуры также ориентируются на упомянутые ставки в своей работе. Вместе с тем

российский рынок требует выработки своих критериев и своей методологической базы расчета кредитных ставок.

В настоящее время рядом информационных агентств рассчитываются и публикуются средние ставки привлечения и размещения межбанковских рублевых средств. Наиболее известные из них — это MIBID (объявленная ставка привлечения) и MIBOR (объявленная ставка размещения).

В стремлении выработать единые методологические подходы к расчету средних ставок не обошлось без определенных проблем. Вот три основных из них:

1. Выборка банков для подсчета процентной ставки осуществляется каждым информационным агентством достаточно произвольно. Поэтому средние ставки, посчитанные по той или иной выборке банков, не всегда могут точно отражать ситуацию на всем рынке. Иными словами, выборка банков может быть не всегда представительной.

2. Суммирование ставок производится по принципу либо среднеарифметической, либо средневзвешенной. В пользу первой говорит простота расчетов (ставки просто складываются, а затем делятся на число сложенных ставок), а в пользу второй — более высокая достоверность («взвешивание» производится по объемам кредитных ресурсов). Однако весь вопрос заключается в достоверности информации. Дело в том, что публикация средневзвешенных ставок, как правило, не сопровождается обнародованием объемов кредитов. Неизвестным порой остается и источник получения тем или иным агентством такой информации.

3. Подсчет может производиться как по объявленным, так и по фактическим ставкам. Объявленные ставки известны, как правило, уже утром того дня, в котором производится подсчет, и оперативная информация является исключительно полезной для всех участников рынка. Фактические ставки бывают известны, как правило, в конце рабочего дня и публикуются в средствах массовой информации на следующий день. Они тоже очень важны, так как характеризуют реальную ситуацию на рынке за прошедшие сроки.

Вместе с тем следует заметить, что расчет фактических ставок, как правило, осуществляется методом средней взвешенной. Тем самым данная проблема оказывается тесно связанной с предыдущей, рассмотренной ранее²⁸.

Для решения указанных проблем предполагается постепенно перейти к расчету средних ставок по фактическим сделкам на рынке МБК.

Важно отметить, что расчеты производятся по ставкам крупнейших банков. В силу своих больших оборотов эти банки могут значительно снижать проценты по размещаемым кредитам. Именно поэтому ставки этих банков являются определяющими в расчете средних ставок. Такая методология расчета была разработана при участии ЦБ РФ и получила одобрение Международного валютного фонда.

Российским законодательством не предусматривается ограничение предельного размера процентных ставок за пользование кредитом. И этот вопрос решается сторонами самостоятельно в ходе согласования и подписания кредитного договора.

Следует отметить, что устав Центрального банка РФ (Банка России) включает в сферу его компетенции ограничение в исключительных случаях объемов кредитных вложений и определение пределов изменения процентных ставок банков по их активным и пассивным операциям, пределов их комиссионного вознаграждения. Указанные ограничения могут вводиться в соответствии с утверждающими соответствующими органами направлениями денежно-кредитного регулирования или Банком России. В последнем случае эти ограничения могут вводиться на срок, не превышающий 6 месяцев, с последующим их утверждением соответствующими органами. Определение размеров кредитов Банка России, предоставляемых другим банкам и процентных (учетных) ставок по этим кредитам относится к компетенции Совета директоров Банка России.

Основные факторы, которые коммерческие банки учитывают при установлении платы за кредит, следующие:

- ставка рефинансирования по кредитам, которые ЦБ РФ предоставляет коммерческим банкам;

- средняя процентная ставка по межбанковскому кредиту, т. е. за ресурсы, получаемые у других коммерческих банков для своих активных операций;

- средняя процентная ставка, уплачиваемая банком своим клиентам по депозитным счетам различного вида;

- структура кредитных ресурсов банка (чем выше доля привлеченных средств, тем дороже должны быть кредиты);

- спрос и предложения на кредиты со стороны клиентов (чем меньше спрос, тем дешевле кредит; чем больше спрос превышает предложение, тем дороже кредит);

- срок и вид кредита, а точнее степень риска непогашения кредита в зависимости от обеспечения;

- стабильность денежного обращения в стране (чем выше темп инфляции, тем дороже должна быть плата за кредит, т. к. у банка повышается риск потерять свои ресурсы из-за обесценения денег).

В соответствии с договором кредитования проценты могут быть простыми и сложными, обычными (уплачиваемые в пределах срока пользования кредитом) и повышенными (которые взыскиваются при нарушении срока погашения кредита).

Для простых процентов характерна регулярность поступления дохода, при этом регулярные выплаты одинаковы по размеру. Регулярность поступлений дохода определяется периодичностью начислений — ежемесячно, ежеквартально или с любой другой периодичностью, как это определено условиями конкретного договора. Частота начисления простых процентов, конечно же, должна быть предметом обсуждения в договорных отношениях по оплате кредита.

С применением сложных процентов доходы кредитора начинают расти во времени не в прямой пропорциональной, как при простых процентах, а в степенной зависимости. Начисляемые, но не выплачиваемые сложные проценты присоединяются к сумме основного долга, вследствие чего происходит начисление процентов на проценты. Постоянный рост исходной суммы для исчисления процентов таким образом дает эффект ускорения наращивания процентного дохода.

Принципиальной особенностью начисления сложных процентов является выплата дохода вместе с погашением основного долга. При этом обязательно предполагается наличие промежуточных начислений в течение срока займа. Именно на даты таких начислений происходит нарастание дохода кредитора за счет начисления процентов, именно за счет таких начислений каждое следующее начисление происходит с учетом результатов предыдущего. При ежемесячном начислении это происходит начиная со второго месяца, при ежеквартальном — с шестого месяца. При этом скорость роста долга — в сложном проценте и, следовательно, общий размер процентного дохода зависит от периодичности его начисления. Проценты становятся действительно сложными только при сроках займа, больших, чем установленный период расчетов, и чем большим является этот разрыв, тем выше эффект сложных процентов.

Соотношение уровня доходности простых и сложных процентов показывает безусловные преимущества второго метода для кредитора и его заведомую убыточность для заемщика и наоборот.

Принципиально не только и не столько само договорное условие начисления по сложным или простым процентам, сколько длительность периода начисления.

Для кредитора сложные проценты — это возможность сохранить текущую стоимость имеющихся средств, необходимых к определенному моменту в будущем. Для заемщика сложные проценты — это возможность сэкономить на определенных затратах, увеличить стабильность ресурсной базы за счет увеличения сроков заимствования средств.

Заемщик может быть заинтересован в простых процентах, когда знает, что ему по истечении определенного срока средства будут не нужны на прежних условиях. По сравнению с условиями сложных процентов при простых процентах у заемщика появляется возможность более гибкого регулирования объемов и условий новых займов.

Другую сторону договора кредитования — кредитора — может интересовать сохранение стоимости не к определен-

ному моменту в будущем, а в течение определенного периода времени. В этом случае регулярное получение средств в виде процентов обеспечивает возможность «равномерно» потреблять имеющиеся средства в течение длительного промежутка времени, не теряя на их обесценении.

Помимо методов начисления процентов в договорных условиях сделок могут определяться системы исчисления процентов. Наиболее распространенными являются системы точных, приближенных и банковских процентов.

Суть исчисления из точного числа дней состоит в том, что учитывается точное число дней кредита и точное число дней в периоде начисления.

Суть исчисления из приближенного числа дней состоит в том, что год считается равным 360 дням, квартал — 90, месяц — 30. Однако при исчислении числа дней займа фактическое число дней в течение 8 месяцев года будет больше или меньше 30 дней.

Учесть это расхождение можно по-разному. Используемое и сейчас правило предлагает не учитывать 31 число, а в феврале остаток на последний день месяца повторять столько раз, сколько недостает до 30 дней. Такой способ начисления процентов называется банковским исчислением из 360 дней.

Расхождение фактического и расчетного числа дней можно учитывать и по-другому, не искажая динамики движения займа в последние дни месяца. Для этого рассчитывается средний однемесячный остаток из фактического числа дней в месяце и фактического займа и на него начисляется процент по месячной ставке в % от годовой. При поквартальном начислении процентов, соответственно, рассчитывается средний остаток за 3 месяца и применяется ставка в % от годовой. Этот способ называется приближенным начислением.

Каждая из систем начисления процентов имеет свои преимущества и недостатки. Они ощутимы при расчетах за периоды времени, не равные году. Но общим правилом оста-

²⁹ Гражданско-правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. проф. Е.Б. Суханова. М., 1994. С. 200.

ся то, что за год при любой системе исчисления сумма процентов всегда будет одинаковой. Во избежание опасных разногласий и недоразумений в расчетах сторон система исчисления процентов обязательно должна оговариваться при заключении договора. При отсутствии ссылки на используемую систему начисления обычно подразумевается применение банковского исчисления.

Единицей измерения платы за услуги банка, предоставляющего кредит, является годовой процент, т.е. сумма, которую заемщик обязан заплатить банку за пользование кредитом в течение года. Однако известно, что кредиты предоставляются на самые различные сроки. И на практике годовая процентная ставка делится на количество дней, месяцев, на которые предоставлен кредит. При этом стороны должны зафиксировать в договоре не только срок кредитования, но и какое количество дней в году (360 или 365) или в месяце (30) будет приниматься во внимание при погашении процентов за пользование кредитом. Банк применяет, как правило, фиксированные процентные ставки, уровень которых оговаривается в договоре.

Процентная ставка может быть повышена в связи с повышением процентных ставок по вкладам населения или учетной ставки ЦБ РФ, а также изменением конъюнктуры рынка. Кроме того, применение возрастающих ставок иногда увязывается с условием их пересмотра при невзыскании вкладчиком. В частности, такая система широко применялась Сбербанком СССР в 1988 году. По условиям Сбербанка проценты, невзысканные в течение срока действия более низкой ставки, пересчитывались по более высокой ставке, действующей на момент взыскания ранее невыплаченных процентов. Данное условие интересно своей внешней эффективностью

³⁰ Постановление Конституционного суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года “О банках и банковской деятельности”» в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П. Лазаренко // Собрание законодательства РФ от 08.03.99 г. № 10. Ст. 1254.

и подчеркнутой связью роста дохода клиента с недвижимостью хранения средств во вкладе.

Другим, более распространенным способом защиты от повышения процентных ставок являются так называемые плавающие ставки.

В отечественной практике условие плавающих ставок получило очень своеобразную реализацию в виде включения в заключаемые договоры условия, предоставляющего право кредитору или заемщику пересматривать в одностороннем порядке ставку процента при изменении рыночной конъюнктуры. Обычно возможность пересмотра ставок оговаривается изменением ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации.

Правомерность использования ставки рефинансирования Центрального банка в качестве базисной ставки не вызывает сомнения. Сомнение вызывает право одностороннего, чаще всего не оговоренного конкретными параметрами изменения договорных условий оплаты кредита. С точки зрения этих условий договором фиксируется определенная сумма, срок сделки и ее цена. Все остальные положения договора должны раскрывать механизм реализации договорных условий. Право одностороннего пересмотра цены сделки, даже если оно предусмотрено договором, не только не раскрывает механизма реализации основных договорных условий, но и прямо противоречит им. В таком качестве договорное условие всегда может быть оспорено в суде. В соответствии со ст. 310 ГК РФ одностороннее изменение условий договора не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законодательством. Исключение в отношении обязательств, возникающих в связи с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается также в случаях, предусмотренных договором, если иное не вытекает из закона или существа обязательства. Таким образом, согласно ГК (ст. 310) предусмотреть возможность одностороннего изменения процентных ставок в договоре допускается только в случаях, когда стороной в договоре является юридическое лицо, либо гражданин-предприниматель. При этом, наличие оснований, с которыми по усло-

виям кредитного договора связана возможность одностороннего изменения банком размера платы (процентов) за кредит, должно быть доказано банком.

Заемщик, зачастую очень нуждающийся в получении кредита, вынужден соглашаться со всеми предложенными кредитором условиями, в том числе и условием об одностороннем изменении процентной ставки. В юридической литературе высказываются следующие рекомендации о формулировании этого условия: необходимо «устанавливать в договоре соотношение уровня учетного процента, устанавливаемого Банком России, и уровня ставок по кредитным договорам с клиентами, определять периоды, по истечении которых банк может поставить вопрос об изменении платы за кредит, устанавливать в договоре обязанность банка информировать клиента о наступлении обстоятельств, которые в соответствии с договором являются основаниями для изменения процентов, а также определять сроки, по истечении которых с момента наступления указанных обстоятельств изменяется процент платы за кредит»²⁹.

Заемщик должен стремиться к тому, чтобы в договоре отсутствовали положения, позволяющие кредитору изменить его условия в свою пользу (например, право повышения процентной ставки). Однако если этого достигнуть не удалось, то заемщику необходимо предпринять все усилия, чтобы это невыгодное для него условие было ограничено следующими рамками: привязать изменение платы за кредит к условию роста ставки рефинансирования ЦБ РФ, предусмотреть «льготный период», на протяжении которого кредитор не будет повышать кредитные ставки и вносить другие изменения в договор.

При необходимости внести изменения в договор в части, касающейся процентов, банки нередко ограничиваются направлением клиенту письменного извещения об изменении процентной ставки. Если клиент не дал ответа на такое извещение, договор нельзя считать измененным, поскольку для этого необходимо положительное решение заемщика. Указанное положение особенно важно соблюдать при кредитовании населения, в частности не субъектов предпринима-

тельской деятельности, поскольку в данном случае, в соответствии со ст. 450 ГК РФ не допускается одностороннее изменение условий договора, и требования банка о взыскании процентов за пользование кредитом в размере, не согласованном с клиентом, не может быть удовлетворено.

Конституционный суд РФ 23 февраля 1999 г.³⁰ рассмотрел в открытом заседании дело о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 03.02.96. «О банках и банковской деятельности», согласно которой кредитная организация не имеет права в одностороннем порядке изменять процентные ставки по кредитам, вкладам (депозитам), комиссионное вознаграждение и сроки действия этих договоров с клиентами, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или договором с клиентом.

Конституционный суд отметил, что к моменту вступления в силу оспариваемой нормы уже действовала первая часть гражданского кодекса РФ, в соответствии со ст. 310 которого односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий (если это не связано с осуществлением предпринимательской деятельности) не допускается, кроме случаев, когда это предусмотрено законом.

Конституционный суд указал, что такие договоры являются договорами присоединения, имеющими публичный характер, условия которого определяются банком в стандартных формах. В результате граждане как сторона в договоре лишены возможности влиять на его содержание, что является ограничением конституционной свободы договора и как таковое требует соблюдения принципа соразмерности, в силу которой, гражданин как экономически слабая сторона в этих правоотношениях нуждается в особой защите своих прав, что влечет необходимость в соответствующем правовом ограничении свободы договора и для другой стороны, т. е. для банков.

³¹ Ликвидность баланса — это способность предприятия своевременно погасить текущие и краткосрочные обязательства текущими активами.

Исходя из этого Конституционный суд признал не соответствующим Конституции РФ, ее статьям 34 и 55 (части 2 и 3) положение части второй ст. 29 ФЗ «О банках и банковской деятельности» об изменении процентной ставки по договорам с гражданами как позволяющее банку в одностороннем порядке произвольно изменять ее на основе договора, без определения в федеральном законе оснований обуславливающих такую возможность.

При определении размеров платы за кредит особое внимание обычно уделяется величине штрафной ставки процента. Условия установления и применения штрафных ставок представляют собой предмет отдельных положений договора, раскрывающих порядок его реализации и ответственности сторон и будут рассмотрены нами в соответствующей главе.

Срок договора кредитования

В договоре банковского кредитования понятие «срок» используется в нескольких значениях. Во-первых, встречается такое понятие, как полный срок. Под ним понимают период времени от начала использования кредита до его полного погашения. Некоторые авторы этот срок разбивают на три отрезка: период использования, льготный период и период погашения. Периодом использования признается срок от начала пользования кредитом до начала льготного периода. Причем начало пользования кредитом может определяться по-разному: списанием средств со счета кредитора, зачислением средств на счет заемщика или выдачей средств заемщику.

Льготный период начинается с момента окончания периода использования и продолжается до начала погашения кредита. В течение этого времени уплачиваются только проценты. И, наконец, период погашения — это срок, в течение которого выплачивается основной долг по кредиту.

Во-вторых, в кредитных договорах используется такой термин, как срок действия договора. Этот срок обычно определяется периодом времени от конкретной даты подписания договора до конкретной даты действия договора либо опре-

деляется такой формулировкой, как «договор действует с момента его подписания до выполнения заемщиком всех обязательств по данному договору». При этом в договоре указывается и срок получения заемщиком средств, и срок их возврата.

По нашему мнению, каким бы термином ни обозначался срок в договоре, его обязательным условием является срок получения и возврата кредита и способ определения этого срока (перечисление средств кредитором или заемщиком, поступление средств кредитору или заемщику).

Законодатель не относит срок к существенным условиям договора банковского кредитования. Стороны заинтересованы в закреплении данного условия в договоре, что позволит им планировать свою деятельность. Представляется целесообразным установить в ГК, что срок возврата кредита является существенным условием договора банковского кредитования.

По срокам, на которые предоставляются кредиты, они делятся на краткосрочные (до одного года), среднесрочные (от года до пяти лет) и долгосрочные (свыше пяти лет). В зарубежной практике на долю краткосрочных кредитов приходится значительно меньше половины всех кредитов и больше половины — на среднесрочные.

В Российской практике чаще используются краткосрочные кредиты, т. е. до одного года. Причем удельный вес долгосрочных кредитов продолжает сокращаться. Это вызвано экономической нестабильностью в стране, высоким уровнем инфляции и неплатежей предприятий, стремлением банков работать с «короткими деньгами», т.е. кредитовать воспроизводство не основного, а оборотного капитала, и не в сферах материального производства, а прежде всего в сфере обращения (торговля получает до 75 % всех краткосрочных кредитов). Следует отметить, что чем более продолжителен срок кредита, тем выше риск, тем больше вероятность того, что возникнут непредвиденные трудности, и клиент не сможет погасить долг в соответствии с договором. Коммерческий банк, исходя из характера привлеченных средств, должен ограничивать свою кредитную деятельность в сфере средне- и долгосрочных операций, чтобы обеспечить необходимую ликвидность баланса³¹

и удовлетворять требования вкладчиков. Поэтому кредиты сроком до трех лет считаются наиболее приемлемыми для коммерческого банка. Вместе с тем необходимо отметить, что, несмотря на возрастающую потребность заемщиков в получении среднесрочных и долгосрочных кредитов, банки на предоставление таких кредитов не идут.

Сроки кредитования имеют определенные пределы — нижнюю и верхнюю границы.

Кратчайший срок кредитования составляет один день. Точнее, не день, а ночь служит границей, отделяющей кассовую сделку от сделки в кредит, и кредит overnight является самым коротким кредитом. При этом речь идет не об астрономическом измерении времени, а о некотором абстрактном его периоде, с дальнейшим дроблением которого теряется экономический смысл учета фактора времени.

Так, между АКБ «Империял» и акционерным обществом было заключено дополнительное соглашение к договору на расчетно-кассовое обслуживание, согласно которому банк мог использовать временно-свободные средства клиента на срок «овернайт». Данным соглашением начало срока «овернайт» определялось как конец операционного дня банка, а конец срока «овернайт» определялся началом следующего операционного дня банка, т. е. сроком «овернайт» считался срок, в течение которого банком не производятся операции, включая дни отдыха и праздничные дни, независимо от того, считается ли такой день нерабочим для клиента. При этом стороны договорились, что продолжительность каждого срока «овернайт» для уплаты процентов принимается условно равной одному дню.

Конечность пределов можно проследить и в долгосрочном кредитовании. Только в займах на межгосударственном уровне сроки кредитования выходят за пределы 15 лет.

Сроки кредитования определяются внутренними закономерностями и особенностями техники исполнения договора кредитования.

³² См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3. С. 57.

Так, в межбанковском кредитовании, связанном с движением средств по корреспондентским счетам через расчетно-кассовые центры Центрального банка, какой бы ни была заинтересованность сторон максимально ускорить расчеты, минимальный срок кредитования составляет не один, а три рабочих дня.

Правила совершения операций по корреспондентскому счету заставляют банки работать в пределах фактических остатков средств на нем. Но не в режиме реального времени, а в пределах остатка по выписке расчетно-кассового центра. То есть там, где средства кредита проходят через расчетно-кассовые центры, воспользоваться сегодняшним перечислением заемщик сможет только завтра. При этом даже, если срок займа будет минимальным, и возврат средств состоится на следующий день, вновь распоряжаться вернувшимися средствами кредитор сможет только на третий день.

Техническое исполнение платежей между кредитором и заемщиком всегда требует определенных затрат времени. Договоры кредитования должны содержать ответ на вопрос, какая из сторон и в какой части берет на себя расходы по оплате времени движения средств между кредитором и заемщиком и риск несвоевременного поступления денег.

При установлении договорных сроков кредитования проблема имеет три возможных варианта решения. Сроки займа и возврата средств по договору могут исчисляться:

- с момента заключения договора;
- с момента перечисления средств кредитором или заемщиком;
- с момента поступления заемных средств кредитору или заемщику.

Если счет заемщика находится в том же банке, который предоставляет кредит, или если выдача кредита осуществляется из кассы банка, то разрыва во времени между списанием

³³ См.: Ольшаный А.И. Банковское кредитование. С. 82; Усокин В.И. Современный коммерческий банк: управление и операции. М., 1994. С. 184.

соответствующей суммы с корреспондентского счета банка и занесения ее на счет клиента (или выдачи из кассы), как правило, не бывает. Если же счет заемщика находится в другом банке, то дата выдачи кредита может определяться двояко: с момента снятия денег с корреспондентского счета банка или с момента зачисления денег на расчетный счет клиента.

Для банковской практики традиционно исчисление сроков кредитования с момента перечисления средств заемщику, а сроков займов (сроков использования денежных средств заемщиком) — с момента поступления средств на счет банка. При этом, как правило, не подразумевается какого-либо обсуждения других вариантов.

Обычно заемщик под давлением кредитора соглашается на то, что в кредитном договоре фиксируется условие, в соответствии с которым под датой выдачи кредита понимается дата списания денег с корреспондентского счета. В этом случае заемщик зависит от своевременного поступления заимствованных средств на его счет и в договоре следует либо оговаривать условия продления срока возврата средств в случае их несвоевременного поступления, либо предусматривать соответствующие механизмы оплаты задержки в поступлении средств на счет заемщика. Поэтому заемщик должен настаивать на том, чтобы банк принял на себя обязательство в течение нескольких дней от даты подписания договора открыть ссудный счет и предоставить кредит заемщику путем зачисления всей суммы кредита на расчетный счет последнего.

Действующим законодательством разрешено также предоставление кредита путем перечисления на счета контрагентов заемщика. Банки идут на совершение подобных операций, если они уверены в обеспеченности кредита и благонадежности своего клиента. Однако в судебной практике довольно часто встречаются случаи, когда заемщики отказывались от исполнения обязательств по договору кредитования, ссылаясь на то, что на их счет кредитные деньги не поступали. Непоступление средств на счет заемщика может быть обуслов-

³⁴ См.: Трофимов К. Кредитные правоотношения коммерческого банка // Хозяйство и право. 1996. № 9. С. 120—130.

лено как его поведением, так и поведением кредитора. Если кредитор не перечислил заемщику сумму кредита по своей вине, то заемщик не обязан возвратить денежные средства, так как им ничего не получено по кредитному договору. Если же непоступление суммы кредита заемщику обусловлено его действиями (непредоставление кредитору каких-либо сведений, просьба перечислить средства на счет третьих лиц и т.д.), то последствия для него могут быть иными. Высший арбитражный суд, разбирая аналогичные случаи, вынес определение, что заемщик несет ответственность, вытекающую из подписанного им кредитного договора и в случае, когда средства во исполнение кредитного договора, были перечислены по его указанию лицу, которое не является заемщиком. Такое лицо не несет ответственности за возврат кредитных средств перед кредитором³².

В договорных отношениях по кредиту часто присутствует вариант продления срока займа после истечения договорного срока без переоформления договора, если ни одна из сторон не выражает желание его расторгнуть. Это дает возможность продлевать сделку к взаимной выгоде сторон до предъявления кредитором требования вернуть средства или до момента исчезновения у заемщика потребности в них.

В этом случае принципиально важно определиться с условиями действия заключенного договора по истечении первоначальных сроков сделки. С точки зрения условий расчетов здесь важно, чтобы на новый срок сохраняли действие все начальные условия сделки, по которым была установлена начальная цена. Например, очень важно определиться с новыми конечными сроками возврата средств. Период, на который продлевается срок действия договора, может соответствовать либо первоначальному сроку договора, либо может определяться периодом расчетов по процентам за кредит. Примером первого может служить соглашение сторон о продлении срока полугодового договора на следующий срок в 6 месяцев. Во втором варианте при ежемесячном начислении процентов договор, независимо от его первоначальных сроков, продлевается до конца очередного месяца, при ежеквартальном — до

конца квартала и т. д. Такой вариант имеет право на существование в расчетах, не предусматривающих перерасчета ранее выплаченных процентов. Таким образом, каким бы ни был вновь установленный срок договора, реально условия оплаты будут зависеть только от соблюдения срока текущего периода расчетов. К нему и привязываются сроки продления договорных отношений во втором варианте.

В связи с тем что заключение кредитного договора без фиксированного срока возврата полученных денежных средств не возможно, необходимо определять конкретную дату возврата средств кредитору, что и делается путем занесения точной даты такого возврата в договор.

В соответствии с ГК РФ (ст. 190) сроки могут определяться периодом времени: часами, днями, неделями, месяцами, годами либо конкретной календарной датой или указанием на событие, которое должно неизбежно наступить.

На практике часто возникают проблемы, связанные с тем, что в одном договоре один и тот же срок (например, возврата кредита) указывается различными способами, и при этом допускаются ошибки в их исчислении. Например, в тексте содержится такая формулировка: «кредит предоставляется сроком на один месяц с момента заключения договора до 1 октября 1997 г.» При этом договор заключен 1 сентября 1997 г. Ошибка состоит в том, что в соответствии со статьей 192 ГК РФ срок, исчисляемый месяцами, истекает в соответствующее число последнего месяца срока, т. е. в данном случае 02 октября, а не 01 октября 1997 г.

Целевое использование кредита

В литературе по поводу целевого использования заемщиком полученных в кредит денежных средств высказывается несколько точек зрения. Одни авторы (А.И. Олышаный, В.И. Усоскин)³³ утверждают, что это обязательное условие кредит-

³³ Овердрафт – краткосрочный кредит, предоставляемый банком надежному клиенту сверх остатка на текущем счету в пределах заранее оговоренной суммы.

ного договора. Другие (Е.А Суханов., К. Трофимов)³⁴ считают, что условие о направлении использования кредита не является существенным.

Вместе с тем на практике в кредитных договорах очень часто предусматривается целевое использование кредита. Например, изученные мною кредитные договоры, заключаемые Сбербанком РФ с коммерческими организациями в 1995—1998 гг. все содержали указание на определенную цель заимствования. По нашему мнению, это связано с тем, что выдавая кредит, банк оценивает риск своих вложений в зависимости от характера объекта кредитования. Цель кредита служит важным индикатором степени риска, связанного с выдачей средств. Банк, например, избегает выдачи ссуд для спекулятивных операций, так как погашение в этом случае будет зависеть от сомнительных, а иногда и запрещенных законом сделок.

В соответствии со ст. 820 ГК РФ по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Анализ данной нормы позволяет определить, что условие о направлении использования кредита не является обязательным, т. е. стороны могут не оговаривать цель кредита в договоре. Но банковскими инструкциями, например инструкцией по кредитованию юридических лиц учреждениями Сбербанка РФ, предусматривается соблюдение принципа целевого использования кредита.

Из этого следует, что условие о целевом использовании средств применительно к договору банковского кредитования не является существенным и не всегда должно включаться в текст договора, поскольку при оценке банком своего клиента как кредитоспособного и надежного нет необходимости ограничивать его возможности в использовании заемных средств. Напротив, банк заинтересован в том, чтобы такой клиент брал кредит и платил проценты.

Одновременно не следует забывать, что банк, будучи хозяином положения, при заключении договора кредитования может включить в его текст условие о целевом использовании полученных средств. В этом случае данное условие становится обязательным для клиента.

Цель кредитования зависит, прежде всего, от категории заемщика. Если в качестве заемщика выступает физическое лицо, то кредит могут предоставлять на индивидуальное строительство, реконструкцию и капитальный ремонт садового домика, строительство приусадебных хозяйственных построек, на приобретение предметов домашнего обихода и т. д.

Если речь идет о юридических лицах, то цели займа существенно меняются: им требуется капитал для финансирования капитальных затрат (ремонт недвижимости, строительство зданий), покупка оборудования, сырья, материалов, выплата зарплаты персоналу и т. п.

В договоре кредитования могут быть указаны не одна, а несколько целей или общее направление использования кредитных средств, например на финансирование гражданского строительства.

В случае если стороны пришли к соглашению о включении в текст договора условия о целевом использовании кредита, то заемщик обязан использовать финансовые средства только на эти цели.

Причем несоблюдение целей использования кредита может нанести ущерб обеим сторонам. Для банка он может выразиться в резком ухудшении стабильности заемщика и падении его кредитоспособности, отказе страховой компании от своих обязательств по страхованию риска непогашения кредита, а для заемщика — в применении к нему со стороны банка различных санкций.

В случае, когда условие о целевом использовании кредита включается в договор, возникает проблема контроля за его соблюдением, поскольку отсутствие четкого механизма такого контроля лишает какого-либо практического смысла наличие данного условия.

³⁶ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 2. С. 40—42.

Данную проблему можно разрешить путем указания в кредитном договоре обязанности заемщика представлять банку определенные документы, подтверждающие расходы и целевое использование средств. При этом банк может использовать права, оговоренные в договоре, в том числе требовать от заемщика все необходимые первичные, бухгалтерские и отчетные документы, подтверждающие направление использования кредита. Целесообразно в договоре устанавливать сроки представления документации, а также формы фиксации банком фактов уклонения заемщиком от контроля. При установлении факта использования кредита не по назначению банк вправе применять меры имущественного или оперативного воздействия вплоть до досрочного взыскания кредита, которые предусматриваются действующим законодательством и договором (п. 3 ст. 821 ГК РФ).

Цель определяет и форму кредита. Так, если заемщик с помощью кредита стремится преодолеть кратковременный разрыв между поступлением средств и необходимостью платежей, то наиболее подходящей формой кредита является овердрафт³⁵. Финансирование капитальных затрат требует других форм кредитования, например срочные кредиты.

Исполнение договора банковского кредитования

В соответствии с ГК РФ (ст. 307, 309) исполнение обязательств состоит в совершении его сторонами определенных действий, составляющих содержание их прав и обязанностей. Как правило, исполнение обязательства заключается в совершении активных действий. Значительно реже исполнение обязательства состоит в воздержании от совершения определенных действий.

Как уже упоминалось в соответствии со ст. 819 ГК РФ по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денеж-

ную сумму и уплатить проценты на нее. Рассмотрим порядок предоставления кредитором и возврата денежных средств заемщиком по договору банковского кредитования.

Порядок и формы предоставления кредита

Банки выдают кредит юридическим лицам безналичным путем, но различными способами и в различных формах. С учетом конкретных обстоятельств банк для осуществления кредитования может открывать либо простой, либо специальный ссудный счет. Эти счета являются счетами банка, хотя они и открыты для заемщика. На них учитывается задолженность заемщика по полученному кредиту и не более того.

Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации, рассмотрев протест первого заместителя Председателя Высшего арбитражного суда РФ на решение Высшего арбитражного суда Республики Марий Эл от 12.05.95 по делу № 5/36, согласно которого иск АКБ «Аяр» к АООТ «Биомашприбор» о взыскании задолженности по 11 кредитным договорам был удовлетворен. Президиум протест удовлетворил по следующим основаниям. Удовлетворяя требования банка, Арбитражный суд исходил из того, что доказательствами предоставления кредитов явились открытие ссудного счета, выписки из лицевого счета, ордера-распоряжения о выдаче кредита.

Однако ссудный счет — это бухгалтерские счета банков, на которых ведется учет задолженности заемщика перед банком по кредитным договорам.

Без представления доказательств зачисления кредитных средств на расчетный счет заемщика либо оплаты его платежных документов, которые по суммам корреспондировали бы с выписками по ссудным счетам при оспаривании факта выдачи кредитов по ряду кредитных договоров, нельзя согласиться с выводом арбитражного суда о подтверждении банком факта предоставления кредитов.

Решение Высшего арбитражного суда республики Марий Эл отменено и дело направлено на новое рассмотрение³⁶.

Из этого следует, что средства, составляющие кредит, должны быть перечислены на расчетный счет заемщика, либо из них могут быть оплачены его денежные обязательства.

Выдача кредита может осуществляться путем одновременного перечисления всей суммы на расчетный счет заемщика либо в форме периодических перечислений в пределах установленного лимита кредитования для конкретного заемщика (открытая кредитная линия).

Кредитная линия — это соглашение между банком и заемщиком о максимальной сумме кредита, которую последний сможет использовать в течение обусловленного срока и при соблюдении определенных условий. Это одна из форм краткосрочного банковского кредитования для покрытия временной потребности предприятия в денежных средствах.

Особенность кредитной линии как формы кредитования заключается в том, что банку предоставлено право досрочного прекращения договора в одностороннем порядке, если, например, финансовое положение клиента существенно ухудшится или не будут выполнены другие условия контракта. Заемщик также в силу тех или иных причин может не использовать сумму кредита полностью или частично. Первоначально согласованная величина кредитной линии может быть скорректирована банком в случае резкого изменения конъюнктуры или в связи с юридическими ограничениями.

Кредитная линия открывается на срок до одного года, реже — до двух лет. Договор часто сопровождается условием о хранении клиентом минимального компенсационного остатка на текущем счете в банке в размере 20—30 % от суммы кредитной линии.

³⁷ Агарков М.М. Задачи законодательного регулирования договора контокоррента // Кредит и хозяйство. 1930. № 1. С. 5.

³⁸ Вормс Э.А. Юридическая природа контокоррента и его применение в советских банках // Кредит и хозяйство. 1928. № 4. С. 12.

В практике американских банков применяется несколько видов кредитных линий. Наиболее распространенными из них являются сезонная кредитная линия и возобновляемая кредитная линия. Сезонная кредитная линия предоставляется банком при периодически возникающей у фирмы нехватке оборотных средств, связанной с сезонной цикличностью производства или необходимостью образования запасов товаров на складе. Кредиты такого рода погашаются по окончании операционного цикла за счет выручки от продажи активов. Погашение долга и процентов производится единовременным платежом. Риск банка при открытии сезонной кредитной линии состоит в возможности непогашения кредита из-за внезапного падения спроса, снижения цен, неурожая и т. д. Поэтому обычно банк требует обеспечения в виде собственности заемщика. Возобновляемая кредитная линия предоставляется банком, если заемщик испытывает длительную нехватку оборотных средств для поддержания определенного объема производства.

Срок такого кредита (как и сезонных кредитных линий) обычно не превышает одного года. Погасив часть кредита, заемщик может получить новый в пределах установленного лимита и срока действия договора. Задолженность по возобновляемой линии изменяется волнообразно, так что на кредитном счете всегда имеется непогашенный остаток.

Риск для банка состоит в непогашении кредита из-за сокращения продаж или неоплаты продаж в срок контрагентом оптовика. Поэтому банк требует залога основных средств или дополнительных гарантий.

На наш взгляд, практика открытия кредитных линий, а не перечисление всей суммы на расчетный счет заемщика единовременно дает большие гарантии банку, экономит время банка на проверку работоспособности клиентов, а самим клиентам-заемщикам дает возможность экономить время на получение кредита. Вместе с тем при данном способе кредитования возникает проблема определения ухудшения состояния заемщика, при котором банк приостанавливает либо вообще прекращает кредитование. В тексте соглашения об открытии кредитной линии следует определить те показатели, при из-

менении которых финансовое состояние заемщика будет признано ухудшившимся и банк прекратит выплату кредита.

Выдача кредита может производиться путем открытия контокоррентного счета, который представляет собой единый, сочетающий черты ссудного и текущего, счет для осуществления кредитно-расчетного обслуживания.

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

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. При этом банк фактически берет на себя выполнение обязательств перед контрагентами клиента. Банк видит все расчеты клиента по основной деятельности, может оценить риск кредита, установить его лимит и в этих пределах кредитовать по мере необходимости, автоматически, без прохождения всякий раз всей процедуры получения кредита, но лишь с установлением срока лимитирования. В течение данного срока банк не имеет права понижать лимит. Обеспечивать кредит будут доходы предприятия, постоянно поступающие на контокоррентный счет в банке и оказывающиеся в распоряжении банка.

При данной форме кредитования важно определить круг сделок, которые будут включены в контокоррент. Это необязательно будут все сделки, заключаемые клиентом, поскольку помимо основных он будет иметь и побочные расходы, превышение которых над имеющимися остатками средств на расчетном счете возможно кредитоваться не будут.

В основе таких отношений между банком и клиентом лежит договор контокоррента, согласно которому, по определению данному М.М. Агарковым, «стороны взаимно заносят на единый (контокоррентный) счет свои требования друг

к другу с тем, чтобы та сторона, которая окажется должником при заключении счета, была обязана уплатить другой стороне образовавшуюся разницу»³⁷.

В дореволюционной российской правовой доктрине господствовало мнение, что суть договора контокорррента — в предоставлении взаимного кредита. Впоследствии эта точка зрения была отвергнута. Действительно, отсрочка расчетов до конца контокорррентного периода — это результат, а не существо договора. По требованиям, которые занесены на счет непосредственно перед окончанием контокорррентного периода, отсрочки нет. Договор контокорррента сам по себе не обязывает одну сторону кредитовать другую.

Как правильно заметил Э. Вормс, «сущность этого договора состоит в установлении тесной связи между отдельными обязательствами с тем, чтобы расчеты по ним проводились слитно, периодически»³⁸.

Таким образом, следует отметить, что открытие контокорррентного счета еще не означает наличие кредитных отношений между клиентом и банком.

В рамках контокорррентных отношений удобно предоставлять краткосрочный кредит, но он основан не на контокорррентном договоре, а на других сопутствующих сделках. В частности для предоставления краткосрочного кредита должен быть заключен кредитный договор.

По контокорррентному счету начисляются проценты, поступающие в пользу кредитора, причем различные по своей величине. Процент, начисляемый клиенту, ниже процента, начисляемого банку. В результате получается два числа, два сальдо. Одно сальдо образуется от разницы сумм, поступивших и ушедших со счета клиента, другое — от разницы процентных чисел, как на стороне дебита, так и на стороне кредита, в зависимости от того, кто в итоге оказывается кредитором — банк или клиент.

По завершении контокорррентного периода или при наступлении заранее оговоренной даты сверки сальдируются все произведенные по контокорррентному счету платежи и

³⁹ См.: Вестник ВАС РФ. 1994. № 3. С. 69.

поступления и исчисляется сумма фактически использованного контокоррентного кредита.

Выдача кредита населению, согласно Инструкции Сбербанка РФ, осуществляется как наличными деньгами, так и безналичным порядком путем оплаты счетов торговых, ремонтных, бытовых и других организаций. В качестве примера можно привести опыт Кировского отделения Сбербанка РФ по кредитованию населения.

Изучив рынок сбыта мебели, выпускаемой АО «Волгоградмебель», Кировское отделение пришло к выводу, что эта продукция пользуется спросом у населения, но реализация ее затруднительна из-за нехватки средств у населения.

Проанализировав данную ситуацию, Кировское отделение предложило выдачу ссуды на неотложные нужды для приобретения мебели, выпускаемой АО «Волгоградмебель» на следующих условиях: при покупке мебели в специализированном магазине клиент 50 % от ее стоимости вносит в магазин, а на 50 % оформляется кредит через отделение Сбербанка.

При этом в кредитном договоре предусмотрено условие, что деньги не выдаются клиенту на руки, а перечисляются на расчетный счет АО. Кредит оформляется на один год под действующую процентную ставку минус 10 %. Между Кировским отделением СБ РФ и АО «Волгоградмебель» заключен договор о сотрудничестве, в котором предусмотрено, что 10 % от выданной суммы кредита банку выплачивает АО. В магазине присутствует полномочный представитель Сбербанка, который участвует в переговорах с покупателями, а также принимает участие при заключении договоров купли-продажи и оформлении кредитных договоров.

По кредитам, выданным на покупку гражданами индивидуального жилья, транспортных средств и др., выдача полученного кредита может осуществляться в безналичном порядке перечислением на счет продавца по вкладу.

Тот или иной порядок выдачи кредита должен обязательно оговариваться в договоре кредитования.

⁴⁰ См.: Вестник ВАС РФ. 1994. № 3. С. 70.

Исполнение обязательств по возврату кредита

Основной обязанностью заемщика по договору кредитования является своевременный возврат кредитору полученных денежных сумм.

Заемщик обязан вернуть сумму полученного кредита и уплатить проценты за пользование им.

Порядок погашения кредита, включая уплату процентов и основного долга, должен быть отражен в условиях договора. При отсутствии такого положения в тексте договора следует применять ст. 319 ГК РФ, в которой предусматривается очередность погашения требований по денежному обязательству: «сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает, прежде всего, издержки кредитора по получению исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга».

Банковские инструкции по кредитованию юридических и физических лиц, например, учреждениями Сбербанка РФ, содержат аналогичное положение.

Погашение основного долга по кредиту юридическими лицами может осуществляться в следующих формах:

- единовременного перечисления всей суммы задолженности в установленный договором срок;
- постепенного перечисления согласованных с банком сумм в пределах срока кредитования в соответствии с утвержденным графиком платежей.

В любом случае срок платежа должен устанавливаться таким образом, чтобы денежные средства поступили в банк в

⁴¹ См.: Там же. С. 70.

сроки, предусмотренные в кредитном договоре. Статьей 316 ГК РФ установлено, что если место исполнения не определено законом, иными правовыми актами или договором, не явствует из обычаев делового оборота или существа обязательства, исполнение по денежному обязательству должно быть произведено в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства, а если кредитором является юридическое лицо — в месте его нахождения в момент возникновения обязательства.

Место же нахождения юридического лица определяется в соответствии со ст. 54 ГК РФ местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное.

Поскольку юридическое лицо обязано хранить свои денежные средства на расчетных счетах в банке, в связи с этим, по общему правилу, местом исполнения денежного обязательства является место, где находится банк, в котором открыт расчетный счет кредитора.

Значение точного определения места исполнения обязательства заключается в том, что именно с этим понятием тесно связано понятие момента исполнения обязательства, а от этого зависит оценка своевременности его исполнения.

Коммерческий банк обратился в Арбитражный суд с требованием к заемщику об уплате процентов за пользование кредитом за период с момента списания средств с расчетного счета заемщика до поступления их на расчетный счет кредитора. В возражениях ответчик указывал, что, перечислив средства со своего счета в срок, установленный для возврата кредита, он надлежащим образом исполнил свои обязательства. Суд отметил следующее, обязательство считается исполненным надлежащим образом в момент поступления средств на счет кредитора, если иное не предусмотрено договором, и кредитор вправе требовать от заемщика уплаты процентов за пользование средствами за период от их списания со счета должника до поступления на счет кредитора³⁹.

Таким образом, на наш взгляд, в интересах обеих сторон заранее оговорить в тексте договора место исполнения дого-

вора, а также кто будет нести расходы по кредиту в период движения средств со счета заемщика до счета кредитора.

В силу ст. 819 ГК РФ обязанность возвратить сумму денег, полученную по кредитному договору, лежит на заемщике — стороне кредитного договора.

Вместе с тем как показывает практика, банки нередко предъявляют требования о возврате кредита к лицам, не связанным с ним договорными отношениями. К примеру, по одному из дел, рассмотренных Арбитражным судом, было установлено, что банк, руководствуясь условиями кредитного договора, перечислил по указанию заемщика сумму кредита его контрагенту. Банк обратился с иском о взыскании задолженности к заемщику и предприятию, которому была перечислена сумма кредита. Получатель суммы в заключении кредитного договора не участвовал. Арбитражный суд пришел к выводу, что заемщик и лицо, фактически использовавшее кредит, несут солидарную ответственность за неисполнение обязательств, вытекающих из кредитного договора. С учетом того, что на счете заемщика отсутствовали денежные средства, суд удовлетворил иск за счет лица, которому была перечислена сумма.

Однако решение Арбитражного суда представляется не обоснованным. Должником в кредитных обязательствах (по договору банковского кредита) является заемщик, который и несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение кредитного договора, и если лицу, которое не является стороной по кредитному договору, были перечислены средства во исполнение данного договора, такое лицо не несет ответственности перед кредитором за возврат кредита⁴⁰.

Надлежащее исполнение должником своего обязательства подразумевает и исполнение обязательства в установленный договором срок. При этом следует отметить, что в соответствии со ст. 315 ГК РФ заемщик вправе исполнить обязательство досрочно.

При этом, если заемщиком является юридическое лицо и кредит связан с осуществлением предпринимательской деятельности, возможность его досрочного возврата зависит от наличия такого условия в самом тексте договора. Если же заемщиком выступает физическое лицо, то оно вправе досроч-

но исполнить обязательство по возврату денежных средств, если иное не предусмотрено договором.

В соответствии со ст. 819 ГК РФ кредитор предоставляет заемщику денежные средства в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязан возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты за нее. То есть расчет за предоставленный кредит производится только денежными средствами, а не услугами, товарами и т. п.

Так, арбитражным судом был признан недействительным кредитный договор в связи с тем, что расчеты производились не денежными средствами, а коттеджами, что не предусмотрено действующим законодательством⁴¹.

Тем не менее в ряде случаев заемщики не располагают необходимыми денежными средствами и предлагают банку погасить свою задолженность за счет имеющегося у них имущества. В связи с тем, что в настоящее время исполнительное производство из-за ряда причин является мало эффективным, на наш взгляд, необходимо в подобных случаях заключать дополнительное соглашение, предметом которого является передача должником определенного имущества (движимого, недвижимого) кредитору в счет погашения долга по кредитному договору, что допускается действующим законодательством при согласовании стоимости имущества и размера задолженности по договору банковского кредита.

Что касается исполнения обязательств по договору кредитования заемщиком-физическим лицом, то оно также может осуществляться различными способами: через учреждения банка, наличными деньгами, переводами через предприятия связи, перечислениями со счетов по вкладам, путем удержания из заработной платы, пенсии и т. д.

3. Ответственность за нарушение обязательств по кредитному договору

В связи с тем что действующее законодательство признает договор банковского кредитования двусторонне обязывающим, ответственность за его нарушение может быть возложена и на заемщика, и на кредитора. Заемщик отвечает, прежде всего, за нарушение сроков возврата кредита по правилам ст. 811 ГК РФ, в соответствии с которой, если иное не установлено законом или договором, в случаях когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном пунктом 1 статьи 395 ГК со дня, когда она должна была быть возвращена до дня ее возврата кредитору независимо от уплаты процентов, за пользование кредитом. Таким образом, действующее законодательство предусматривает за нарушение сроков возврата кредита уплату банковского процента сверх установленного договором процента за предоставление кредита. На практике в кредитных договорах за просрочку возврата денежных средств клиент обязан уплатить банку повышенные проценты.

Необходимо определить правовую природу повышенных процентов за пользование банковским кредитом. Л.Г. Ефимова предлагает три возможных варианта решения вопроса о природе повышенных процентов за пользование банковским кредитом.

Во-первых, их можно рассматривать как неустойку за нарушение срока возврата кредита.

Во-вторых, можно рассматривать повышенные проценты как сложный правовой институт. Можно сделать вывод, что они состоят из «обычных» процентов, которые являются вознаграждением за пользование средствами банка, и неустойки за нарушение срока возврата кредита в части, превышающей обычные проценты.

⁴² См.: Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 1998. № 2. С. 43—44.

В-третьих, можно рассматривать повышенные проценты как вознаграждение за предоставленные клиенту заемные средства, которые он обязан уплачивать после истечения срока возврата кредита. Стороны вправе в договоре определить правовую природу повышенных процентов, если же они этого не сделали, то на наш взгляд, вполне обоснованной является точка зрения Л.Г. Ефимовой, согласно которой повышенные проценты следует рассматривать как правовое образование, имеющее сложный характер, то есть состоящие из обычных процентов и неустойки. Этот вывод основан на правовой природе кредитного договора, по которому в отличие от обычного договора займа, разновидностью которого он является, денежные средства предоставляются банком именно с целью получения вознаграждения за их использование заемщиком.

В случае невозврата в срок кредита заемщик продолжает пользоваться средствами, что свидетельствует о фактическом продолжении кредитования. За это клиент должен платить вознаграждение. Кроме того, он нарушил обязательство возвратить в срок полученные денежные средства, за это он должен уплатить банку неустойку.

Однако практика идет по другому пути и признает повышенные проценты неустойкой за нарушение сроков возврата кредита.

Коммерческий банк «Донинвест» обратился в Арбитражный суд Ростовской области с иском к открытому акционерному обществу «Азовская судоверфь» о взыскании 2006472914 рублей (с учетом увеличения суммы иска), в том числе 300 000 000 руб. задолженности по кредиту, 86 250 000 руб. процентов за пользование кредитом в установленный договором срок, 1 620 222 914 руб. повышенных процентов, начисленных за пользование кредитом сверх установленного срока и на не уплаченные в срок обычные проценты. Решением от 19.01.96 иск удовлетворен полностью. Постановлением апелляционной инстанции от 11.04.96 решение оставлено без изменений, поскольку повышенные проценты не являются неустойкой и взыскание их с основной задолженности и с

процентов за пользование ссудой при нарушении сроков возврата предусмотрено договором и не противоречит статье 395 ГК РФ.

Заместителем председателя Высшего арбитражного суда Российской Федерации был принесен протест, в котором было предложено названные судебные акты изменить, определив природу повышенных процентов как неустойку и снизив ее до 100 000 000 руб. Президиумом Высшего арбитражного суда РФ протест был удовлетворен по следующим основаниям.

По кредитному договору от 04.08.95 № 4/8 КБ «Донинвест» предоставил акционерному обществу 300 000 000 руб. на срок до 03.11.95 с уплатой за пользование кредитом 115 процентов годовых.

Пунктом 6.1 договора предусмотрена оплата банку повышенной ставки в размере 5 процентов от суммы непогашенной задолженности за каждый день просрочки при нарушении сроков погашения ссуды и начисленных процентов.

Согласно 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.

Таким образом, при нарушении срока возврата кредита кредитор вправе требовать с заемщика уплаты неустойки (штрафа, пени).

Исходя из смысла п. 6.1 кредитного договора повышенные проценты следует рассматривать как неустойку, которая может быть начислена только на сумму собственно кредита без учета процентов за пользование им.

Ст. 333 ГК РФ установлено право суда уменьшить неустойку при явной ее несоразмерности последствиям нарушения обязательства.

Взысканные судом 1 620 222 914 руб. повышенных процентов в размере 5 процентов от суммы непогашенной задолженности за каждый день просрочки следует рассматривать как неустойку, которая явна несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

Учитывая указанное обстоятельство, размер неустойки, начисленной за пользование кредитом сверх установленно-го срока, был снижен судом до 100 000 000 руб.

В части взыскания 300 000 000 руб. кредита, 86 250 000 руб. процентов за пользование им в установленный догово-ром срок судебные акты были оставлены без изменения⁴².

Следует отметить, что на практике, помимо договоров, предусматривающих ответственность в виде уплаты повы-шенных процентов, встречаются и договоры, в которых за-емщик при невозврате кредита в срок продолжает платить проценты за пользование кредитом в обычном порядке, а за нарушение обязательств платит кредитору пени за просроч-ку платежа.

Особое положение банков налагает свою специфику на условия оплаты просроченных кредитов, полученных сами-ми банками. Здесь банки более единодушны, и, как правило, оплата просроченных им кредитов всегда сопровождается резким повышением ставок оплаты. В итоге просроченная задолженность начинает расти по ставкам двойной оплаты с вынесением просроченных процентов на тот же счет просро-ченных ссуд с последующим начислением процентов на про-центы (клиенты, обслуживаемые в другом банке, в этом от-ношении оказываются в привилегированном положении). Действующие правила банковского учета определяют выне-сение просроченных банками процентов на счета прочих де-биторов, где не предполагается обязательного начисления процентов на проценты. Обрекая имеющуюся задолженность на безнадежный характер, банки, в конечном итоге, вынуж-дены погашать ее за счет своих резервов. Таким образом, про-должая начислять проценты по счету просроченных креди-тов, банки фактически увеличивают сумму будущего плате-жа за счет собственных фондов.

По международно-признанным стандартам банковско-го кредитования по просроченной свыше определенных сро-ков задолженности начисление процентов прекращается. В о-

⁴³ См.: Бюллетень Верховного суда РФ. 1992. № 12. С. 2.

течественной практике до настоящего времени данная проблема не решена и положение о порядке начисления процентов исключает возможность прекращения начислений по просроченным кредитам. Тем не менее банки не оставляют попыток найти собственные способы решения этой проблемы. Одним из вариантов такого решения является прекращение начисления процентов по просроченной задолженности путем ее оформления претензиями с последующим вынесением признанной претензии на счет дебиторов, где, как уже отмечалось, не предполагается начисление процентов на имеющуюся задолженность. В качестве другого способа решения проблемы используется включение в договоры кредитования санкций за просрочку платежа в форме штрафов и пени. Заменив оплату просрочки по повышенным ставкам разовыми штрафами, банк получает возможность выносить взимаемую плату за просроченный кредит на счета дебиторов и избегать, таким образом, начисление процентов на проценты.

Привлечение сторон к ответственности в определенной мере зависит от степени виновности сторон в несвоевременном исполнении условий возврата средств. Виновным может быть не только заемщик, но и кредитор. В этом случае в соответствии со ст. 406 ГК РФ по денежному обязательству должник не обязан платить проценты, а также имеет право на возмещение причиненных просрочкой кредитора убытков.

Наличие вины заемщика в неисполнении обязательств возврата денежных средств, в соответствии с ГК РФ, является условием ответственности только в случае, если заемщиком является физическое лицо и кредит выдан на цели, не связанные с предпринимательской деятельностью. Если же кредит предоставлен предпринимателю или юридическому лицу на цели предпринимательской деятельности, то повышенные

¹ См.: Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III: Права обязательственные. СПб., 1901. С. 241.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 293.

проценты должны взыскиваться вне зависимости от вины заемщика в несвоевременном возврате кредита. Банки также несут ответственность перед своими клиентами независимо от своей вины.

Кроме повышенных процентов или пени за несвоевременный возврат кредита, кредитные договоры очень часто предусматривают ряд санкций иного характера. Так, например, в договорах предусматривается возможность банка при ухудшении финансово-хозяйственного состояния заемщика или при внезапно обнаружившемся отсутствии обеспечения кредита и т.п. досрочно в одностороннем порядке расторгнуть договор. Практически такое расторжение выглядит как досрочное взыскание уже выданного кредита и прекращение выдачи кредита, даже если это было обусловлено договором. Кроме того, особая ответственность в договоре может быть предусмотрена за нецелевое использование полученных средств либо за снижение (утрату) ценности обеспечения кредита.

Так, например, по договору от 13 июля 1988 г. Агонин получил в отделении Сбербанка РСФСР денежную ссуду в размере 2000 руб. на строительство надворных построек.

Решением Прионежского районного народного суда Карельской АССР от 29 июля 1989 г. был удовлетворен иск Прионежского отделения Сбербанка РСФСР о взыскании с Аганина в связи с нецелевым использованием ссуды 2 210 руб.

19 апреля 1991 г. отделение Сбербанка обратилось в суд с иском к Аганину о взыскании процентов по полученной ссуде в размере 274 р. 92 к., которые были начислены со дня подачи первого искового заявления до последующего обращения в суд (с 25 мая 1989 г. по 19 апреля 1991 г.).

Решением Прионежского районного народного суда от 04 июня 1991 г. иск удовлетворен.

³⁻⁴ См: Анненков К. Указ. соч. С. 241.

⁵ См.: Там же.

⁶ См.: Герцберг В.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право. Книга V Гражданского Уложения. СПб., 1914. С. 10—11.

Дело в кассационном порядке не рассматривалось.

Постановлением Президиума Верховного суда Карельской АССР от 2 октября 1991 г. решение Народного суда от 4 июня 1991 г. отменено и вынесено новое решение об отказе в иске.

Заместитель Председателя Верховного суда РФ в протесте поставил вопрос об отмене этого постановления президиума и оставлении в силе решения народного суда от 4 июня 1991 г.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 2 июля 1992 г. протест удовлетворила по следующим основаниям.

Отменяя решение суда первой инстанции, президиум Верховного суда Карельской АССР исходил из того, что законом не предусмотрены какие-либо выплаты в пользу взыскателя в связи с задержкой исполнения решения суда о взыскании полученных должником по договору сумм.

Однако в данном случае требование отделения Сбербанка РСФСР не было направлено на взыскание с ответчика денежной суммы за задержку исполнения решения суда.

Заявленный иск касался исполнения ответчиком обязанностей, вытекающих из договорных отношений по использованию полученной им ссуды. Условиями заключенного между сторонами договора предусмотрена обязанность заемщика уплачивать проценты из расчета 12 % годовых при каждой оплате до полного погашения ссуды. Указанная обязанность сохраняется независимо от того, погашается ли им ссуда в обусловленные договором сроки либо досрочно по решению суда из-за использования ссуды не по назначению⁴³.

К имущественной ответственности за неисполнение своих обязанностей может быть привлечен и кредитор. В частности, в договоре может быть предусмотрена ответственность кредитора за немотивированный отказ от предоставления

⁴³ См.: Гражданское Уложение. Проект Высочайше Учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Т. II / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 207.

кредита, предоставление его в меньшей сумме или с нарушением сроков. Вместе с тем необходимо отметить, что анализ кредитных договоров Сбербанка РФ и ФКБ «Империял» позволяет сделать вывод о том, что на сегодняшний день такая ответственность в форме неустойки, пени, штрафа в договорах указанных банков не содержится. На наш взгляд, это не случайно и обусловлено тем, что реально принудить банк к выдаче кредита не возможно.

Ответственность и заемщика, и банка является полной, т. е. виновная в нарушении обязательств сторона обязана возместить своему контрагенту убытки в полном объеме, включая неполученные доходы, если кредитный договор не содержит условия, предусматривающие ограниченный характер ответственности обеих или одной стороны.

Глава 6

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КРЕДИТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

1. Неустойка

Неустойка (штраф, пени) — определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков (п. 1 ст. 330).

В юридической литературе дореволюционного периода велись дискуссии по поводу понятия неустойки. Ряд цивилистов (Пестржецкий, Буцковский, Мандро, Кавелин, Гольмстен, Боровиковский¹) определяли неустойку как штраф или пеню в размере известной денежной суммы, которую одна сторона обязана уплатить другой в случае ее неисправности в исполнении обязательства. Шершеневич следующим образом определял неустойку: «Под неустойкой, как средством обеспечения, понимается присоединенное к главному обязательству дополнительное условие о платеже должником известной суммы на случай неисправности в исполнении»².

В то же время другие правоведы, и в частности Мейер, хотя также определяли неустойку как пеню, налагаемую на контрагента в случае неисправности его в исполнении обязательства, которая состоит обыкновенно в платеже известной суммы денег, но считали, что неустойка может заключаться также в передаче должником кредитору определенного имущества либо в совершении для последнего какого-либо дей-

ствия^{3–4}. Любопытно, что близким к подобному определению был и подход российских правоприменительных органов, в том числе Сената, который понимал неустойку в качестве условия об ответственности, заключающегося в доставлении одной стороной другой имущественного удовлетворения, то есть не одной только денежной суммы, но и другого имущества или действия, имеющих известную ценность⁵.

В проекте Гражданского Уложения Российской Империи, внесенного в 1913 г. на рассмотрение Государственной Думы, неустойка определялась как «денежная сумма, которую одна из договаривающихся сторон обязывается уплатить другой в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения принятого на себя обязательства» (ст. 1601). Однако в другой статье (ст. 1608) указывается, что правила соответствующих статей (включая ст. 1601) имеют применение и в том случае, когда задаток, отступное или неустойка условлены по договору не в денежной сумме⁶. В материалах Редакционной Комиссии, подготовившей проект Гражданского Уложения, по этому поводу сказано, что хотя в основных нормах (ст. 1601 — 1607) о предмете задатка, отступного и неустойки говорится только о деньгах в целях удобства изложения, а также потому, что в большинстве случаев они действительно состоят в деньгах; но так как задаток, отступное и неустойка могут заключаться во всякого рода вещах и действиях, причем отношения, возникающие из соглашений этого рода, ничем по существу не отличаются от отношений денежного характера, то и признается необходимость распространить на них соответствующие правила⁷. Таким образом, в тот период и законодательством и доктриной неустойки, наряду с подлежащей уплате должником, нарушившим обязательство, кредитором определенной денежной суммы, признавалась также обязанность передать определенное имущество или совершить определенное действие.

В настоящее время законодатель четко определил неустойку как денежную сумму.

Привлекательность неустойки, ее широкое применение в целях обеспечения договорных обязательств объясняются

прежде всего тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсации потерь кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. В этом смысле неустойке присущи следующие черты: предопределенность размера ответственности за нарушение обязательства, о котором стороны знают уже на момент заключения договора; возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, когда отсутствует необходимость представления доказательств, подтверждающих причинение убытков и их размер; возможность для сторон по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке (за исключением законной неустойки), в том числе в части ее размера, соотношения с убытками, порядка исчисления, тем самым приспособлявая ее к конкретным взаимоотношениям сторон и усиливая целенаправленное воздействие.

Порядок исчисления денежной суммы, составляющей неустойку, может быть различным: в виде процентов от суммы договора или его неисполненной части; в кратном отношении к сумме неисполненного или ненадлежаще исполненного обязательства; в твердой сумме, выраженной в денежных единицах.

В законодательстве традиционно (и ГК не составляет исключения) в качестве иных названий неустойки применяются термины *штраф* и *пени*. Если в отношении штрафов трудно выделить какие-либо особенные черты, то специфические признаки неустойки в виде пени очевидны. Они заключаются в том, что пеня устанавливается на случай просрочки исполнения обязательства, то есть она призвана обеспечить лишь своевременное представление исполнения обязательства; пеня, как правило, определяется в процентах по отношению к сумме обязательства, не исполненного в установленный срок; пеня представляет собой неустойку за длящееся нарушение обязательства, которая взыскивается за каждый последующий период (например, за каждый день) просрочки неисполненного в срок обязательства.

Неустойка, как и другие гражданско-правовые средства обеспечения обязательств, является дополнительным средством к основному обязательству.

В законодательстве и судебной практике по основаниям возникновения такого дополнительного обязательства неустойку подразделяют на договорную и законную. *Договорная неустойка* устанавливается по соглашению сторон договора. Ее размер, порядок исчисления, условия применения и т. п. определяются исключительно по их усмотрению. ГК лишь устанавливает требования к форме такого соглашения сторон о неустойке (ст. 331 ГК). Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства, которое может возникнуть и из устной сделки. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке.

Законная неустойка устанавливается нормативно, то есть законом или иным нормативным правовым актом.

Законная неустойка подлежит применению независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон (ст. 332 ГК). С возникновением главного обязательства в силу закона начинает действовать дополнительное (неустоечное) обязательство. Нормы права, устанавливающие законную неустойку, содержат указания, в каких обязательствах, при нарушении какой обязанности и в каком размере должник обязан уплатить кредитору денежную сумму, составляющую предмет неустоечного обязательства. Размер и условия взыскания законных неустоек устанавливаются специальным законодательством. Действующий Гражданский кодекс определил, что законные неустойки могут устанавливаться лишь федеральными законами (ст. 332). Однако принятые до введения в действие части первой ГК указы Президента Российской Федерации и постановления Правительства, установившие неустойку за различные нарушения договорных обязательств, согласно ст. 4 Федерального закона «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Феде-

⁸⁻⁹ См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 9.

рации» сохраняют силу до принятия соответствующих федеральных законов.

Судьба и сфера применения законной неустойки во многом зависят от того, в какой правовой норме она содержится. Если неустойка предусмотрена императивной нормой, она подлежит безусловному применению. В случаях, когда положение о неустойке содержится в диспозитивной норме, она применяется лишь постольку, поскольку стороны своим соглашением не предусмотрели иной размер неустойки.

Примером законной неустойки, содержащейся в диспозитивной норме, может служить активно применявшаяся до введения в действие второй части ГК (до 1 марта 1996 г.) неустойка, предусмотренная абзацем первым пункта 8 Постановления Президиума Верховного Совета Российской Федерации и Правительства Российской Федерации от 25 мая 1992 г. № 2837-1 «О неотложных мерах по улучшению расчетов в народном хозяйстве и повышению ответственности предприятий за их финансовое состояние». Указанная неустойка в виде пени в размере 0,5 процента в день от просроченного платежа за поставленные товары применялась в тех случаях, когда в заключенном сторонами договоре поставки или купли-продажи продукции (товаров) для предпринимательской деятельности не содержался иной конкретный размер ответственности за такое нарушение.

В Законе «О Государственном материальном резерве» предусмотрено 12 видов неустойки, взыскиваемой за нарушения обязательств поставщиками, ответственными хранителями, получателями и подрядчиками.

Законная неустойка в необходимых случаях, по мере инфляции, увеличивается в размере.

Одновременно вносятся и некоторые другие изменения в ранее принятые, но сохраняющие свою силу акты в случаях, когда предусмотренная в них законная неустойка связана с нарушением обязательств, не имеющих отношения к коммерческим интересам сторон.

В отношении законной неустойки в ГК предусмотрено правило, согласно которому ее размер может быть изменен

соглашением сторон лишь в сторону увеличения, если это не запрещено законом (п. 2 ст. 332).

Правом уменьшения размера неустойки наделен только суд, который может воспользоваться этим правом в тех случаях, когда подлежащая уплате неустойка несоразмерна последствиям нарушения обязательства (ст. 333 ГК). Данное положение корреспондирует нормам, имеющимся в процессуальном законодательстве. Например, при принятии решения по спору арбитражный суд вправе уменьшить в исключительных случаях размер неустойки (штрафа, пени), подлежащей взысканию по иску организации или гражданина-предпринимателя со стороны, нарушившей обязательство.

В современном российском гражданском праве отсутствуют какие-либо законодательные ограничения размера договорной неустойки. Этим объясняется чрезвычайно широкое применение в судебной практике положений ст. 333 ГК, предоставляющих право суду *уменьшить размер* взыскиваемой неустойки с учетом ее соразмерности последствиям допущенного нарушения обязательства. Более того, анализ материалов дел, разрешенных в порядке надзора Президиумом Высшего арбитражного суда Российской Федерации, свидетельствует, что установленное ст. 333 ГК право суда трактуется ныне как обязанность судов, рассматривающих споры о взыскании неустоек, размер которых превышает некие средние величины. Такую позицию можно объяснить стремлением обеспечить принятие арбитражными судами не только законных, но и справедливых решений. Однако нельзя не заметить, что подобная практика не отвечает требованиям диспозитивности (с точки зрения материального права) и противоречит принципам состязательности сторон (с точки зрения процессуального законодательства).

Более предпочтительным и, добавим, полностью соответствующим законодательству было бы оценивать требования кредитора о взыскании неустойки в части, превышающей возможные убытки в связи с допущенным должником нарушением договорного обязательства, как злоупотребление

правом, что и служило бы законным основанием к отклонению исковых требований в соответствующей части.

Арбитражный суд при наличии оснований для применения ст. 333 ГК РФ уменьшает размер неустойки независимо от того, заявлялось ли такое ходатайство ответчиком.

Основанием для применения ст. 333 ГК РФ может служить только явная несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств. Доказательства, подтверждающие явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств, представляет лицо, ходатайствующее об уменьшении неустойки. В том случае, когда ст. 333 ГК РФ применяется по инициативе суда, решение вопроса о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства производится на основании имеющихся в деле материалов.

При решении вопроса об уменьшении неустойки в соответствии со ст. 333 арбитражным судом учитываются проценты, уплаченные или подлежащие уплате истцу в соответствии с действующим законодательством. Например, коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью о взыскании с последнего 120 млн руб., предоставленных обществу по кредитному договору, 100 млн руб. процентов, начисленных на указанную сумму, а также 120 млн руб. неустойки за нарушение сроков возврата кредита. Арбитражный суд требования истца о взыскании суммы основного долга и процентов за предоставленный кредит удовлетворил. Размер заявленной неустойки уменьшил на 30 процентов, сославшись на то, что последствия нарушения обязательств по кредитному договору в значительной степени уменьшены за счет взыскания с ответчика процентов за предоставленный кредит. В кассационной жалобе коммерческий банк просил отменить решение суда первой инстанции, так как, по его мнению, взыскание процентов за

¹⁰ См.: СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

¹¹ См.: Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1992. № 23.

¹² Свириденко О. Правовое регулирование залога и его реализация в банковском кредитовании // Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 76.

предоставленный кредит не может служить основанием для уменьшения размера неустойки.

Кассационная инстанция оставила решение суда первой инстанции без изменения, а жалобу без удовлетворения по следующим мотивам.

Ст. 333 ГК РФ применяется судом в том случае, когда неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

К последствиям нарушения обязательства могут быть отнесены неполученные истцом имущество и денежные средства, понесенные убытки (в том числе упущенная выгода), другие имущественные или неимущественные права, на которые истец вправе рассчитывать в соответствии с законодательством и договором.

Неустойкой (пени, штрафом) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств (ст. 330 ГК РФ). Она является одним из способов обеспечения исполнения обязательств, средством возмещения потерь кредитора, вызванных нарушением должником своих обязательств.

Проценты, взыскиваемые кредитором за предоставленную заемщиком денежную сумму, компенсируют, в определенной части, последствия, вызванные нарушением ответчиком своих обязательств, поэтому суд учитывает их при решении вопроса об уменьшении неустойки в соответствии со ст. 333 ГК РФ^{8–9}.

Нарушившая обязательства сторона, как правило, должна возместить другой стороне причиненные этим убытки. Если же исполнение обязательства обеспечено неустойкой, то неисправный должник обязан уплатить кредитору неустойку.

В зависимости от соотношения с убытками, причиненными неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, неустойка подразделяется на четыре вида — зачетную, штрафную, исключительную и альтернативную.

Зачетная неустойка характеризуется тем, что убытки, возникающие вследствие нарушения обязательства, обеспеченного такой неустойкой, взыскиваются лишь в части, непокрытой неустойкой. Зачетная неустойка применяется во всех случаях, если законом или договором не установлен другой вид неустойки.

Штрафная неустойка применяется в случаях, прямо указанных в законе или договоре. В этом случае с должника взыскивается неустойка и убытки в полном размере, без зачета неустойки. Такая неустойка усиливает ответственность должника за неисполнение обязательства.

При исключительной неустойке кредитор лишается возможности взыскивать убытки: ответственность должника ограничивается взысканием только неустойки. Применяется этот вид неустойки лишь в случаях, прямо предусмотренных законом или договором.

Альтернативная неустойка дает право кредитору по своему выбору взыскать с должника либо неустойку, либо убытки, причиненные ненадлежащим исполнением обязательства. Действующее законодательство ее не устанавливает, но в договоре стороны могут ее указать.

Неустойка как способ обеспечения исполнения обязательств в настоящее время достаточно урегулирована действующим законодательством и очень часто применяется на практике. Порядок применения данного способа обеспечения исполнения обязательств обычно не вызывает споров у сторон.

2. Залог

Суть залога заключается в том, что залогодержатель в случае неисполнения должником своих обязательств получает возможность удовлетворить свои требования за счет заложенного имущества, обратив на него взыскание, преимущественно перед другими кредиторами (п. 1 ст. 334 ГК РФ). Но не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства со стороны должника предоставляет залогодержателю

такое право. Для этого требуется, чтобы обязательство было нарушено должником по обстоятельствам, за которые последний несет ответственность.

Залог, являясь одним из способов обеспечения исполнения обязательства, выступает в роли акцессорного (дополнительного к основному) обязательства. Однако залогу присущи отдельные элементы не обязательственного, а вещно-правового характера. Можно выделить следующие черты, позволяющие рассматривать залог в качестве вещно-правового способа обеспечения исполнения обязательств:

- во-первых, объектом залоговых сделок, как и объектом вещных прав, является имущество;

- во-вторых, для залога характерно свойство вещных прав — право следования: залог сохраняет силу на все время действия основного обязательства, даже если изменился субъект права собственности (либо иного вещного права) на предмет залога, то есть право следует за вещью;

- в-третьих, залогодержатель, равно как и собственник, вправе прибегнуть к вещно-правовым способам защиты своего права (при нарушении правомочий владения и пользования — виндикация, при нарушении права пользования — негаторный иск).

В зависимости от предмета залога можно выделить следующие его виды:

- залог недвижимого имущества;
- залог движимого имущества;
- залог прав.

Каждый из этих видов залога на сегодняшний день регулируется различными правовыми актами. К залогу недвижимого имущества применяются нормы ФЗ РФ «Об ипотеке», принятого Государственной думой 24 июня 1997 года¹⁰. Нормы ГК РФ и Закона РФ «О залоге»¹¹ к данным правоотношениям применяются в части, не противоречащей ФЗ «Об ипотеке». Для остальных видов залога базовым правовым документом является ГК РФ, однако «несмотря на бесспорные преимущества ГК РФ в регулировании вопросов, связанных с залогом, институт залога прав не получил должного подробно-

го освещения, в результате чего базовым правовым источником в этом смысле остается раздел V Закона «О залоге»¹².

Российское законодательство предусматривает два основания возникновения права залога — закон и договор (ст. 334 ГК РФ и ст. 1 Закона РФ «Об ипотеке»). Причем залог возникает на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге (п. 3 ст. 334 ГК РФ).

Возникновение права залога закон связывает с моментом заключения договора о залоге, а в отношении залога имущества, которое подлежит передаче залогодержателю, — с момента передачи этого имущества (реальная сделка), если иное не предусмотрено договором о залоге (ст. 341 ГК РФ).

Для возникновения залогового правоотношения по поводу недвижимости одного только заключения договора о залоге недостаточно. Закон РФ «Об ипотеке» в качестве основания возникновения залогового правоотношения по поводу недвижимости предусматривает наличие юридического состава, то есть связанной системы юридических фактов. Такую систему составляют заключение договора в письменной форме, нотариальное удостоверение договора и государственная регистрация залога. Договор залога недвижимости считается заключенным с момента его государственной регистрации. Конкретное содержание юридического состава зависит от предмета залога и от формы основного договора, в обеспечение которого устанавливается залог.

Участники (субъекты) залоговых правоотношений, их права и обязанности

Сторонами залогового правоотношения являются:

- залогодатель — лицо, которое передает свое имущество в залог;

¹² Шершеневич Г. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 243.

- залогодержатель — лицо, принимающее в залог имущество залогодателя с целью обеспечения исполнения обязательства.

Залогодателем, согласно закону (п. 1 ст. 335 ГК РФ), может быть как сам должник по основному обязательству, так и третье лицо. Характер отношений третьего лица, обременившего свое имущество залогом в обеспечение исполнения основного обязательства, и должника основного обязательства абсолютно не влияет на права кредитора основного обязательства в отношении заложенного третьим лицом имущества.

Требования, которые закон предъявляет к залогодателю, могут быть подразделены на общие и специальные. Общие — для того, чтобы быть залогодателем в частности и субъектом гражданского правоотношения вообще, гражданин и организация должны быть право- и дееспособными (правосубъектными). Для физического лица (гражданина) гражданская дееспособность возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия, то есть по достижении 18-летнего возраста (п. 1 ст. 21 ГК РФ). Однако иногда гражданская дееспособность может наступить для гражданина и раньше, чем он достигнет 18-летнего возраста:

- орган опеки и попечительства либо суд может объявить гражданина, достигшего 16 лет, полностью дееспособным (эмансипация), если такой гражданин работает по трудовому договору (по контракту) или с согласия родителей, усыновителей или попечителя занимается предпринимательской деятельностью (п. 1 ст. 21 ГК РФ);

- гражданин, не достигший 18 лет, становится полностью дееспособным, если он в установленном законом порядке вступает в брак до достижения им 18 лет (п. 2 ст. 21 ГК РФ).

Следовательно, эмансипированные, вступившие в законный брак несовершеннолетние граждане, а также граждане, достигшие 18 лет, могут свободно вступать в залоговые правоотношения, то есть закладывать свое имущество (быть залогодателями).

¹⁴ См.: Новицкий И. Б. Римское право. М., 1993. С. 112.

Несовершеннолетний гражданин в возрасте от 14 до 18 лет может быть надлежащим залогодателем при условии, что он закладывает свое имущество с согласия родителей, усыновителей или попечителя (п. 1 ст. 175 ГК РФ). Без согласия со стороны родителей, усыновителей или попечителя данной категорией граждан могут быть совершены сделки, обременяющие залогом их заработок, стипендию, иной доход, вклад в кредитном учреждении, — такая залоговая сделка признается действительной (п. 2 ст. 26 ГК РФ).

Организация может быть залогодателем в том случае, если она является юридическим лицом. Юридическое лицо становится правоспособным с момента его создания и до момента завершения его ликвидации. Момент создания юридического лица — это момент его государственной регистрации (п. 2 ст. 51 ГК РФ). Момент завершения ликвидации юридического лица — это момент внесения об этом записи в единый государственный реестр юридических лиц (п. 8 ст. 63 ГК РФ).

Требования, предъявляемые к залогодателю и касающиеся характера его прав на объект гражданских прав, обременяемый залогом (специальные требования), сформулированы в п. 2 ст. 335 ГК РФ: «Залогодателем вещи может быть ее собственник либо лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения». Данное требование закона, предъявляемое к залогодателю, есть логичное следствие того положения, что залог (обременение залогом) — это способ распоряжения имуществом. Применительно к залому закон особо подчеркивает, что не каждый субъект вещных прав может быть залогодателем, а лишь субъект права собственности и субъект права хозяйственного ведения. Эта аксиома залогового права очень важна для практического применения.

Поскольку залогодателем может быть только собственник или субъект иного вещного права, то при передаче иму-

¹⁵ Гуляев А. Русское гражданское право. Киев, 1907. С. 175.

¹⁶ См.: Свириденко О. Правовое регулирование залога и его реализация в банковском кредитовании // Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 75.

щества в залог несобственником залоговая сделка должна быть признана недействительной. С целью избежать такого неприятного последствия, залогодержателю следует удостовериться в наличии у залогодателя права собственности на передаваемое в залог имущество.

Залогодателем, как указано выше, может быть субъект права хозяйственного ведения. В соответствии со ст. 294 ГК РФ имущество может принадлежать на праве хозяйственного ведения только государственным и муниципальным унитарным предприятиям. Содержание права хозяйственного ведения раскрывается через правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом. Однако данные правомочия используются субъектом права хозяйственного ведения не по своему усмотрению (как субъектом права собственности), а в пределах, определяемых в соответствии с ГК РФ (ст. 294). Пределы владения, пользования, распоряжения четко определены для субъекта хозяйственного ведения: «предприятие не вправе продавать принадлежащее ему на праве хозяйственного ведения недвижимое имущество, сдавать его в аренду, отдавать в залог, вносить в качестве вклада в уставной (складочный) капитал хозяйственных обществ и товариществ или иным способом распоряжаться этим имуществом без согласия собственника» (п. 2 ст. 295 ГК РФ). Всем остальным (то есть движимым) имуществом, принадлежащим предприятию на праве хозяйственного ведения, оно распоряжается самостоятельно, за исключением случаев, установленных законом или иными правовыми актами (п. 2 ст. 295 ГК РФ). Данные особенности по распоряжению имуществом, принадлежащем залогодателю на праве хозяйственного ведения, должны учитываться залогодержателем при заключении договора залога.

Залогодержатель — это всегда кредитор основного обязательства. Данное правило вытекает из самого смысла залога как способа обеспечения исполнения обязательства. Надлежащее исполнение обязательства имеет, прежде всего, значение для кредитора (управомоченного субъекта) этого основного обязательства и ни для кого больше. Кроме того, на совпадение кредиторов основного и акцессорного обязательств

в одном лице указывает и норма ч. 2 ст. 355 ГК РФ, в соответствии с которой «уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом». Залогодержатель — лицо, которое приняло в залог имущество залогодателя в целях обеспечения основного обязательства. Таким образом, залогодержателя можно определить, как «лицо, принимающее чужую вещь в залог своего права требования»¹³.

Содержание договора о залоге составляет обязанность залогодателя передать, а залогодержателя принять какую-либо вещь, имущество, имущественное право (пользования или требования, заключенное в ценной бумаге) в обеспечение исполнения должником принятых на себя обязанностей по основному обязательству. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником основного обязательства, у залогодержателя-кредитора возникает право получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами.

Данные основные права залогодержателя и обязанности залогодателя составляют сущность залога, его гражданско-правовую природу. Если же стороны какого-либо обязательства (займа, ссуды и т.д.) предусмотрят в договоре между собой иную конструкцию обеспечения исполнения основного обязательства, нормы залога к такому средству обеспечения исполнения обязательства применены быть не могут. В настоящее время кредитными учреждениями практикуется так называемый «фактический залог», который залогом по своей правовой сути не является: одновременно с заключением кредитного договора заключают с заемщиком сделку купли-продажи его жилья (квартиры). Формальным его владельцем становится либо кредитор (например, банк), либо кто-нибудь из его сотрудников. После этого с заемщиком заключается договор жилищного найма, и он продолжает жить в своей квартире до истечения срока кредитного договора. Если кредит возвращается вовремя, договор купли-продажи расторгается и заемщик получает свое жилье обратно, если нет — креди-

тор может распорядиться квартирой по собственному усмотрению, например, продать ее. В данном случае фактический залог, условия которого следуют из двух заключаемых договоров, помогает банку обеспечить возврат выданного кредита в срок и избежать в случае нарушения обязательства заемщиком судебных процедур и судебных издержек.

Нельзя не отметить, что конструкция «фактического залога» в современном российском праве сходна с залогообразным институтом римского права — фидуцией¹⁴. Там должник также передавал закладываемую вещь кредитору в его полную собственность (посредством манципации), чтобы по уплате долга вещь была реманципирована. Если долг не будет уплачен, кредитор делается окончательным собственником вещи. Если долг будет уплачен, но кредитор вещи вернуть не пожелает, то должник каких-либо средств исковой защиты в данной ситуации не имеет. Сходство фидуции и «фактического залога» и в бесправном положении должника, и в причинах, в силу которых возник данный правовой институт.

Причины кроются в нестабильности современной экономической системы России, несовершенстве правовой базы, неразвитости системы регистрации прав на недвижимость и сделок с ней, неуклюжести современной российской судебной системы и института исполнения судебных решений. Видимо, наше государство, строящее «рыночную экономику», не станет исключением из правила, которое сформулировал российский цивилист прошлого века А.М. Гуляев: «Залоговому праву везде пришлось пережить те стадии, через которые прошло римское залоговое право: прежде чем вылиться в форму ипотеки, залоговое право прошло через формы *fiducia* и *pignus*»¹⁵. И хотя законодательно закрепленный залог имеет совершенно иную конструкцию, чем «фактический», более широкое использование последнего на практике красноречиво свидетельствует о реальном состоянии экономики и правовой базы страны.

Нормы Закона РФ «Об ипотеке» несколько изменили описанную выше ситуацию, предусмотрев для залогодателя и залогодержателя возможность договориться о приобрете-

нии заложенного имущества залогодержателем для себя или для третьих лиц с зачетом в счет покупной цены требований залогодержателя к должнику, обеспеченных ипотекой (ч. 2 п. 3 ст. 55 Закона). Однако эта норма неприменима к ипотеке земельного участка.

Такой переход права собственности от залогодателя к залогодержателю кардинально отличается от описанной выше схемы, в силу которой имело место скорее отступное, предусмотренное ст. 409 ГК, а не реализация прав залогодержателя¹⁶.

Залогодержатель при возникновении оснований обращения взыскания на предмет залога вправе получить удовлетворение из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества (предмета залога), независимо от того, в чью пользу (залогодателя или залогодержателя) оно было застраховано. Исключение из этого правила наступает при ситуации, когда утрата или повреждение заложенного имущества произошли по причинам, за которые залогодатель несет ответственность (п. 1 ст. 334 ГК РФ). Из этого правила следует обязанность сторон залоговой сделки страховать за счет залогодателя заложенное имущество в полной его стоимости от рисков утраты и повреждения (п. 1 ст. 343 ГК РФ).

Данная обязанность возлагается на ту сторону залоговой сделки, у которой находится предмет залога. Таким образом, при закладе страхователем выступает залогодержатель, при собственно залоге страхователем будет залогодатель. Если полная стоимость заложенного имущества превышает размер обеспеченного залогом требования, страхование имущества производится на сумму не ниже размера, обеспечиваемого залогом требования. Независимо от того, кто является страхователем заложенного имущества, плательщиком страховых премий всегда должен быть залогодатель. В соответствии со ст. 343 ГК РФ стороны вправе своим соглашением вообще отказать от страхования заложенного имущества. Если в договоре между сторонами отсутствует условие о страховании заложенного имущества, данная обязанность считается воз-

никшей для той стороны залоговой сделки, которой передан и у которой находится во владении предмет залога.

На сторону залоговой сделки, владеющую предметом залога, закон возлагает и такие обязанности, как:

- обязанность принятия мер, необходимых для обеспечения сохранности заложенного имущества, в том числе для защиты его от посягательств и требований со стороны третьих лиц (п. 1 ст. 343 ГК РФ);

- обязанность немедленного уведомления другой стороны о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества (п. 1 ст. 343 ГК РФ).

Нормы Кодекса, предусматривающие данные обязанности, могут быть изменены соглашением сторон.

Правовые последствия гибели (утраты) или повреждения заложенного имущества различаются в зависимости от того:

1. По каким причинам погибло (утрачено) или было повреждено заложенное имущество:

- вследствие случайной гибели (случайного повреждения);
- вследствие обстоятельств, которые можно вменить в вину какой-либо из сторон залоговой сделки.

2. У кого из сторон залога находилось заложенное имущество в момент его повреждения или гибели.

В соответствии с п. 1 ст. 344 ГК РФ риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества несет залогодатель, если иное не предусмотрено договором о залоге. Данное правило будет действовать даже тогда, когда предмет залога находится у залогодержателя, если иное не предусмотрено договором о залоге. Риск случайной гибели или случайного повреждения — это риск наступления обстоятельств, которые невозможно предвидеть, то есть обстоятельств случайного, в т. ч. стихийного характера, обстоятельств непреодолимой силы, не подконтрольных сознанию и воле человека.

Залогодатель в данном случае вправе в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом, если сторонами залога в договоре между собой не предусмотрено иное (п. 2 ст. 345 ГК РФ). Од-

нако если залогодатель не воспользуется данным правом, залогодержатель может потребовать от залогодателя или от должника основного обязательства (если должник и залогодатель не совпадают в одном лице) досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства (п. 1 ст. 351 ГК РФ).

Если же несохранность предмета залога в виде его гибели или повреждения наступила по вине залогодателя, у залогодержателя сразу же возникает право потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства (п. 2 ст. 351 ГК РФ). Однако замена или восстановление предмета залога залогодателем возможны и в этом случае, но только с согласия залогодержателя (п. 1 ст. 345 ГК РФ).

Если требование залогодержателя о досрочном исполнении обеспеченного залогом обязательства не будет залогодателем исполнено, залогодержатель вправе досрочно обратиться взыскание на заложенное имущество (п. 2 ст. 351 ГК РФ).

Залогодержатель несет ответственность за гибель или повреждение заложенного имущества, переданного ему в залог. Вина залогодержателя в несохранности переданного ему в залог (заклад) имущества презюмируется. Залогодатель в данном случае не обязан доказывать вину залогодержателя в гибели или повреждении переданного ему имущества. Однако залогодержатель может доказывать отсутствие своей вины в необеспечении сохранности предмета залога по правилам, установленным ст. 401 ГК РФ. Если залогодержатель не сможет доказать отсутствие своей вины, он обязан возместить залогодателю убытки в размере стоимости заложенного имущества (реальный ущерб). Размер убытков определяется:

- при утрате (виновной гибели) заложенного имущества — в размере его действительной стоимости;
- при повреждении имущества — в размере суммы, на которую эта стоимость понизилась.

Если же предмет залога поврежден настолько, что не может быть использован по прямому назначению, залогодатель вправе от него отказаться и потребовать возмещения за его ут-

¹⁷ См.: Российская газета. 5 авг. 1997 г.

рату, размер которого равен размеру действительной стоимости заложенного имущества. При этом размер суммы, в которую был оценен предмет залога при передаче его залогодержателю, значения не имеет для определения размера реального ущерба, так как залоговая стоимость имущества, как правило, ниже его реальной стоимости.

Залогодатель вправе зачесть требование к залогодержателю о возмещении убытков, причиненных утратой или повреждением предмета залога, в погашение обязательства, обеспеченного залогом (п. 2 ст. 344 ГК РФ).

Стороны вправе предусмотреть в договоре ответственность залогодержателя в форме возмещения иных убытков, причиненных утратой или повреждением предмета залога (п. 2 ст. 344 ГК РФ). Иные убытки, очевидно, — это неполученные доходы, которые залогодатель получил бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы принадлежащий ему на праве собственности или хозяйственного ведения предмет залога не был бы по вине залогодержателя поврежден или утрачен (п. 2 ст. 15 ГК РФ).

Залогодатель или залогодержатель вправе проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у другой стороны (п. 2 ст. 343 ГК РФ).

Залогодатель, у которого остается предмет залога, вправе пользоваться им, если иное не предусмотрено договором и не вытекает из существа залога (п. 1 ст. 346 ГК РФ). Залогодержатель вправе пользоваться переданным ему предметом залога лишь в случаях, предусмотренных договором, регулярно представляя залогодателю отчет о пользовании (п. 3 ст. 346 ГК РФ).

Залогодатель вправе распорядиться предметом залога (сдать в аренду, продать, подарить) только с предварительного согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено законом или договором и не вытекает из существа залога (п. 2 ст. 346 ГК РФ). Право завещать свое имущество по своему усмотрению является неотчуждаемым личным правом гражданина,

¹⁸ Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 72.

и «соглашение, ограничивающее право залогодателя завещать заложенное имущество, ничтожно» (п. 2 ст. 346 ГК РФ).

Предмет залога

Согласно ст. 336 ГК РФ и ст. 6 Закона «О залоге» предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования). Для определения того, какое именно имущество может стать предметом залога, ключевое значение имеет его обеспечительная функция. Смысл залога для кредитора сводится к тому, что при нарушении должником обязательства (например, при невозврате полученной ссуды, неуплате перевозки и других расходов по транспортировке) предмет залога продается и из вырученной суммы он получает удовлетворение преимущественно перед другими кредиторами. Из этого вытекает, что необходимым признаком предмета залога должна признаваться его «товарность». В залог может приниматься только то, что закон не запрещает продавать.

Данное ограничение выражено главным образом в ст. 336 ГК РФ, которая содержит указание на недопустимость использования в качестве предмета залога:

- вещей, которые изъяты из гражданского оборота;
- требований, неразрывно связанных с личностью кредитора;
- отдельных видов имущества, залог которых законом запрещен или ограничен;
- имущественных прав требования, уступка которых другому лицу запрещена законом.

Круг вещей, изъятых из оборота, невелик. Сюда входят, главным образом, вещи, находящиеся в исключительной собственности государства, в том числе ресурсы континентального шельфа и морской экономической зоны, объекты оборонного производства, некоторые виды вооружения, ядерной энергии, охраняемые или особым образом используемые природные объекты (заповедники, в том числе биосферные, национально-природные парки, заказники, имеющие общереспубликанское значение); государственная казна; имущество

вооруженных сил; железнодорожных, пограничных войск; органов безопасности; органов внутренних дел РФ; учреждения, финансирование которых осуществляется из российского бюджета и ее субъектов.

К вещам, свободная реализация которых запрещена, относятся также:

- стратегические материалы, вооружения, боеприпасы к нему, военная техника, взрывчатые вещества, средства взрывания, все виды ракетного топлива, специальное снаряжение личного состава военизированных организаций и др.;
- ракетно-космические комплексы, системы связи и управления военного значения и др.;
- боевые отравляющие вещества, средства защиты от них и др.;
- уран и другие делящиеся материалы и изделия из них;
- яды и наркотические вещества, этиловый спирт, отходы радиоактивных материалов, отходы взрывчатых веществ и др.

Вещи, изъятые из оборота, не только нельзя передавать в собственность других лиц, но они вообще не могут быть предметом гражданско-правовых сделок. В связи с этим на них недопустимо обращение взыскания.

Вещи, ограниченные в обороте, составляют более широкий круг объектов гражданских прав. Они могут принадлежать определенным участникам оборота, либо их приобретение и отчуждение допускается на основе специальных разрешений. Эти ограничения предопределены, как правило, необходимостью обеспечения общественного порядка и безопасности граждан. Список объектов, которые подлежат лицензированию и сертификации, публикуются в печати. К вещам, ограниченным в обороте, относятся, например, летательные аппараты (по соображениям безопасности они могут приобретаться лишь по особым разрешениям). Залог такого имущества ограничен. К числу объектов, ограниченно оборотоспособных, относятся природные ресурсы, которые могут принадлежать на праве собственности РФ или субъектам РФ.

Законом запрещен залог культурных ценностей, но не всех, а только тех, которые хранятся в государственных и му-

ниципальных музеях, картинных галереях, библиотеках, архивах, других государственных организациях культуры.

Гражданским законодательством предусмотрена возможность запрещения залога имущества, на которое в соответствии с законом нельзя обратить взыскание. Имеются в виду, прежде всего, вещи, входящие в Перечень видов имущества граждан, на которое нельзя обратить взыскание по исполнительному документу. Данный Перечень составляет Приложение № 1 к действующему ГПК РСФСР. Аналогичная норма упоминается и в ст. 50 недавно принятого ФЗ «Об исполнительном производстве»¹⁷.

Появление норм, связанных с возможностью обращения взыскания на предмет залогового правоотношения, объясняется тем, что в противном случае создалась бы тупиковая ситуация: принять имущество в залог можно, а реализовать залоговое право единственно возможным способом — обратить взыскание на заложенное имущество — кредитору запрещено. Включая данный запрет в ГК РФ, законодатель, видимо, руководствовался принципом римского гражданского права: «Невозможное не может быть предметом обязательства».

Закон исключает залог имущественных прав (требования), неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, и некоторых иных имущественных прав — на возмещение по договору личного страхования, на дополнительную пенсию по договору о пенсионном обеспечении (п. 1 ст. 336 ГК РФ).

Не могут передаваться в залог права на нематериальные блага (жизнь, здоровье, право на имя, авторство) — личные неимущественные права и иные права на нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона. Положение п. 1 ст. 336 ГК РФ соответствует имеющей более общий характер правовой норме (ст. 383 ГК РФ), в которой содержится запрещение уступки требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника.

Предметом (объектом) залогового правоотношения могут быть вещи, разрешенные к обороту, а в некоторых, оговоренных законом случаях вещи, ограниченные в обороте, имущественные права требования, уступка которых другим лицам допустима по закону.

Имущество, которое может быть передано в залог, должно находиться либо в собственности, либо в хозяйственном ведении залогодателя. Несоблюдение этого правила порождает определенные правовые последствия. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ № 3238/96 от 13 августа 1996 года указано следующее: «Предметом залога по договору о залоге имущества от 22.07.93 является кирпич силикатный, который не принадлежал ИЧП «Витязь» (залогодателю) на праве собственности или полного хозяйственного ведения. Спорный кирпич был предметом договора поставки между АООТ «Спаский завод строительных материалов» и ИЧП «Витязь», то есть предметом требования, основанного на обязательственных правоотношениях. Поскольку отсутствовал надлежащий предмет залога, договор о залоге имущества от 22.07.93 является недействительной сделкой в силу ст. 48 ГК РСФСР (ст. 168 ГК РФ от 01.01.95).

Президиум ВАС РФ постановил: «Дальрыббанку» в иске об обращении взыскания на кирпич силикатный, являющийся предметом залога по договору от 22.07.93, отказать»¹⁸.

Права залогодержателя на вещь, являющуюся предметом залога, распространяются на ее принадлежности, если иное не предусмотрено договором, поскольку согласно ст. 135 ГК принадлежность следует судьбе главной вещи. Если в результате использования заложенного имущества получают плоды, продукция и доходы, право залога распространяется на них в случаях, предусмотренных договором. Указанное положение соответствует норме ст. 136 ГК, определяющей, что плоды принадлежат лицу, использующему имущество, либо судьба плодов и доходов может решаться в договоре.

Предметом залога может быть движимое и недвижимое имущество, которое залогодатель приобретет в будущем. Это

¹⁹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 47.

²⁰ См.: Российская газета. 30 июля 1997 г.

может быть предусмотрено договором о залоге или законом, на основе требований которого возникает залог. Возможность сдачи в залог вещей и имущественных прав, которые залогодатель приобретет в будущем, открывает широкие перспективы применения залога в сельском хозяйстве. Имеется в виду возможность получения сельскими предпринимателями различных видов ссуд в банке для покрытия расходов, связанных с приобретением необходимой им техники, семян, удобрений и т. д. под залог будущего урожая.

Действующим законодательством допускаются в качестве предмета залога имущественные права требования, не связанные с личностью кредитора, и иные права, уступка которых другому лицу не запрещена законом. Во всех случаях, когда предметом залога выступает «требование», оно передается в залог в том объеме, в котором принадлежало залогодателю.

Предметом залога может выступать уже заложенное имущество. При этом, если имущество, находящееся в залоге, становится предметом еще одного залога, обеспечивая другие требования (последующий залог), требования последующего залогодателя удовлетворяются по старшинству из стоимости этого имущества после требований предшествующих залогодержателей. Залог уже заложенного имущества возможен, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге.

Возможна ситуация, когда срок последующего залога истекает ранее срока предыдущего залога. В данном случае механизм удовлетворения требований залогодержателей в ГК РФ четко не урегулирован. Правовые нормы, содержащиеся в законе «Об ипотеке», предусматривают такой механизм в случае залога недвижимости и могут служить прообразом для других видов залога. Так, в случае обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным последующей ипотекой, одновременно может быть обращено взыскание на это имущество и по требованиям, обеспеченным предшествующей ипотекой, срок предъявления которых к взысканию еще не наступил. Если залогодержатель по предшествующему договору об ипотеке не воспользовался этим правом, имущество, на которое обращено взыскание по тре-

бованиям, обеспеченным последующей ипотекой, переходит к его приобретателю, обремененное предшествующей ипотекой (п. 2 ст. 46 Закона «Об ипотеке»).

В случае обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным предшествующей ипотекой, допускается одновременное обращение взыскания на это имущество и по требованиям, обеспеченным последующей ипотекой, срок предъявления которых к взысканию еще не наступил. Требования, обеспеченные последующей ипотекой, не подлежат досрочному удовлетворению, если для удовлетворения требований, обеспеченных предшествующей ипотекой, достаточно обращения взыскания на часть заложенного имущества (п. 3 ст. 46 Закона «Об ипотеке»).

До обращения взыскания на имущество, залогом которого обеспечены требования по предшествующей и последующей ипотекам, залогодержатель, намеренный предъявить свои требования к взысканию, обязан в письменной форме уведомить об этом залогодержателя по другому договору об ипотеке того же имущества (п. 4 ст. 46 Закона «Об ипотеке»).

Для обеспечения интересов последующих кредиторов-залогодержателей установлена обязанность залогодателя сообщать им сведения о предшествующих залогах и всех существенных условиях предшествующих договоров залога данного имущества. Если залогодатель не исполнит этой обязанности, то в случае обращения взыскания на заложенное имущество и недостаточности имущества для удовлетворения последующих залогодержателей он обязан возместить убытки последующих залогодержателей.

Договор о залоге (общие положения)

Договор залога должен быть заключен в письменной форме. Данное требование установлено в ГК РФ (п. 2 ст. 340). Соблюдение письменной формы договора о залоге очень важно для сторон залогового правоотношения, так как «несоблюдение правил о заключении договора залога в письменной

форме влечет за собой недействительность этого договора» (п. 4 ст. 339 ГК).

В ряде случаев, предусмотренных законом, для действительности договора залога бывает мало соблюдения простой письменной формы договора. Закон требует нотариального удостоверения договора залога движимого имущества в обеспечение обязательств по договору, который должен быть нотариально удостоверен.

Закон «Об ипотеке» (ст. 10), а также ГК РФ (п. 2 ст. 339) предусматривает нотариальное удостоверение договоров ипотеки, а также договоров залога подлежащих государственной регистрации воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов (данные вещи, строго говоря, недвижимостью не являются, потому что перемещение их вполне возможно без несоразмерного ущерба их назначению). Однако закон распространяет на эти вещи режим, установленный для недвижимого имущества (ст. 130 ГК), потому что для указанных вещей, как и для недвижимости, требуется государственная регистрация.

В некоторых случаях закон требует от сторон залоговой сделки не только совершения ее в квалифицированной (письменно-нотариальной) форме, но и государственной регистрации залоговой сделки. Договор об ипотеке должен быть зарегистрирован в порядке, предусмотренном для регистрации сделок с соответствующим имуществом (п. 3 ст. 339 ГК). Последствия несоблюдения требования закона о государственной регистрации договора об ипотеке такие же, как и последствия несоблюдения простой или нотариальной формы заключения залоговой сделки — безусловная и однозначная недействительность такого договора об ипотеке (п. 4 ст. 339).

В качестве примера можно привести Постановление Президиума ВАС РФ № 3132/96 от 27 мая 1997 года по иску Волгодонского центрального коммерческого банка к АООТ «Содружество» о признании договора о залоге имущества от

²¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 60.

²² См.: Коммерсант-DAILY. 1995. № 45. С. 15.

07.09.94, заключенного сторонами в обеспечение возврата денежных средств, полученных акционерным обществом по кредитным договорам, действительной сделкой. В Постановлении указано, что «между Волгодонским центральным коммерческим банком (залогодержателем) и АООТ «Содружество» (залогодателем) в обеспечение ряда кредитных договоров заключен договор о залоге имущества от 07.09.94, предметом которого являются автомобили иностранных марок и недвижимое имущество: гостиница «Аэропорт» в городе Цимлянске и авторынок (г. Волгодонск).

В соответствии со ст. 43 Закона РФ «О залоге» договор об ипотеке должен быть нотариально удостоверен и зарегистрирован в поземельной книге. В этом случае договор о залоге считается заключенным с момента его регистрации (ст. 11 Закона).

Договор о залоге имущества от 07.09.94 нотариально не удостоверен, не соблюдено сторонами и требование о его государственной регистрации.

В силу ст. 165 ГК и ст. 12 упомянутого Закона спорный договор о залоге, основные объекты которого — недвижимое имущество, в связи с несоблюдением нотариальной формы и требования о его государственной регистрации является недействительной (ничтожной) сделкой»¹⁹.

Государственная регистрация договора ипотеки урегулирована в Законе «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 17 июня 1997 года²⁰ и проводится на основании заявления залогодателя после государственной регистрации вещных прав залогодателя на недвижимое имущество. К заявлению залогодателя прилагается договор об ипотеке вместе с указанными в договоре документами.

В государственной регистрации ипотеки может быть отказано в случаях, если ипотека указанного в договоре недвижимого имущества не допускается в соответствии с законодательством РФ и если содержание договора об ипотеке или прилагаемых к нему необходимых документов не соответствует требованиям государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

При государственной регистрации ипотеки указываются данные о залогодержателе, предмете ипотеки, стоимость обеспеченного ипотекой обязательства или данные о порядке и об условиях определения этой стоимости.

Регистрационная запись об ипотеке погашается на основании заявления залогодержателя, заявления залогодателя с приложением документов об исполнении основного договора либо на основании вступившего в силу решения суда, арбитражного суда или третейского суда (ст. 29 указанного Закона).

Для действительности сделки необходимо, чтобы ее содержание соответствовало требованиям закона и иных правовых актов, то есть не нарушало ни запретительных, ни предписывающих норм действующего законодательства.

Вопрос о содержании договора залога связан с вопросом о том, какие условия договора залога следует считать существенными, то есть какие условия обязательно должны быть предусмотрены в договоре залога, какие условия помогут идентифицировать данный договор, выделить его из числа других гражданско-правовых договоров.

Значение существенных условий договора о залоге состоит еще и в том, что без этих условий договор залога не может считаться заключенным, а соответственно права и обязанности сторон не могут считаться возникшими (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

Обширный перечень существенных условий для договора о залоге указан в п. 1 ст. 339 ГК РФ. К ним относятся: предмет залога и его оценка; существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом; указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество; все иные условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

Размер обеспечения основного обязательства передаваемым в залог имуществом должен определяться договором. Если же договор залога соответствующее условие не содержит, считается, что залог обеспечивает требование залогодержателя в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения (ст.

²³ Вестник ВАС РФ. 1996. № 1. С. 51.

337 ГК). Таким образом, в объем требований кредитора, погашаемых за счет выручки от продажи заложенного имущества, помимо собственно суммы долга должны включаться суммы, составляющие проценты, неустойку (штраф, пени), возмещение убытков, образовавшихся в связи с неисполнением должником своего обязательства, а также дополнительные расходы залогодержателя, понесенные им в связи с обращением взыскания на заложенное имущество. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ № 5770/96 от 1 апреля 1997 года по иску Сбербанк РФ к товариществу с ограниченной ответственностью «Предприятие «Стром» об обращении взыскания на сумму 20 565 937 рублей на заложенную автомашину (определением от 17.01.96 суд произвел замену ответчика — ТОО «Предприятие «Стром» на надлежащего ответчика — ассоциацию предприятий «Маяк», являющуюся собственником транспортного средства) указано следующее: «По кредитному договору от 03.11.94 № 313 Кумертауское отделение № 7722 Башкирского банка предоставило предпринимателю Тулиганову Д.З. кредит в сумме 15 млн рублей под 170 процентов годовых со сроком возврата до 03.05.95.

В обеспечение обязательства заемщика между кредитором и третьим лицом — ассоциацией предприятий «Маяк» 17.10.94 заключен договор залога транспортного средства, согласно п. 6 которого в случае неуплаты заемщиком в установленный срок долга он погашается за счет средств, полученных от продажи заложенного имущества. Стоимость заложенного автомобиля ЗИЛ-431410 определена в 26 млн рублей.

В установленный срок заемщик обязательства по кредитному договору от 03.11.94 полностью не выполнил.

Пунктом 6 договора залога установлено условие удовлетворения требования кредитора за счет средств, полученных от продажи заложенного имущества. Объем требований договором определен не был, поэтому в данном случае нужно исходить из нормы ст. 337 ГК, что «ответственность залогодателя перед кредитором вытекает не из кредитного договора, а из договора залога»²¹.

²⁴ Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 49.

Еще одним примером, подтверждающим необходимость строгого следования указанию закона и обязательность отражения существенных условий в конкретном договоре, может служить следующее дело: Арбитражный суд г. Москвы не признал возможным обратить взыскание по иску Инкомбанка на принадлежащую ответчику технологическую линию по производству паркета ввиду того, что в небрежно составленном договоре предусматривалось установление залога на линию по производству паркета и содержалась ссылка на контракт с поставщиком этой линии. А между тем, в контракте перечислялись только конкретные модификации станков и ни о какой линии как имущественном объекте не было упоминания. Таким образом, залоговое обременение не было признано действительным по причине отсутствия в договоре указания на состав заложенного имущества²².

Как отмечалось, одна из основных целей залога заключается в том, чтобы к моменту, когда должник не исполнит свое обязательство, кредитор располагал реальной возможностью обратить взыскание на заложенное имущество. Из этого следует, что имущество залогодателя к этому моменту должно, как минимум, сохраниться в натуре. Этой цели служат некоторые нормы, содержащиеся в ГК, которые устанавливают возможность передачи залогодержателю заложенного имущества.

Указание в договоре на то, у кого находится заложенное имущество, существенно, так как данный факт порождает для сторон определенные юридические последствия. Стороне, у которой находится заложенное имущество, вменены дополнительные обязанности в отношении его сохранности, а именно: осуществлять страхование этого имущества в полной его стоимости от рисков утраты или повреждения, которое во всех случаях производится за счет залогодателя, защищать заложенное имущество от требований и посягательств других лиц, а также принимать другие меры, необходимые для обеспечения его сохранности (ст. 343 ГК).

²² Вестник ВАС РФ. 1997. № 1. С. 62.

Пренебрежение данной нормой на практике порождает неблагоприятные последствия для сторон. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ № 5498/95 от 10 октября 1995 года по иску прокурора Ростовской области в интересах Северо-Кавказского филиала промышленно-коммерческого банка «АвтоВазбанк» к АО «Винно-водочный завод «Каменский» о взыскании 170 620 тыс. рублей убытков, связанных с невыполнением ответчиком обязательств по сохранности залога по гарантийному письму от 13.05.94, указано следующее: «ПКБ «АвтоВазбанк» в лице Северо-Кавказского филиала заключил с ТОО «Викки» кредитный договор от 06.06.94 № 771, по которому заемщику — ТОО «Викки» — был выдан кредит на сумму 120 млн рублей под залог 150 тыс. бутылок водки «Русская», о чем составлен договор залога от 06.06.94, являющийся неотъемлемой частью кредитного договора.

По причине неуплаты задолженности по кредиту в установленный срок по иску банка Ростовский областной арбитражный суд взыскал с заемщика 166 млн рублей, составляющих сумму кредита и проценты за его использование (решение от 26.10.94 по делу № 23/467).

Решение по данному делу не было исполнено, поскольку водки на месте хранения не оказалось, после чего банк предъявил настоящий иск о взыскании с завода убытков, вызванных неисполнением ответчиком своих обязательств по сохранности залога по гарантийному письму от 13.05.94.

АО «Винно-водочный завод «Каменский» не являлось стороной ни по кредитному договору, ни по договору залога. Следовательно, никаких обязательств по исполнению этих договоров у него не возникало.

Гарантийное письмо от 13.05.94 само по себе не порождало для истца никаких правовых последствий (данным письмом завод гарантировал сохранность 150 тыс. бутылок водки, а также принял на себя обязательство не отпускать без согласия ТОО «Атлант» (доверенное лицо банка) водку ТОО «Викки»).

Следовательно, ни сам договор залога от 12.05.94, ни гарантийное письмо от 13.05.94 не свидетельствовали о причинении истцу убытков по вине ответчика.

Истцу в удовлетворении исковых требований было отказано»²³.

Законом в отношении таких объектов, как товары в обороте и недвижимое имущество, предусмотрена императивная норма, в соответствии с которой это имущество не передается залогодержателю.

Таким образом, залогодержатель не может нести ответственность за сохранность этого имущества, если иное не предусмотрено законом или договором. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ № 1345/97 от 3 июня 1997 года по иску индивидуального частного предприятия «Фирма «Кумир» к Сбербанку РФ в лице его Советского отделения № 8321 в городе Астрахани о расторжении кредитного договора от 07.12.93 № 61098 и договора о залоге жилого дома, о взыскании 62 млн рублей упущенной выгоды в связи с несвоевременным предоставлением кредита, 301 500 тыс. рублей убытков, составляющих стоимость заложенного ответчику жилого дома, который подвергнулся порче в связи с неправомерными действиями банка, — указано следующее:

«В обеспечение кредитного договора от 07.12.93 № 61098, заключенного между Сбербанком РФ в лице его Советского отделения № 8321 в городе Астрахани и ИЧП «Фирма «Кумир», подписан договор о залоге дома, принадлежащего заемщику на праве собственности. Имущество в договоре о залоге оценено в сумме 301 500 тыс. рублей.

Согласно ст.ст. 20 и 37 Закона РФ «О залоге» залогодатель сохраняет право распоряжения заложенным имуществом, если иное не установлено законом или договором. Поскольку договором о залоге не предусмотрена обязанность банка обеспечивать сохранность заложенного имущества, указанная обязанность оставалась за предпринимателем и он не вправе требовать возмещения убытков»²⁴.

²⁶ Вестник ВАС РФ. 1996. № 2. С. 96.

Указание в числе существенных условий договора вида залога позволит сторонам залогового правоотношения определить — собственно залог или заклад (залог с передачей заложенного имущества залогодержателю) имеет место в данном случае. Из этого же вытекает очень важное следствие — возможность определения момента возникновения права залога, так как по общему правилу право залога возникает с момента заключения договора о залоге, а при закладе — с момента передачи этого имущества, если иное не предусмотрено договором залога (п. 1 ст. 341 ГК).

Срок исполнения основного обязательства необходимо указать в договоре потому, что с наступлением этого срока закон связывает появление субъективного права у залогодержателя обратиться взыскание на заложенное (в обеспечение исполнения основного обязательства) имущество. Для того чтобы у залогодержателя появилось право обратиться взыскание на предмет залога, необходимо наличие определенного юридического состава:

- наступление срока исполнения основного обязательства, то есть момента, когда у залогодержателя появляется право требовать от залогодателя или от иного субъекта (если залогодатель и должник основного обязательства не совпадают в одном лице) выполнения обязанностей, возложенных на него по основному договору (ссуды, кредитования и т. д.);

- неисполнение или ненадлежащее исполнение основного обязательства должником этого обязательства.

Существо обеспечиваемого залогом требования означает указание хотя бы в самом общем виде основного договора, а именно: в тексте договора о залоге следует четко перечислить существенные условия договора, которым было оформлено основное обязательство. При этом следует указать также наименование сторон основного договора, номер, дату и место его заключения.

Любые иные условия, включающиеся в текст договора по заявлению сторон, должны также соответствовать требованиям закона.

Признание недействительным договора залога имеет особенности, связанные с добавочным (акцессорным) характером данного правоотношения. В случае, если недействительным признается основное обязательство, в обеспечение исполнения которого заключен договор залога, то последний следует судьбе основного обязательства. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ № 1129/96 от 1 октября 1996 года по иску АООТ «Курганпродбаза» к Зауральскому акционерному социальному коммерческому банку «Надежность» о применении последствий недействительности ничтожных сделок: кредитного договора от 05.07.94 № 21 и договора залога от 5.07.94 № 14 указано:

«Кредитный договор подписан со стороны заемщика генеральным директором.

АООТ «Курганпродбаза» создано на базе государственного предприятия путем его преобразования в АООТ. На момент заключения кредитного договора доля государства в уставном капитале общества присутствовала.

Таким образом, установленные законом особенности правового положения АО, созданных в процессе приватизации, распространялись на заемщика, о чем кредитор знал или должен был знать вне зависимости от того, были ли эти особенности закреплены в уставе АООТ «Курганпродбаза».

Согласно ст. 9 Типового устава АООТ, утвержденного Указом Президента РФ от 01.07.92 № 721, решение вопроса о получении кредита относится к компетенции совета директоров. Такого решения совет директоров АООТ «Курганпродбаза» не принимал, последующего одобрения кредитной сделки не было. Следовательно, данный кредитный договор является недействительной сделкой на основании ст. 168 ГК»²⁵. В данном случае и договор залога становится недействительной сделкой.

Если признается недействительным только договор залога, то по основному обязательству права и обязанности сто-

²⁵ Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 70.

рон сохраняются в полном объеме. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ № 6472/95 от 14 ноября 1995 года по иску фирмы «Курганоблснаб» к Курганскому банку Сбербанка РФ о применении последствий недействительности ничтожных сделок по кредиту и залогу указано следующее:

«Между Курганским банком Сбербанка РФ и АО «Фирма «Курганоблснаб» 20.07.94 был заключен кредитный договор № 105, согласно которому банк выдал заемщику кредит в сумме 2 400 млн рублей со сроком погашения до 30.03.95 под 170 % годовых.

Одновременно в качестве обеспечения кредитного обязательства стороны подписали договор о залоге основных средств заемщика, оцененных в сумме 4 млрд рублей.

При заключении договоров кредита и залога генеральный директор предприятия-заемщика представил в банк доказательства наличия у него полномочий на заключение таких сделок, а именно протокол общего собрания акционеров от 24.06.94 о делегировании совету директоров права распоряжения имуществом акционерного общества, составляющим более 10 процентов его активов.

Судом установлен факт фальсификации данного протокола, что повлекло за собой признание ничтожными договоров кредита и залога.

Кроме того, в силу ст. 103 ГК РФ вопросы, отнесенные законом об акционерных обществах к исключительной компетенции общего собрания акционеров, не могут быть переданы им на решение исполнительных органов общества. Законом также не предусмотрена возможность делегирования полномочий общего собрания акционеров совету директоров.

Согласно ст. 6.3 Типового устава акционерного общества открытого типа, утвержденного Указом Президента РФ от 01.07.92 № 721, к исключительной компетенции собрания акционеров относится принятие решений о продаже, сдаче в аренду, обмене или ином распоряжении имуществом общества, составляющим более 10 процентов его активов.

²⁸ См.: СЗ РФ. 1998. № 29.

Таким образом, независимо от того, являлся ли протокол общего собрания акционеров от 24.06.94 сфальсифицированным, решение о передаче более 10 процентов имущества в залог под обеспечение кредитного обязательства могло принять только собрание акционеров, которое данный вопрос не рассматривало. В связи с этим договор залога не соответствует требованиям закона.

Следовательно, на основании ст. 168 ГК данная сделка залога является ничтожной.

Что касается применения последствий недействительности ничтожной кредитной сделки, то данные исковые требования удовлетворению не подлежат.

Законодательные и иные правовые акты, а также устав акционерного общества не содержат ограничений полномочий генерального директора общества по заключению кредитных договоров, в том числе и в отношении размера кредитных средств.

При таких обстоятельствах договор кредита от 20.07.94 № 105 не может быть признан ничтожной сделкой»²⁶. В этом случае кредитор по основному обязательству имеет право на удовлетворение своих требований, но не преимущественно перед другими кредиторами из стоимости заложенного имущества (как при залоге), а на общих основаниях.

Определенные обстоятельства могут подвигнуть стороны к заключению предварительного договора о залоге, в соответствии с которым стороны обязуются заключить в будущем договор о залоге.

Предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора. Несоблюдение правил о форме предварительного договора влечет его ничтожность.

Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора.

В предварительном договоре указывается срок, в течение которого стороны обязуются заключить основной договор. Если такой срок в предварительном договоре не определен, основной договор подлежит заключению в течение года с мо-

мента заключения предварительного договора. Срок, установленный для заключения основного договора залога должен быть, очевидно, более коротким по времени, чем срок исполнения основного обязательства.

В противном случае, если одна из сторон уклоняется от заключения основного договора, для другой стороны могут наступить последствия, указанные в Постановлении Президиума ВАС РФ № 8057/95 от 23 апреля 1996 года по иску Русского торгово-промышленного коммерческого банка к товариществу с ограниченной ответственностью «Производственно-творческое объединение «Царское село» об обязанности последнего заключить договор о залоге недвижимого имущества на основании предварительного договора от 31.10.94 № 4-2-9/127 пр.

Так, «между Русским торгово-промышленным коммерческим банком и АОЗТ «Русфинстрой» заключен кредитный договор от 31.10.94 № 4-2-9/127 о предоставлении последнего кредита в сумме 200 тыс. долларов США, срок погашения которого установлен до 28.07.95.

В обеспечение возврата кредита банком с ТОО «ПТО «Царское село» заключен предварительный договор о залоге от 31.10.94 № 4-2-9/127 пр, предметом которого является недвижимое имущество: нежилое помещение подземного гаража-стоянки на 20 автомобилей общей площадью 500 кв. м, офисное помещение в секции № 14 общей площадью 373 кв. м. Указанные объекты залога находились в строящемся жилом доме по адресу: Санкт-Петербург, г. Пушкин, кварт. 9, корп. 7. Землеотвод под строительство жилого дома, в котором находится объект залога, оформлен на ответчика. Финансирование строительства также осуществлялось ответчиком.

В п. 1.4 предварительного договора о залоге оговорено, что залогодатель обязуется: в 10-дневный срок со дня подписания настоящего договора произвести надлежащую запись в книге записей залогов, оплатить расходы по нотариальному удостоверению договора о залоге, за свой счет зарегистрировать залог в соответствующих органах местной администрации.

Однако перечисленные условия выполнены не были. В предварительном договоре указано, что договор о залоге зак-

лючается в 3-дневный срок с момента подписания Государственной комиссией решения (акта) о вводе (приемке) жилого дома в эксплуатацию.

Актом Государственной приемочной комиссии от 22.12.94 жилой дом введен в эксплуатацию. Департамент строительства мэрии Санкт-Петербурга приказом от 29.12.94 № 21-в утвердил данный акт.

В силу ст. 165 ГК предварительный договор о залоге от 31.10.94 № 4-2-9/127пр является недействительным, поскольку не соблюдены требования о нотариальной форме и государственной регистрации.

Кроме того, согласно ст. 1 Закона РФ «О залоге» залог — способ обеспечения обязательства.

На момент принятия апелляционной инстанцией постановления об обязании ответчика заключить договор о залоге срок исполнения основного обязательства (кредитного договора) наступил, то есть договор о залоге будет использован не как способ обеспечения исполнения обязательства, а как способ погашения долга за заемщика»²⁷.

Для предварительного договора предусмотрены такие же основания и последствия его недействительности, как и для основного договора.

3. Некоторые особенности правового регулирования ипотеки

Одной из наиболее распространенных форм кредитов в развитых странах являются ссуды под залог недвижимости или ипотечные кредиты. Самые крупные направления кредитования под залог недвижимости — ссуды на покупку и строительство жилья, на освоение земельных участков, на строительство нежилых помещений производственного и коммерческого назначения. О размахе этого вида кредитования в мире свидетельствует тот факт, что в США, например, за год выдают кредитов на приобретение недвижимости на сумму, превышающую 800 млрд долларов, свыше 80 % новых домов в стране покупаются в кредит.

Ипотека давно стала мощным инструментом экономического развития в большинстве стран мира. В России, несмотря на благоприятные прогнозы, процесс долгосрочного кредитования экономики банками под залог недвижимости крайне сдержанный. Причины сложившейся ситуации носят и экономический, и юридический характер.

Общие положения об ипотеке

Главным нормативным актом, регулирующим ипотечные правоотношения, является ФЗ «Об ипотеке»²⁸. Нормы ГК РФ и Закона «О залоге» применяются к ипотеке постольку, поскольку они не противоречат ФЗ «Об ипотеке».

Ипотека — это залог недвижимого имущества, которое принадлежит залогодателю на праве собственности или на праве хозяйственного ведения и права, на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Ипотека, как и другие виды залога, может обеспечивать исполнение любого действительного гражданско-правового обязательства. Возникновение или продолжение действия уже существующего требования является условием существования ипотеки. Требование по основному обязательству и ипотека должны всегда находиться «в одних руках», то есть кредитор по основному обязательству и залогодержатель всегда совпадают в одном лице. Залогодателем может быть как должник, так и третье лицо, но всегда либо собственник, либо обладатель иного права, позволяющего распоряжаться предметом залога.

По российскому законодательству ипотека носит строго акцессорный характер и учреждается в двух формах: с выдачей закладной и без выдачи закладной. Закладная не может быть выдана, если предметом ипотеки является предприятие как имущественный комплекс, земельные участки из состава земель сельскохозяйственного назначения, леса, и право аренды перечисленного выше имущества, а также, если ипотекой обеспечивается денежное обязательство, сумма долга по которому на момент заключения договора не определена и ко-

торое не содержит условий, позволяющих определить эту сумму в надлежащий момент (п. 4 ст. 13 Закона). Во всех других случаях права залогодержателя по обеспеченному ипотекой обязательству и по договору об ипотеке могут быть удостоверены закладной.

Закладная является именной ценной бумагой, удостоверяющей следующие права ее законного владельца:

- право на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой имущества, указанного в договоре об ипотеке, без представления других доказательств существования этого обязательства;
- право залога на указанное в договоре об ипотеке имущество.

Обязанными по закладной лицами являются должник по обеспечиваемому ипотекой обязательству и залогодатель.

Если сравнить ипотеку по российскому законодательству с ипотекой, предусмотренной немецким законодательством, то можно выявить существенные различия. В немецком праве ипотека может возникнуть в двух формах — книжная ипотека и ипотека по ипотечному свидетельству. Как правило, помимо записи в поземельной книге, ипотека подтверждается выдачей ипотечного свидетельства. Однако по соглашению сторон вручение ипотечного свидетельства может быть исключено.

Смысл ипотечного свидетельства состоит в упрощении участия ипотеки в хозяйственном обороте: в то время, как в случае книжной ипотеки необходима регистрация ее нового приобретателя в поземельной книге, передача ипотечного свидетельства при ипотеке по ипотечному свидетельству заменяет такую регистрацию.

Соблюдение принципа акцессорности в немецком праве также зависит от формы ипотеки. Так, при обеспечительной ипотеке предусмотрено наличие определенного обязательства, от которого полностью зависит ее возникновение и дальнейшее существование. Обеспечительная ипотека — ипотека книжная. Для уступки требования необходима регистрация нового кредитора в поземельной книге, участие ипотеки данного вида в

хозяйственном обороте не предусматривается. Значение обеспечительной ипотеки придает тот факт, что законодательство предусматривает возникновение ипотеки в некоторых случаях только в этой форме. Так, обеспечительная ипотека устанавливается по решению суда — как средство обеспечения обязательств, возникающих из отношений опеки и попечительства.

Как и обеспечительная ипотека, оборотная ипотека требует для своего возникновения наличия персонального требования, как обязательного условия ее действительности. Однако «судьба» ее связана с данным требованием до тех пор, пока оно находится у первого кредитора. С переходом ипотеки к добросовестному приобретателю, оборотная ипотека становится независимой от наличия требования. Так, при отсутствии другого имущества у первоначального должника, кредитор вообще лишается возможности удовлетворить свое требование в части, оставшейся после его удовлетворения за счет земельного участка.

При дальнейших перезакладах ипотека вообще «отрывается» от персонального требования и становится предметом хозяйственного оборота. Таким образом, акцессорность ипотеки как зависимость вещного права требования одного лица от персональной ответственности другого в случае с оборотной ипотекой не соблюдается.

В немецком праве существует и такой вид залога недвижимости, как ипотечный долг. Ипотечный долг является вещным правом на земельный участок. Выплата «за счет земельного участка» означает выплату денежной суммы через принудительную продажу с торгов по истечению срока исполнения обязательства, что лишает должника возможности выкупить закладную. Кредитор по ипотечному долгу по собственной инициативе может получить свои деньги за счет земельного участка. Предъявление требования к собственнику по уплате долга здесь не предусматривается.

В данном правоотношении (между кредитором и собственником земельного участка, не являющимся персональ-

²⁹ См.: Будилов В. Залоговое право России и ФРГ. СПб., 1993.

ным должником) не предусматривается сторона, обязанная к выплате денег, поскольку оплата долга производится через принудительную продажу с торгов, то есть через государственные органы, обращающие взыскание на имущество. Таким образом, собственник вправе уплатить по долгу, но не обязан делать этого. Создавая институт ипотечного долга, немецкий законодатель ставил цель облегчить и удешевить моменты возникновения и перехода обеспечительных прав и защитить приобретателя таких прав от различного рода протестов через отказ от связи с персональным требованием к должнику.

Ипотечный долг отличается от оборотной ипотеки тем, что: во-первых, при ипотечном долге возможна в любое время и без формальностей замена обеспечиваемого требования, а при ипотеке это требует соглашения сторон и перерегистрации в поземельной книге; во-вторых, при ипотечном долге возможно без формальностей добавить другое требование под то же обеспечение, а при ипотеке любое изменение требования предусматривает учреждение новой ипотеки с соблюдением всего механизма; в-третьих, на ипотечный долг может быть сразу наложено взыскание путем принудительной продажи с торгов (кредитор здесь экономит на подаче иска в суд) и для этого существует упрощенный порядок взыскания судебным органом требований, основанных на документах (без вызова заинтересованных лиц), а при ипотеке это невозможно.

Сравнивая ипотеку по российскому законодательству с немецкой, можно отметить в ней черты и обеспечительной, и оборотной ипотеки. С обеспечительной ипотекой российская ипотека сходна строгой акцессорностью по отношению к основному обязательству, с оборотной же ее объединяет возможность передачи ипотечного свидетельства (у нас — закладной) новому кредитору без внесения соответствующей записи в поземельную книгу.

По российскому законодательству права по закладной могут быть переданы другому лицу путем совершения на закладной передаточной надписи в пользу нового владельца закладной и передачи закладной этому лицу (ст. 48 ФЗ «Об ипотеке»). В передаточной надписи должно быть точно и полно

указано имя (наименование) лица, которому передаются права по закладной. Бланковые передаточные надписи считаются ничтожными. Передача прав по закладной другому лицу означает передачу тем самым этому же лицу прав по обеспеченному ипотекой обязательству. Владелец закладной считается законным, если его права на закладную основываются на последней передаточной надписи и на непрерывном ряде имеющихся на ней предыдущих передаточных надписей. Надписи на закладной, запрещающие ее последующую передачу другим лицам, ничтожны.

Ипотека обеспечивает залогодержателю уплату основной суммы долга по кредитному договору или иному основному обязательству полностью либо в части, предусмотренной договором. Ипотека, установленная в обеспечение исполнения кредитного договора с условием выплаты процентов, обеспечивает также уплату кредитору причитающихся ему процентов за пользование кредитом.

Если договором не предусмотрено иное, ипотека обеспечивает также уплату залогодержателю сумм, причитающихся ему:

- в возмещение убытков и/или в качестве неустойки (штрафа, пени) вследствие неисполнения, просрочки исполнения или иного ненадлежащего исполнения обеспеченного ипотекой обязательства;
- в виде процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренных обеспеченным ипотекой обязательством либо федеральным законом;
- в возмещение судебных издержек и иных расходов, вызванных обращением взыскания на заложенное имущество;
- в возмещение расходов по реализации предмета ипотеки.

Если иное не предусмотрено договором, вещь, являющаяся предметом ипотеки, считается заложенной вместе с принадлежностями как единое целое. Часть имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь), не может быть самостоятельным предметом ипотеки (ст. 5 ФЗ «Об ипотеке»).

На имущество, находящееся в общей совместной собственности (без определения доли каждого из собственников

ков), ипотека может быть установлена лишь при наличии письменного согласия всех сособственников. Участник общей долевой собственности может заложить свою долю в праве на общее имущество без согласия других сособственников. В случае обращения взыскания по требованию залогодержателя на эту долю, при ее продаже применяются правила гражданского законодательства о преимущественном праве покупки, принадлежащем остальным собственникам.

Регистрация ипотеки

Ипотека подлежит государственной регистрации учреждениями юстиции в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в порядке, установленном федеральным законом о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Государственная регистрация ипотеки осуществляется по месту нахождения имущества, являющегося предметом ипотеки (ст. 19 ФЗ «Об ипотеке»).

Во многих странах существует национальная *ипотечная система*. Сущность ипотечной системы заключается в том, что для каждого недвижимого имущества ведется в специальном учреждении особая книга, в которой регистрируется право собственности на это имущество, переходы права собственности, ограничения права собственности или иных вещных прав (сервитут, ипотека, доверительное управление, аренда, арест имущества), прекращение права собственности. Все записи в поземельной книге имеют не просто справочное, а строго *юридическое* значение. Благодаря этому ипотечная система обеспечивает надежность приобретений и спокойствие гражданского оборота и потому удешевляет поземельный кредит.

В конце XIX века ипотечные системы европейских стран подверглись серьезному реформированию. В Германии был принят Ипотечный Устав (1872), в России — Проект Вотчинного Устава (1892), которые должны были законодательно закрепить тенденции и потребности гражданского оборота того времени. Так как немецкое законодательство в этой области существенно не изменялось в течение века и действует до сих пор (то есть про-

шло проверку временем), в отличие от российского, где ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» был принят Государственной думой лишь 17 июня 1997 года, мы можем сравнить данные правовые акты на основе принципов немецкой системы поземельных книг²⁹.

Принцип записи в немецком праве выражает непререкаемую связь вещных прав на недвижимость с записью этих прав в поземельные книги, так что все записанные права оказываются действительно существующими для всех добросовестных третьих лиц. Российский закон также предусматривает, что «государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним — *юридический акт* признания и подтверждения государством возникновения, перехода или прекращения прав на недвижимое имущество» (ч. 1 ст. 2).

Датой государственной регистрации является день *внесения* соответствующих записей о правах в Единый государственный реестр прав (ч. 3 ст. 2). Внесение имеет двоякое значение. При договорном приобретении права внесение имеет значение не само по себе, а как завершение акта приобретения вещного права, или вещное право приобретает путем внесения. При внедоговорных способах приобретения (наследование, приобретательная давность) вещное право приобретает до внесения, и внесение имеет только то значение, что создает все преимущества, с которыми связан факт внесения.

Невнесение лишает приобретателя возможности отчуждать имущество, обременять его залогом и т. д. Государственная регистрация проводится на основании заявления правообладателя, стороны (сторон) договора или уполномоченного им (ими) на то лица при наличии у него надлежащим образом оформленной доверенности (ч. 1 ст. 16). При уклонении одной из сторон от государственной регистрации прав переход права собственности регистрируется на основании решения суда, вынесенного по требованию другой стороны.

²⁹ Свириденко О. Правовое регулирование залога и его реализация в банковском кредитовании // Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 75.

Уклоняющаяся сторона обязана возместить другой стороне связанные с этим убытки (ст. 16).

Принцип специализации в немецком праве выражает требование точного обозначения в поземельных книгах как земельного участка, так и всех затрагивающих его прав, то есть обязательность соответствия определенных вещных прав каждой определенной вещи. В российском законодательстве предусмотрены исключения из этого правила. Так, п. 2 ст. 334 ГК РФ предусматривает возможность ипотеки предприятия или иного имущественного комплекса в целом. Несовершенство этой нормы проявляется при реализации заложенного имущества, когда важна определенность в отношении каждого объекта недвижимости.

Следующее отличие обусловлено разницей в понимании сущности предмета ипотеки законодательствами России и ФРГ. Немецкое право признает предметом ипотеки прежде всего *землю*. Объекты недвижимости, существующие на этой земле, считаются неотъемлемой принадлежностью земельного участка и в поземельной книге регистрируется земельный участок. Российское право исходит из первичности объекта недвижимости, непосредственно связанного с землей, для определения предмета ипотеки. В соответствии со ст. 69 ФЗ «Об ипотеке» ипотека здания (сооружения) допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект. Если лицо, выступающее в роли залогодателя здания (сооружения), является *собственником* соответствующего земельного участка и такое лицо по договору ипотеки передает только здание (сооружение), а земельный участок не является предметом залога, такой договор должен считаться ничтожной сделкой (ст. 168 ГК РФ). Когда залогодатель здания не является собственником земельного участка, договор ипотеки не может считаться не соответствующим законодательству.

Более четко проводить в жизнь принцип специализации призван введенный законом кадастровый и технический учет объекта недвижимости — описание и индивидуализация

объекта недвижимого имущества, в результате чего он получает такие характеристики, которые позволяют однозначно выделить его из других объектов недвижимого имущества. Учет объекта недвижимого имущества сопровождается присвоением ему кадастрового номера (ст. 1 Закона).

Принцип публичности — в немецком праве означает возможность доступа к сведениям, содержащимся в поземельной книге и, следовательно, исключение всякой ссылки на незнание того, что занесено в законном порядке в книгу. Эффективность этого принципа напрямую зависит от степени свободы доступа к такого рода сведениям. Российское законодательство также провозгласило принцип открытости сведений о государственной регистрации. В ст. 7 Закона сказано: «Орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, *обязан* предоставлять сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре прав, *о любом* объекте недвижимости *любому* лицу, предъявившему удостоверение личности и заявление в письменной форме. Отказ в предоставлении информации может быть обжалован обратившимся лицом в суд». Публичный характер государственной регистрации ипотеки предусмотрен также ст. 26 ФЗ «Об ипотеке». Учреждение юстиции по регистрации прав несет ответственность за полноту и подлинность выдаваемой информации о правах на недвижимое имущество и сделках с ним (п. 1 ст. 31 Закона).

Принцип публичной веры поземельной книге в немецком праве означает, что открытость поземельной книги не имела бы практического значения, если бы не предполагалось, что информация, в ней содержащаяся, полностью соответствует действительности. Если существует управомоченное лицо, чьи интересы по распоряжению земельным участком ограничиваются через внесение записи в поземельную книгу, но его правомочия там не были отражены или были отражены неверно, — все это не имеет никакого значения для добросовестного приобретателя. Лицу, чьи права нарушены, предоставляется право требовать восстановления нарушенного права через внесение изменений в запись в книгу.

Российское законодательство предусматривает, что государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права. Зарегистрированное право может быть оспорено только в судебном порядке (п. 1 ст. 2 Закона). Кроме того, лица, виновные в умышленном или неосторожном искажении либо утрате информации о правах на недвижимое имущество и сделках с ним, зарегистрированных в установленном порядке, несут ответственность за материальный ущерб, понесенный в связи с этим какой-либо из сторон (п. 2 ст. 31 Закона).

Содержание Единого государственного реестра не в полной мере будет соответствовать действительности в ближайшее время, так как права на недвижимое имущество, возникшие до момента вступления в силу данного закона, признаются юридически действительными при отсутствии их государственной регистрации, введенной настоящим Законом. Государственная регистрация таких прав проводится по желанию их обладателей (п. 1 ст. 6 Закона).

Принцип очередности — в немецком праве устанавливает порядок удовлетворения по нескольким записанным и сталкивающимся между собой правам на одну и ту же недвижимость. Предпочтение одного записанного права другому зависит от времени записи. Каждое ограниченное вещное право, возникая, по немецкому законодательству, имеет определенный *ранг*. Последующий кредитор удовлетворяет свои требования после полного удовлетворения требования кредитора, предшествующего по рангу. Ранг может быть изменен по соглашению между предыдущим и последующим залогодержателями.

В российском праве датой государственной регистрации прав является день внесения соответствующих записей о правах в Единый государственный реестр прав (п. 3 ст. 2). Изменение ранга ипотеки по соглашению предыдущего и последующего залогодержателей ни ГК РФ, ни Закон «Об ипотеке» не предусматривают.

Реализация прав залогодержателя

Залоговое право предусматривает два этапа реализации права залогодержателя:

- обращение взыскания на имущество;
- реализация заложенного имущества.

В литературе высказывалось мнение о том, что правовое регулирование реализации прав залогодержателя «значительно отстает от действующей практики, чем существенно снижается интерес кредитора к данному способу обеспечения исполнения обязательства»³⁰. Однако нужно отметить, что законодателем делаются определенные шаги в этом направлении, о чем будет сказано ниже.

Закон РФ «О залоге» предусматривал следующий порядок обращения взыскания на заложенное имущество: только по решению суда, либо в предусмотренных законодательством случаях на основании исполнительной надписи нотариуса. Указанная норма не давала сторонам возможности предусмотреть иной порядок обращения взыскания на имущество.

ГК РФ шире освещает данный вопрос и допускает два варианта обращения взыскания на заложенное имущество: по решению суда и без обращения в суд. Законодатель предусмотрел случаи, когда обращение взыскания возможно только по решению суда и когда обращение взыскания по решению суда действует как общее правило, если залогодатель и залогодержатель не выберут иной порядок. Кроме того, ГК РФ предусмотрены различные способы обращения взыскания на заложенное имущество в зависимости от его характера и вида (движимое, недвижимое).

Ранее обращение взыскания на предмет залога производилось по решению суда, а в случаях, предусмотренных законодательством, в бесспорном порядке на основании исполнительной надписи нотариуса. Надо признать, что указанный порядок не учитывал в полном объеме интересы залогодателя. Исполнительная (формальная) надпись нотариуса о бесспорном списании порой сопровождалась полной неисследованностью представленных документов на предмет обоснованности требований залогодержателя.

С введением в действие ГК РФ был реализован дифференцированный подход к решению вопроса о порядке обращения взыскания на заложенное имущество. Законодатель предусмотрел выбор сторонами порядка обращения взыскания на заложенное имущество в зависимости от его вида, а также характера залоговых отношений. Статья 349 ГК, согласно которой для бесспорного обращения взыскания на имущество нотариально удостоверенного собственнo договора о залоге недостаточно, требует наличия специального соглашения залогодателя и залогодержателя на это действие без обращения в суд, заключенного после возникновения оснований для взыскания и удостоверенного нотариусом.

Таким образом, правовые нормы ГК РФ существенно изменили порядок обращения взыскания на заложенное имущество, сделав его более обоснованным и соответствующим реальной действительности. Но этого нельзя сказать о правилах, регламентирующих порядок реализации заложенного имущества исключительно с публичных торгов. У сторон залоговых правоотношений должен быть выбор в порядке реализации заложенного имущества. В правоприменительной практике толкование условий ст. 350 ГК, касающихся иного порядка реализации заложенного имущества, предусмотренного законом, должно пойти по пути сохранения в действии положений ст. 28 Закона о залоге: порядок реализации заложенного имущества, на которое обращено взыскание, мог быть предусмотрен в договоре залога. В этом смысле порядок реализации заложенного имущества, на которое обращено взыскание, определенный условиями договора залога, может признаваться судами в качестве обоснованного. Между тем, стороны должны учитывать, что данный договорный порядок продажи заложенного имущества может иметь место лишь в рамках допустимых ограничений, предусмотренных действующим законодательством.

Если правоприменительная практика пойдет по пути узкого толкования условий ст. 350 ГК, предусматривающей оговорку «об ином порядке», договорный порядок реализации заложенного имущества применять будет затруднительно. Выделяя преимущества залога как способа обеспечения обяза-

тельства и отмечая его особое значение при реализации прав и интересов сторон, следует отметить, что институт реализации заложенного имущества должен иметь более широкие возможности реализации заложенного имущества и не ограничиваться лишь продажей имущества с торгов. В этой связи нужно уделить особое внимание тем новшествам, которые предусматривает ФЗ РФ «Об ипотеке».

Залогодержатель вправе обратиться с иском на имущество, заложенное по договору об ипотеке, для удовлетворения за счет этого имущества своих требований, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обеспеченного ипотекой обязательства. При расхождении условий договора об ипотеке и условий обеспеченного ипотекой обязательства в отношении требований, которые могут быть удовлетворены путем обращения с иском на заложенное имущество, предпочтение отдается условиям договора об ипотеке. Если договором об ипотеке не предусмотрено иное, обращение с иском на имущество, заложенное для обеспечения обязательства, исполняемого периодическими платежами, допускается при систематическом нарушении сроков внесения платежей более трех раз в течение 12 месяцев, даже если каждая просрочка незначительна.

Обращение с иском на заложенное имущество может осуществляться:

- 1) в судебном порядке;
- 2) во внесудебном порядке.

Удовлетворение требований залогодержателя без обращения в суд допускается на основании нотариально удостоверенного соглашения между залогодержателем и залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения с иском на предмет ипотеки. В соглашении об удовлетворении требований залогодержателя без обращения в суд стороны могут предусмотреть:

- 1) реализацию заложенного имущества путем продажи с публичных торгов, либо путем продажи на аукционе;
- 2) приобретение заложенного имущества залогодержателем для себя или третьих лиц с зачетом в счет покупной

цены требований залогодержателя к должнику, обеспеченных ипотекой. В указанном соглашении не может быть предусмотрено приобретение заложенного имущества залогодержателем, если предметом ипотеки является земельный участок (ст. 64 ФЗ «Об ипотеке»).

Данная норма является новшеством в российском законодательстве о залоге, так как ни Закон «О залоге», ни ГК РФ не содержат такого способа удовлетворения требований залогодержателя. При таком способе удовлетворения требований залогодержателя стороны, безусловно, несут наименьшие расходы: отсутствуют расходы на госпошлину при обращении в суд с исковым заявлением, а также издержки, связанные с исполнением решения суда. При реализации имущества в судебном порядке данные расходы относятся на счет залогодателя.

При реализации заложенного имущества на публичных торгах орган, на который в соответствии с процессуальным законодательством возлагается исполнение судебных решений, не позднее чем за месяц до их проведения извещает о предстоящих публичных торгах в периодическом издании, с указанием даты, времени и места проведения публичных торгов, характера продаваемого имущества и его начальной продажной цены.

Лица, желающие принять участие в публичных торгах, вносят задаток. Лицо, выигравшее публичные торги, должно в течение пяти дней после их окончания внести сумму, за которую им куплено заложенное имущество, за вычетом ранее внесенного задатка на счет, указанный организатором публичных торгов. При невнесении этой суммы задаток не возвращается.

В течение пяти дней с момента внесения покупной цены лицом, выигравшим публичные торги, организатор публичных торгов заключает с ним договор купли-продажи. Этот договор и протокол о результатах публичных торгов являются основанием для внесения необходимых записей в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество.

Публичные торги объявляются их организатором несостоявшимися, когда:

- на них явилось менее двух покупателей;
- на публичных торгах не сделана надбавка против начальной продажной цены заложенного имущества;
- лицо, выигравшее публичные торги, не внесло покупную цену в установленный срок.

Не позднее чем на следующий день после того, как имело место какое-либо из указанных обстоятельств, публичные торги должны быть объявлены несостоявшимися.

В течение десяти дней после объявления торгов несостоявшимися залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество по его начальной продажной цене на публичных торгах и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные ипотекой этого имущества. К такому соглашению применяются правила о договоре купли-продажи. Ипотека в этом случае прекращается.

Если соглашение о приобретении имущества залогодержателем не состоялось, не позднее чем через месяц после первых публичных торгов проводятся повторные публичные торги. В случае объявления повторных публичных торгов несостоявшимися, залогодержатель вправе приобрести (оставить за собой) заложенное имущество по цене не более чем на 25 % ниже его начальной продажной цены на первых торгах и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные ипотекой имущества. Если залогодержатель не воспользуется этим правом в течение месяца после объявления повторных торгов несостоявшимися, ипотека прекращается.

При продаже заложенного имущества на аукционе организатором выступает избранная для этого залогодержателем с согласия залогодателя специализированная организация, которая действует на основании договора с залогодержателем и выступает от его или от своего имени.

Продажа заложенного имущества допускается, если аукцион является открытым. Продажа имущества на закрытом аукционе допускается лишь в случаях, предусмотренных федеральным законом. Порядок продажи имущества на аукци-

³¹ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.

оне определяется по правилам статей 447—449 ГК РФ, а также ФЗ «Об ипотеке».

В течение пяти дней с момента выполнения требования об оплате имущества лицом, выигравшим аукцион, организатор аукциона заключает с ним договор купли-продажи. Этот договор и протокол о результатах аукциона являются основанием для внесения необходимых записей в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество.

Правомочия собственника, к которому перешли права на заложенное имущество, могут быть частично ограничены. Так, на земельный участок, приобретенный при продаже на публичных торгах, на аукционе или по конкурсу, распространяются требования о разрешенном использовании. Собственник вправе менять назначение участка лишь в случаях, предусмотренных земельным законодательством РФ.

4. Поручительство

Одним из распространенных способов обеспечения исполнения обязательств по кредитным договорам является поручительство, сущность которого заключается в том, что поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части (ст. 361 ГК).

Обеспечительная функция поручительства заключается в том, что для кредитора увеличивается вероятность исполнения обязательства, так как в случае его нарушения должником кредитор может предъявить требования не только к нему, но и к поручителю. То есть, в отличие от залога, когда кредитор действует по принципу римского права «верю не лицу, а вещи» и предоставляет должнику реальный (обеспеченный имуществом) кредит, в данном случае предоставляется личный (основанный лишь на доверии) кредит.

Экономическая привлекательность данного вида обеспечения исполнения обязательства заключается в том, что к имуществу основного должника, из которого кредитор может по-

См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 10.

лучить удовлетворение, присоединяется имущество, принадлежащее поручителю. Но для этого кредитор должен быть уверен в том, что поручитель обладает достаточным имуществом для удовлетворения его требований.

Поэтому в банковской, например, практике при предоставлении кредита под поручительство возникает проблема определения платежеспособности поручителя, поскольку данный фактор играет большое значение в случае предъявления требований к поручителю при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства заемщиком.

В практике работы Сбербанка РФ платежеспособность поручителя определяется экономической и юридической службами банка по той же методике, которая применяется для определения платежеспособности самого заемщика. От поручителя истребуется полный пакет документов, свидетельствующих о финансовой устойчивости поручителя, его хозяйственных связях, дебиторской, кредиторской задолженности (если поручителем выступает юридическое лицо), справки о доходах поручителей — физических лиц.

Кредит может быть выдан заемщику под поручительство определенного лица (лиц) только после положительных решений соответствующих служб банка и решения кредитно-инвестиционного комитета о способности поручителя погасить кредит заемщика в случае возникновения просроченной задолженности последнего по кредитному договору.

Процедура определения кредитоспособности поручителя, используемая в практике работы указанного банка, по нашему мнению, достаточно эффективна. В случае невозможности заемщика по каким-либо причинам вернуть кредит и уплатить по нему проценты, поручитель будет обязан в полном объеме, включая проценты и неустойку, погасить задолженность заемщика в соответствии с условиями договора поручительства. Поэтому необходимо заранее установить, способен ли поручитель исполнять данную обязанность и отвечать по долгам заемщика.

³³ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.

Договор поручительства заключается между кредитором по основному обязательству и поручителем в письменной форме, несоблюдение которой влечет его недействительность (ст. 362 ГК).

Он может быть заключен одним из двух способов: 1) путем составления одного документа, подписанного сторонами — поручителем и кредитором, либо 2) путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной и иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК).

На практике нередко возникает вопрос, должен ли в составлении договора поручительства принимать участие кредитор по основному обязательству, и в какой форме это должно выражаться? Анализ действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что кредитор должен участвовать в заключении договора поручительства, поскольку статья 361 ГК РФ прямо указывает, что поручитель обязывается перед кредитором другого лица, что же касается формы такого участия, то практика показывает, что не обязательно составление единого документа всеми тремя сторонами. Отметка о принятии поручительства, сделанная кредитором на письменном документе, составленном должником и поручителем, может свидетельствовать о соблюдении письменной формы сделки поручительства. Так, например, организация-поручитель обратилась в арбитражный суд с иском о признании договора поручительства недействительным по основаниям, предусмотренным статьей 362 ГК РФ, то есть в связи с несоблюдением письменной формы договора.

При рассмотрении спора суд установил, что должником и поручителем был составлен письменный документ, в котором приводится номер и дата основного договора, содержатся сведения о должнике, кредиторе и характере основного обязательства, установлена обязанность поручителя отвечать перед кредитором за исполнение должником этого основного обязательства, а также определены пределы и основания ответственности поручителя. На указанном документе, подпи-

санном должником и поручителем, кредитор совершил отметку о принятии поручительства.

Факт составления такого документа без участия кредитора дал основания поручителю оспаривать действительность договора поручительства со ссылкой на нарушение простой письменной формы (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Арбитражный суд отказал в удовлетворении исковых требований, указав на то, что договор поручительства заключен путем составления одного документа, воля кредитора и поручителя явно выражена и зафиксирована в письменной форме. При изложенных обстоятельствах суд пришел к выводу о соблюдении в данном случае требований статьи 362 ГК РФ³⁴.

Необходимо отметить, что также как и при заключении самого кредитного договора, при заключении договора-поручительства очень часто возникает проблема, связанная с компетенцией органов организации-поручителя принимать решение и подписывать такой договор.

Например, кредитный договор, заключенный банком «Адамас-Самара-Банк» с ТОО, был обеспечен договором поручительства — гарантийным письмом АО «НК НПЗ» от 01.08.94, подписанным лицом, исполняющим обязанности генерального директора акционерного общества.

Согласно ст. 9 устава этого АО, принятие решений, касающихся выдачи гарантий, входит в компетенцию совета директоров, а не генерального директора. Такое разграничение полномочий совета директоров и исполнительных органов общества (генерального директора) соответствует нормам Типового устава акционерного общества открытого типа, утвержденного Указом Президента РФ от 01.07.92 № 721.

Поскольку решение о выдаче гарантии совет директоров не принимал и в последствии сделку не одобрял, договор поручительства не соответствует требованиям закона и должен быть признан недействительным в силу ст. 168 ГК РФ.

³⁴ См.: Там же.

В связи с этим указанный договор поручительства был признан арбитражным судом недействительным, и ответственность по кредитному договору была возложена на заемщика³². Таким образом, по существу, кредитное обязательство осталось не обеспеченным.

Действующие в настоящее время федеральные законы «Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью» содержат определения крупных сделок АО и ООО, для совершения которых требуется либо решение общего собрания общества большинством в три четверти голосов, либо совета директоров.

Поскольку крупной сделкой признается сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможности отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет более двадцати пяти процентов стоимости имущества общества, определенных на основании данных бухгалтерской отчетности за последний отчетный период, предшествующий дню принятия решения о совершении таких сделок. Следует внимательно подходить и к договору поручительства, если им обеспечивается кредитный договор на большую сумму, так как он предполагает косвенную возможность отчуждения имущества общества.

Помимо вопроса о том, кто принимает решение о заключении договора поручительства, важной является проблема, кто его подписывает от имени организации-поручителя. Зачастую на практике вместо исполнительного органа юридического лица, наделенного правом ведения дел от имени юридического лица без доверенности, договор подписывают другие должностные лица, не наделенные таким правом.

Кредитор, предоставляющий заемщику свои средства, должен заботиться об их возврате и обеспечении такого возврата.

В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой форме достигнуто соглашение по всем существенным его условиям.

³⁵ См.: Там же.

В отношении договора поручительства существенными условиями, без которых он считается незаключенным, являются четкое указание, за кого было выдано поручительство, указание на основное обязательство между должником и кредитором.

При отсутствии в договоре поручительства условий, позволяющих определить, за исполнение какого обязательства дано поручительство, договор считается незаключенным.

Это связано с тем, что поручительство является акцессорным обязательством по отношению к основному и существует постольку, поскольку существует основное обязательство. Естественно, что с отпадением основного обязательства (в частности, если оно недействительно) поручительство прекращается. Главное условие, предъявляемое п. 3 ст. 329 ГК к требованию, обеспеченному поручительством, — его действительность. Поручительством можно обеспечивать обязательство, которое возникнет в будущем.

На практике это, казалось бы, простое утверждение вызывает сомнения. Так, например, коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к заемщику и поручителю о взыскании суммы основной задолженности по кредитному договору, процентов и пеней за просрочку возврата долга.

Арбитражный суд удовлетворил исковые требования полностью за счет заемщика, указав, что договор поручительства сторонами фактически не заключен, поскольку он был подписан ранее кредитного договора и на сумму, превышающую выданный кредит³³.

Однако в соответствии со статьей 361 ГК РФ договор поручительства может быть заключен для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем.

Имевшиеся в тексте договора поручительства сведения позволяли определить, по какому обязательству предоставлено обеспечение; сумма кредита не превысила предельную сумму, на которую было дано поручительство. Каких-либо других кредитных договоров под данное поручительство не заключалось.

³⁶ См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 10.

Исходя из этого, апелляционная инстанция решение суда первой инстанции изменила, и на основании статьи 365 ГК РФ удовлетворила исковые требования за счет заемщика и поручителя солидарно.

В любом случае поручительство может служить обеспечением только тех обязательств, которые подлежат денежной оценке.

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.

В отношении объема ответственности поручителя ГК РФ внес некоторую конкретизацию по сравнению с ГК РСФСР, включив в него уплату судебных издержек наряду с ответственностью за убытки и уплатой процентов (п. 2 ст. 363 ГК РФ). В новом ГК нет прямого указания на возможность взыскания с поручителя неустойки, как предусматривало ранее действующее законодательство. Между тем, возможность взыскания с должника именно неустойки, а не убытков, как правило, предпочтительнее для кредитора, так как процесс доказывания наличия и размера убытков обычно является сложным и не всегда реальным делом. Практика уже ищет пути разрешения данной проблемы.

Кредитор обратился в арбитражный суд с иском к поручителю о возврате взятых в займы денег, уплате процентов за пользование ими и пени.

Как следует из материалов дела, договором поручительства предусмотрена ответственность поручителя за возврат должником суммы займа и процентов за пользование им в размере, определенном договором займа.

В установленный срок заемщик свои обязательства не исполнил, в связи с чем кредитор обратился к поручителю с требованием об их исполнении. После отказа поручителя от исполнения обязательства кредитор предъявил к нему иск.

³⁷ См.: Там же.

Арбитражный суд искивые требования удовлетворил полностью. Поручитель подал апелляционную жалобу, в которой просил решение в части взыскания с него пени отменить, поскольку по договору поручительства он не гарантировал уплату за должника неустойки.

В отзыве на жалобу кредитор просил оставить решение без изменения, поскольку в соответствии с пунктом 2 статьи 363 ГК РФ поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как 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. В рассматриваемом договоре нет прямой оговорки об исключении ответственности в форме неустойки. В связи с этим кредитор полагал, что условие договора об ответственности за возврат долга и процентов следует рассматривать как определяющее содержание обязательства, за которое отвечает поручитель, а не как условие об ограничении его ответственности.

Апелляционная инстанция решение в части взыскания неустойки отменила, и в этой части в иске отказала. При этом апелляционная инстанция исходила из диспозитивности правила, установленного пунктом 2 статьи 363 Кодекса.

Поскольку в данном случае договором были установлены условия, ограничивающие ответственность поручителя, суд не вправе был возлагать на поручителя ответственность за уплату неустойки³⁴.

Таким образом, можно сделать вывод, что, так как вопрос о взыскании с поручителя неустойки не решен действующим законодательством, кредитору рекомендуется включать подобные условия в текст договора.

В своих возражениях против требований кредиторов об исполнении обязательства поручители нередко ссылаются на изменение характера своих отношений с должником и устаревание оснований, повлекших выдачу поручительства.

³⁸ См.: Там же.

Юридическое лицо выступило поручителем по кредитному договору, заключенному между банком и заемщиком. Между банком и поручителем был заключен договор, в котором определялись основания и объем ответственности поручителя по кредитному обязательству. В связи с невозвратом кредита в установленный срок банк обратился с иском к поручителю как солидарному должнику по кредитному обязательству. Поручитель отказался удовлетворить требования банка-кредитора по причине того, что поручительство было выдано им на основании договора о совместной деятельности, заключенного с должником. Поскольку договор о совместной деятельности был расторгнут в связи с невыполнением другой стороной своих обязанностей, поручитель должен быть освобожден от своей ответственности.

Эти доводы обоснованно отклонены арбитражным судом. В соответствии со статьей 361 ГК РФ поручительство — договор между поручителем и кредитором другого лица. Характер отношений между должником и поручителем не влияет на характер отношений между поручителем и кредитором, если иное не установлено договором поручительства³⁵.

ГК РФ предусматривает солидарную ответственность поручителя перед кредитором. Банки в настоящее время могут предъявлять требования одновременно и к заемщику, и к его поручителям о взыскании в полном объеме задолженности по кредитному договору.

Должник и поручитель одновременно остаются обязанными до полного погашения задолженности. Несмотря на то, что данное положение является как бы «прописной истиной», суды допускают ошибки при его применении.

Коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью (заемщику) и акционерному обществу (поручителю) о взыскании невозвращенного кредита и процентов за пользование им.

Решением арбитражного суда иск удовлетворен за счет поручителя, в иске к заемщику отказано.

Мотивом освобождения заемщика от ответственности послужило отсутствие у него денежных средств, достаточных

для погашения долга перед истцом, и возложение в связи с этим ответственности на поручителя.

При принятии данного решения судом не было учтено, что отказ в иске к одному из ответчиков фактически означает признание требований истца к нему необоснованными. Между тем, по данному делу было установлено неисполнение заемщиком своих обязательств, что подтверждало правомерность имущественных претензий к нему кредитора.

Поскольку в договоре поручительства не было установлено иное, поручитель и должник отвечали в данном случае перед кредитором солидарно (ст. 363 Кодекса).

Поэтому при принятии решения следовало исходить из того, что при наличии оснований для привлечения к ответственности обоих солидарных должников в резолютивной части решения указывается о взыскании соответствующей суммы с обоих ответчиков солидарно.

Самостоятельную ответственность перед кредитором поручитель, не исполнивший своего обязательства, несет только в случае установления такой ответственности непосредственно в договоре поручительства³⁶.

Кредитор обратился в арбитражный суд с иском к поручителю о возврате основной суммы долга и уплате процентов за пользование денежными средствами, поскольку должник обязательство не исполнил.

Как следует из материалов дела, договором поручительства предусмотрена ответственность поручителя за неисполнение заемщиком обязательства по возврату основной суммы долга и уплате процентов за пользование денежными средствами.

В связи с неисполнением обязательства должником кредитор обратился с требованием о платеже к поручителю, несущему солидарную ответственность с должником. Поручитель от удовлетворения предъявленного ему требования отказался, сославшись на недействительность договора поручительства.

Кредитор обратился в арбитражный суд с иском к поручителю, требуя взыскать с него основную сумму долга, про-

³⁹ См.: Там же.

центы за пользование денежными средствами в размере, установленном договором, начисленные со дня вынесения решения, и проценты, установленные статьей 395 Кодекса со дня, когда поручителю было предъявлено требование о платеже, от оплаты которого он отказался.

Арбитражный суд иски удовлетворил в части основного долга и процентов, установленных договором. В части процентов, установленных статьей 395 Кодекса, в иске было отказано на том основании, что поручитель не несет самостоятельной ответственности за уплату денежных средств. Ответственность поручителя ограничивается уплатой сумм, причитающихся с основного должника, если иное не установлено договором поручительства. В данном случае основным договором предусматривался иной размер процентов, уплачиваемых при просрочке возврата долга. Указанные проценты и подлежат уплате поручителем³⁷.

Новым ГК РФ предусматривается также иной порядок определения сроков поручительства. Так, в силу статьи 367 ГК РФ, поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, а если такой срок договором не предусмотрен, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства, но когда срок исполнения не указан и не может быть определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иск к поручителю в течение 2-х лет со дня заключения договора поручительства.

Данная норма коренным образом отличается от соответствующих норм ГК 1964 года и Основ гражданского законодательства 1991 г., в соответствии с которыми поручительство считалось прекращенным, если в течение трехмесячного срока кредитор не предъявил иска к поручителю (ст. 208 ГК 1964 г.), причем этот срок являлся пресекательным и не подлежал восстановлению.

⁴⁰ См.: Там же.

Установление такого небольшого срока исковой давности предъявления требований к поручителю на практике часто сопровождалось пропуском указанного срока со стороны банка-кредитора вследствие недостаточной оперативности работников юридических служб банка, либо по иным субъективным или объективным причинам, и, таким образом, в связи с этим возникали серьезные затруднения в части взыскания задолженности в пользу банка.

Данная проблема, на наш взгляд, удачно разрешена в новом ГК РФ, который, повторимся, установил более длительные сроки исковой давности предъявления требований к поручителю, что, несомненно, отвечает интересам банка кредитора.

Кредитор обратился в арбитражный суд с иском к должнику по денежному обязательству и поручившемуся за него лицу о взыскании суммы долга по кредитному договору.

При рассмотрении спора было установлено, что иск заявлен по истечении годичного срока со дня наступления срока исполнения основного обязательства, определенного в кредитном договоре. Ссылаясь на это обстоятельство, поручитель просил освободить его от ответственности по основаниям, предусмотренным пунктом 4 статьи 367 ГК РФ. Поскольку договором поручительства предусмотрено его действие до фактического возврата суммы займа, кредитор просил отклонить доводы поручителя.

Арбитражный суд исковые требования удовлетворил за счет основного должника, в отношении поручителя в иске отказал.

При этом суд обоснованно исходил из следующего. В соответствии со статьей 190 ГК РФ установленный сделкой срок определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить. С учетом этого установленное в договоре условие о действии поручительства до фактического исполнения основного договора не может считаться условием о сроке.

В соответствии с пунктом 4 статьи 367 ГК РФ в случаях, когда срок в договоре поручительства не установлен, оно прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю⁴¹.

При установлении в договоре поручительства условия о сроке, на который оно выдано, поручительство прекращается, если в течение этого срока кредитор не предъявил иска к поручителю.

Кредитор обратился в арбитражный суд с иском к поручителю о взыскании соответствующей суммы, с обращением взыскания на имущество поручителя, поскольку средства на счете поручителя в размере, достаточном для полного погашения требований, отсутствовали.

Как следует из материалов дела, в договоре поручительства было установлено, что оно выдано на один год с момента заключения договора. Кредитору предоставлялось право списать соответствующую сумму со счета поручителя в безакцептном порядке.

В связи с неисполнением обязательства основным должником кредитор предъявил платежное требование, оплачиваемое без акцепта, к счету поручителя в течение срока действия поручительства. Иск был заявлен по истечении срока, установленного договором поручительства.

Арбитражный суд в иске отказал, указав, что в силу пункта 4 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно выдано. В связи с этим суд пришел к выводу об отсутствии оснований для привлечения поручителя к ответственности.

Апелляционная инстанция решение отменила и иск удовлетворила. При отмене решения апелляционная инстанция исходила из того, что пункт 4 статьи 367 ГК РФ не предусматривает обязательного предъявления иска в течение определенного договором поручительства срока. Такое требова-

⁴¹ См.: Там же.

ние законодательство предусматривает лишь для случаев, когда срок поручительства договором не установлен.

Стороны вправе в договоре определить, в какой форме может быть предъявлено требование к поручителю. В данном случае стороны предусмотрели предъявление требования в форме выставления платежного документа к счету поручителя. Поскольку в предусмотренной договором форме требование было предъявлено поручителю в пределах срока действия поручительства, кредитор вправе предъявить иск к поручителю в срок, установленный статьей 207 ГК РФ, то есть до истечения срока исковой давности по основному обязательству.

Кассационная инстанция отменила постановление апелляционной инстанции и оставила в силе решение, исходя из того, что в силу пункта 4 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Поскольку в данном случае кредитор обратился к поручителю с иском по истечении срока действия поручительства, основываясь на прекратившемся обязательстве, основания для удовлетворения иска за счет поручителя отсутствовали³⁹.

По закону поручитель несет не только ответственность, но и пользуется определенными правами. Право поручителя — выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет права на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказывается или признал свой долг.

К поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требования кредитора. Поручитель также вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника.

⁴² См.: Uniform Rules for Demand Guarantees ICC Publication. № 458.

При неполучении исполнения от должника кредитор обратился с требованием о платеже к поручителю, несущему солидарную ответственность с должником. Поручитель направил должнику копию требования кредитора и просил проинформировать его о том, производилось ли погашение долга.

Не получив ответа от должника в пределах нормально необходимого для ответа срока, поручитель по повторному требованию кредитора произвел выплату долга в полном объеме.

Руководствуясь пунктом 1 статьи 365 ГК РФ, поручитель обратился к должнику с требованием о возмещении выплаченной кредитору суммы с начисленными на нее процентами в размере, определенном на основании статьи 395 Гражданского кодекса. Должник требования признал частично, указав, что на момент совершения поручителем платежа сумма долга была частично уплачена кредитору, и у поручителя отсутствовали основания для ее платежа. По мнению должника, поручитель вправе обратиться с требованием к кредитору о возврате неосновательно полученной суммы.

Поручитель обратился в арбитражный суд с иском к должнику. Арбитражный суд исковые требования удовлетворил полностью, указав, что в соответствии со статьей 366 ГК РФ должник, исполнивший обеспеченное поручительством обязательство, должен был немедленно известить об этом поручителя. При невыполнении должником этой обязанности поручитель, в свою очередь исполнивший обязательство, вправе либо взыскать с кредитора неосновательно полученные суммы, либо предъявить регрессное требование к должнику⁴⁰.

Выбор способа защиты в данном случае принадлежит поручителю.

По исполнению поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование.

Эти правила применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником.

Законом предусмотрено, что должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан неза-

медлительно известить об этом поручителя. В противном случае поручитель, в свою очередь исполнивший обязательство, вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное либо предъявить регрессное требование к должнику. В последнем случае должник вправе взыскать с кредитора лишь неосновательно полученное.

В действующем законодательстве (ст. 365 ГК РФ) расширены права поручителя, исполнившего требования кредитора к должнику. Наряду с переходом к нему всех прав требования в объеме исполненного за должника, поручитель вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника. Закон не содержит прямого указания на размер процентов и срока, с которого они начисляются. Видимо, речь идет о процентах, указанных в ст. 395 ГК РФ (в размере средней ставки банковского процента), а началом течения срока начисления процентов станет момент удовлетворения требований кредитора поручителем. Необходимо отметить, что это правило будет применяться, если иное не установлено законом, иными правовыми актами, договором поручительства с должником или не вытекает из отношений между сторонами.

Гражданским кодексом установлена норма, которая не только регулирует основания прекращения поручительства, но и призвана охранять законные интересы поручителя (ст. 367 ГК РФ), в которой указано, что поручительство прекращается как с прекращением основного обязательства, так и в случае изменения этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего; 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.

Кредитор обратился в арбитражный суд с иском о возврате суммы займа к поручителю, несущему солидарную ответствен-

ность с должником. Предварительно кредитором было предъявлено требование к заемщику, но удовлетворение получено не было.

Как следует из материалов дела, в заключенном между кредитором и заемщиком кредитном договоре предусматривалось право кредитора в одностороннем порядке изменять процентную ставку за пользование кредитом. Исполнение обязательств заемщиком по возврату долга обеспечивалось поручительством.

В соответствии с условиями кредитного договора кредитор увеличил процентную ставку за пользование кредитом и информировал об этом должника и поручителя.

В исковом заявлении кредитор просил взыскать с поручителя сумму долга и проценты, первоначально установленные договором.

Арбитражный суд в иске к поручителю отказал, исходя из следующего.

В соответствии с пунктом 1 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается в случае изменения этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего. Поскольку поручительство прекратилось в момент внесения изменений в обеспечиваемое обязательство, у кредитора отсутствовали основания для предъявления требований к поручителю.

Арбитражный суд обоснованно отклонил доводы кредитора о том, что, давая поручительство за исполнение обязательств по договору, включавшему условие о праве кредитора изменить размер платы за кредит в одностороннем порядке, поручитель тем самым выразил свое согласие с такими изменениями. При этом суд исходил из того, что в договоре поручительства прямо выраженное согласие поручителя отвечать в соответствии с измененными условиями основного договора отсутствовало⁴¹.

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что поручительство является одним из распространенных способов обеспечения договоров, в основном — договоров банковского кредитования. На наш взгляд, нормы ГК РФ, регулирующие поручительство, более детальны, чем соответствующие нормы ГК

РСФСР 1964 г., составлены в основном удачно, защищают интересы как кредитора, так должника и поручителя. Рассмотренные выше проблемы возникают не в сфере законодательства о поручительстве, а в связи с практикой его применения.

5. Банковская гарантия

Банковская гарантия представляет собой новый, ранее неизвестный отечественному законодательству, способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств.

До введения в действие с 1 января 1995 года нового ГК РФ банковская гарантия являлась исключительно институтом международного частного права. Этот ранее неизвестный в России способ обеспечения обязательств целиком заимствован из международного частного права, при этом, думается, законодатель, посвятив данному институту целый параграф, состоящий из 12 статей, преследовал главным образом цель сближения внутреннего и международного законодательства.

Прототипом для разработки норм ГК РФ, посвященных банковской гарантии, послужили Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные Международной торговой палатой и применяемые в случае прямого указания на них сторонами в договоре⁴².

Так, в зарубежной банковской практике известны различные виды гарантий: например, гарантия исполнения контракта (гарантийная сумма выплачивается принципалом контракта); тендерная гарантия (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, если принципал, выигравший тендер, откажется от заключения договора подряда); гарантия по возврату платежей (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, осуществившему предоплату принципалу, если последний не выполнит своих договорных обязательств по поставке продукции, выполнению работ, оказанию услуг); «резервный аккредитив» (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, если принципал по каким либо причинам не выс-

тавит аккредитив, а бенефициар представит все документы, необходимые для получения денег) и т. п.

Институт банковской гарантии появился в новом Гражданском кодексе не без известного влияния международной банковской практики, где существует два вида банковских гарантий. По механизму платежа гарантии подразделяются на условные гарантии и гарантии по первому требованию. Условная банковская гарантия предполагает, что требования бенефициара к гаранту подлежат удовлетворению только в том случае, если бенефициар наряду с требованием платежа представит судебное решение, вынесенное против принципала. Это и есть условие платежа по гарантии. Гарантия по первому требованию, напротив, обязывает гаранта произвести платеж против простого требования бенефициара без необходимости представления последним судебного решения или иного доказательства ненадлежащего выполнения принципалом своих договорных обязательств. В новом Гражданском кодексе воспроизведен институт гарантии по первому требованию.

Этот вид гарантии имеет свои достоинства и недостатки. Достоинства заключаются в том, что возможно более быстрое, по сравнению с условной гарантией, удовлетворение требований бенефициара. Для этого нет необходимости предъявлять судебное решение, что делает процедуру более быстрой и экономичной. Недостатком же является то, что бенефициар не должен предъявлять доказательства ненадлежащего исполнения принципалом своих договорных обязательств.

Однако такой недостаток, на наш взгляд, легко устраним путем внесения в действующий ГК изменений, касающихся взаимосвязи между основным обязательством и банковской гарантией. Банковская гарантия, как и другие способы обеспечения, должна зависеть от основного обязательства, должна носить акцессорный характер, чего в ГК РФ нет.

Термин «банковская гарантия» использован в ГК условно, так как это обязательство может выдаваться как банками,

⁴³ См.: Агеев А. Банковская гарантия // Домашний адвокат. 1996. № 10. С. 15.

так и страховыми организациями и иными кредитными учреждениями.

По ст. 368 ГК РФ «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 представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате».

Таким образом, для банковской гарантии характерен особый субъектный состав участников отношений, связанных с данным способом обеспечения.

В качестве гаранта могут выступать только банки, иные кредитные учреждения, созданные и действующие в соответствии с Законом о банках, то есть имеющие банковскую лицензию на совершение банковских операций или страховые организации, созданные и действующие в соответствии с Законом РФ «О страховании» и прошедшие соответствующее лицензирование.

Принципал — лицо, которое обращается к гаранту с просьбой о выдаче банковской гарантии, это должник в основном обязательстве, исполнение которого обеспечивается банковской гарантией. Им могут быть юридические и физические лица. Бенефициар — лицо, наделенное правом предъявлять требования к гаранту, является, соответственно, кредитором в основном обязательстве.

Банковская гарантия, в отличие от традиционных способов обеспечения исполнения обязательств, не зависит от основного обязательства, в обеспечение которого она выдана (ст. 370 ГК) и сохраняет свою силу даже после прекращения основного обязательства или признания его недействительным.

Данная норма, по нашему мнению, противоречит самой сущности, понятию «способ обеспечения исполнения обязательств», не отвечает такому существенному признаку спосо-

⁴⁴ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.

⁴⁵ См.: Там же.

ба обеспечения, как дополнительный (акцессорный) характер обеспечительного обязательства, зависимость которого от основного обязательства проявляется в том, что, во-первых, при недействительности основного обязательства дополнительное обязательство не сохраняет силу, и, во-вторых, с истечением срока исковой давности по основному требованию истекает срок исковой давности по дополнительному требованию. В данном случае истечение срока по основному обязательству, обеспеченному банковской гарантией, не влечет истечения срока действия обязательства, вытекающего из банковской гарантии, а также гарант обязан по требованию кредитора выплатить ему соответствующую денежную сумму и тогда, когда обязательство должника признано недействительным.

Таким образом, банковская гарантия, по мысли законодателя, является совершенно абстрактным обязательством, оторванным от основного, в обеспечение которого она выдана, что дает основание сомневаться в оправданности, правильности отнесения указанного института к категории гражданско-правовых способов обеспечения исполнения обязательств.

Кроме того, вышеуказанные правила, по нашему мнению, создают дополнительный риск для гаранта, поскольку он вынужден будет уплатить кредитору значительную сумму (так как, думается, банковская гарантия предусматривает обеспечение крупных денежных обязательств должника) даже в том случае, если обязательство должника признано недействительным: в соответствии со ст. 376 ГК РФ гарант может отказать кредитору в удовлетворении его требований лишь в том случае, если требования последнего или приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены по окончании срока гарантии.

Статьей 376 ГК РФ установлено также, что в случае, если гаранту до удовлетворения требований кредитора стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям, либо недей-

ствительно, он должен немедленно сообщить об этом кредитору и должнику. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование кредитора подлежит удовлетворению гарантом, что выглядит крайне нелогичным.

Думается, в современных экономических условиях коммерческие банки, ориентированные на прибыль, или иные кредитные учреждения, страховые организации, в силу специфики их деятельности, вряд ли будут принимать с готовностью предложения с просьбой выдать подобную банковскую гарантию, то есть возникают сомнения в жизнеспособности данного института, его широком применении, использовании, в частности, в практике банковского кредитования.

Специфика банковской гарантии дополняется правилом о презюмированной безотзывности банковской гарантии (п. 2 ст. 369 ГК РФ).

Для возможности отзыва гарантии необходимо предусмотреть данное условие в самом тексте банковской гарантии. В этом случае могут возникнуть определенные сложности с бенефициаром, который, боясь, что его обязательство останется без обеспечения, откажется принимать от принципала такой способ обеспечения и заключать с ним основной договор.

В свою очередь думается, что при безотзывном характере банковской гарантии, в силу значительного риска для гаранта, вознаграждение за выдачу гарантии будет достаточно высоким. По нашему мнению, вышеуказанные признаки банковской гарантии делают ее малопривлекательной именно для банков, кредитных учреждений, страховых организаций, которые могут выступать в качестве гаранта.

Может быть, в дальнейшем появятся коммерческие организации, имеющие статус кредитных учреждений, которые будут специализироваться по выдаче банковских гарантий, учитывая возмездный характер данного института.

Принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное. Таким обра-

⁴⁶ См.: Там же.

зом, уступка требования в этом случае возможна только с согласия должника (гаранта). Это правило является исключением из общих правил о замене кредитора, предусмотренных ст. 382 ГК РФ.

Банковская гарантия вступает в силу с момента ее выдачи (если в самой гарантии не предусмотрено иное). Это означает, что, если в самой гарантии не изменен предусмотренный законодательством принцип ее вступления в силу, то бенефициару нет необходимости сообщать гаранту о принятии банковской гарантии или ссылаться на гарантию в договоре по основному обязательству.

Следует отметить, что данной точки зрения придерживаются не все авторы.

Так, например, Агеев А. считает, что, если в тексте кредитного соглашения нет ссылки на гарантию, то выдача гарантом гарантийного письма без его акцепта кредитором также не порождает гарантийных отношений⁴³. Однако данная точка зрения не подтверждается практикой.

В обеспечение обязательства поставщика по поставке товаров банк выдал покупателю гарантийное письмо, которым принимал на себя обязательство выплатить определенную сумму покупателю-бенефициару при предъявлении им письменного требования в случае невыполнения поставщиком в обусловленный срок обязательств по поставке.

В связи с неисполнением обеспечиваемого гарантией обязательства бенефициар предъявил гаранту письменное требование об уплате соответствующей суммы с приложением предусмотренных условиями гарантии документов. Гарант отказался произвести выплату, указав, что обязательство по гарантии не возникло.

По мнению гаранта, не была соблюдена простая письменная форма сделки (ст. 161, 434 ГК), поскольку бенефициар не направил гаранту письменного извещения о принятии гарантийного письма. В основном договоре ссылка на выданную гарантию также отсутствовала. Исходя из этого гарант полагал, что гарантийная сделка является недействительной в соответствии с пунктом 2 статьи 162 ГК.

Рассмотрев заявленные бенефициаром исковые требования к гаранту, арбитражный суд признал их обоснованными, поскольку статья 368 ГК, предусматривая необходимость письменного оформления обязательства гаранта перед кредитором, не требует заключения письменного соглашения между гарантом и бенефициаром. Кроме того, в соответствии со статьей 373 ГК банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное.

В гарантийном письме, адресованном бенефициару, гарант не поставил возникновение своих обязательств в зависимость от получения письменного ответа бенефициара о принятии гарантии. Следовательно, обязательства гаранта возникли в момент ее выдачи. Поэтому арбитражный суд, установив, что требование бенефициаром было предъявлено в установленный срок и с приложением всех необходимых документов, исковые требования бенефициара полностью удовлетворил, взыскав с гаранта обусловленную в его обязательстве сумму⁴⁴.

Более того, даже отсутствие письменного соглашения между принципалом и гарантом не влечет недействительности гарантийного обязательства гаранта перед бенефициаром.

Так, банк выдал банковскую гарантию организации-бенефициару. При наступлении обусловленных в гарантийном обязательстве условий бенефициар обратился к гаранту с требованием о выплате соответствующей суммы. Гарант отказался от выполнения своих обязательств, поскольку письменное соглашение между ним и принципалом (должником по основному обязательству) не было заключено. Это обстоятельство, по мнению гаранта, свидетельствовало об отсутствии оснований возникновения гарантийного обязательства перед бенефициаром.

Рассмотрев иск бенефициара к гаранту, арбитражный суд его удовлетворил, исходя из следующего.

Гарантийное обязательство возникает между гарантом и бенефициаром на основании одностороннего письменного обязательства гаранта. Действительность этого обязательства

⁴⁷ См.: Там же.

не зависит от наличия письменного соглашения между гарантом и принципалом.

Письменное обязательство гаранта перед бенефициаром по форме и содержанию соответствовало требованиям статьи 386 ГК. Требование бенефициаром было заявлено в установленный срок и соответствовало условиям гарантийного обязательства. В связи с этим оснований для освобождения гаранта от ответственности не имелось⁴⁵.

Статья 374 ГК РФ предусматривает, что требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть предъявлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему должно быть указано, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия. Требование должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

Законодатель не называет документы, которыми должна быть подтверждена банковская гарантия. Перечень этих документов должен быть определен в самой гарантии. При нарушении этого требования могут наступить нежелательные для бенефициара последствия: гарант на основании ст. 376 ГК может отказать бенефициару в удовлетворении его требований.

Законодателем не урегулирован вопрос о том, в какой срок могут быть заявлены требования бенефициара, если в банковской гарантии такой срок не установлен.

Практика в решении данного вопроса пошла по следующему пути.

Кредитор предъявил в арбитражный суд иск к гаранту, принявшему на себя письменное обязательство выплатить 100 млн рублей при предъявлении ему документов, подтверждающих неисполнение третьим лицом договора поставки.

Арбитражный суд, исследовав представленные кредитором документы, в том числе текст гарантийного обязательства гаранта, переписку между кредитором и гарантом по поводу условий гарантии, пришел к выводу о том, что гарантий-

ное обязательство не возникло и оснований для удовлетворения требования кредитора не имеется.

При этом арбитражный суд исходил из следующего. Ни в тексте гарантии, ни в других письменных документах, связанных с оформлением гарантийного обязательства, не содержалось условия о сроке, в течение которого требование может быть заявлено гаранту. Содержащееся в гарантии указание на выплату суммы после истечения срока поставки товара не может быть расценено в качестве условия о сроке действия гарантии⁴⁶.

Как следует из пункта 2 статьи 374 и пункта 1 статьи 376 Кодекса, срок, на который выдана гарантия, является существенным условием гарантийного обязательства. При его отсутствии гарантийное обязательство в силу статьи 432 Кодекса следует считать невозникшим.

На основании ст. 375 ГК по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами.

Гарант должен рассмотреть требования бенефициара в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствует ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии.

Возникает вопрос, что понимать под разумной заботливостью. На наш взгляд, это означает, что необходимо отнестись к требованиям бенефициара как к своим собственным, при этом необходимо соблюдать принцип надлежащего исполнения обязательства и сроки исполнения.

В случае, если предъявленное гаранту требование, либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии или нарушен срок, гарант может отказать бенефициару в удовлетворении его требования. Об этом гарант немедленно извещает бенефициара.

Если гаранту до исполнения требования бенефициара стало известно о том, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или частично уже исполнено, пре-

кратилось по иным основаниям или недействительно, он должен немедленно уведомить об этом бенефициара и принципала.

Если же после такого уведомления гарант вновь повторно получит требование бенефициара, то это требование должно быть исполнено.

Это положение вытекает из принципа независимости банковской гарантии от основного обязательства.

Из этого положения следуют два вывода:

1) Гарантия может быть выдана определенному кредитору принципала и в ее тексте этот кредитор будет указан, а может быть выдана любому кредитору принципала, то есть бенефициаром по этой гарантии может быть любой кредитор принципала в пределах суммы и срока, на который выдана гарантия, при наступлении определенных условий. По этому пути идет и судебная практика.

Банк выдал принципалу гарантийное письмо, в котором не указывалось наименования бенефициара, перед которым банк принимает обязательство уплатить денежную сумму в случае невозврата долга принципалом.

Принципал (должник по основному обязательству) передал гарантийное письмо кредитору, который выдал под данную гарантию кредит.

При невозврате кредита основным должником кредитор обратился к банку с требованием об исполнении обязательств по банковской гарантии. Банк отказался удовлетворить указанное требование, сославшись на отсутствие гарантийного обязательства.

Заявленный кредитором иск к банку был удовлетворен арбитражным судом по следующим основаниям.

Из статьи 368 Кодекса не следует, что банковская гарантия должна содержать наименование конкретного бенефициара. При отсутствии такого указания обязательство по гарантии должно исполняться в пользу кредитора (бенефициара), предъявившего гаранту подлинник банковской гарантии.

⁴⁸ См.: Там же.

2) Гарантия не прекращается в случае недействительности основного долга (п. 2 ст. 376 ГК), так как по гарантии обязанное лицо гарантирует кредитора принципала от убытков при наступлении определенных условий (например, при неплатежеспособности должника).

Как уже отмечалось, второй вывод о банковской гарантии не отвечает признакам, характерным для обеспечения обязательств.

В связи с этим практика вынуждена была отступить от предписаний действующего законодательства.

Бенефициар обратился с иском к организации-гаранту. В гарантии предусматривалась обязанность гаранта выплатить 20 млн рублей при предъявлении бенефициаром требования с приложением письменного подтверждения факта отсутствия у принципала денежных средств для оплаты товаров в размере, определенном договором купли-продажи.

В срок, установленный в гарантии, бенефициар предъявил гаранту требования о платеже с приложением заверенной принципалом справки, подтверждающей отсутствие средств на счете принципала на день, когда оплата товара должна была быть произведена. Гарант отказался от выплаты суммы по гарантии, указав, что по имеющимся у него данным оплата товаров бенефициару была произведена третьей организацией по просьбе принципала и, следовательно, обеспеченное обязательство исполнено.

Бенефициар повторно потребовал оплаты от гаранта и после отказа последнего от платежа обратился с иском в арбитражный суд. Свои требования бенефициар основывал на положениях пункта 2 статьи 376 Кодекса, согласно которому, если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, гарант должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом.

Рассматривая спор, арбитражный суд установил, что бенефициар, являясь кредитором в основном обязательстве, уже получил оплату за поставленный принципалу товар. Это обстоятельство подтверждалось представленными гарантом доказательствами. Факт оплаты товара за счет средств банковского кредита не отрицал и должник по основному договору (принципал).

При таких условиях арбитражный суд расценил действия бенефициара как злоупотребление правом и на основании статьи 10 Кодекса в иске отказал⁴⁷.

На наш взгляд, для устранения различий в правоприменительной практике необходимо внести изменение в действующее законодательство и привести в соответствие нормы о банковской гарантии с положениями о способах обеспечения обязательств и с общими принципами гражданского права.

Ответственность гаранта ограничена суммой, оговоренной в гарантии, независимо от реальной задолженности принципала по основному обязательству, в частности, кредитному договору, если иное не предусмотрено в гарантии (ст. 377 ГК РФ). В то же время ответственность гаранта за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии не ограничивается этой суммой, если в гарантии не предусмотрено иное. Гарант несет ответственность уже за собственные действия на общих основаниях.

Коммерческий банк выдал банковскую гарантию, согласно которой гарант обязался уплатить бенефициару в случае невозвращения кредита принципалом сумму задолженности по кредиту и процентам.

Бенефициар предъявил требование к гаранту об исполнении гарантийного обязательства. Гарант отказал в выплате денежной суммы, предусмотренной в гарантии. Необоснованность отказа гаранта исполнить свои обязательства подтверждена решением арбитражного суда, которым иск бенефициара к гаранту был удовлетворен.

В связи с задержкой исполнения обязательства по банковской гарантии на четыре месяца бенефициар предъявил иск о взыскании с гаранта дополнительно процентов по учет-

ной ставке Центрального банка Российской Федерации на основании статьи 395 Кодекса.

Арбитражный суд иски удовлетворил исходя из того, что гарант является должником бенефициара по самостоятельному денежному обязательству по уплате оговоренной в гарантии денежной суммы.

В соответствии с пунктом 2 статьи 377 Кодекса ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное.

Поскольку гарант не выполнил своего обязательства и допустил просрочку выплаты денежных средств бенефициару, на основании статей 377, 395 Кодекса банк-гарант должен нести перед бенефициаром ответственность с момента получения его письменного требования.

Иск бенефициара к гаранту, отказавшемуся удовлетворить своевременно предъявленное требование об уплате денежной суммы, может быть заявлен в пределах общего срока исковой давности.

Бенефициар обратился в арбитражный суд с иском к гаранту — коммерческому банку о взыскании денежной суммы по банковской гарантии и процентов за пользование чужими денежными средствами.

Арбитражный суд отказал в удовлетворении иска по мотиву предъявления его после прекращения действия гарантии.

В порядке надзора решение отменено, и иски удовлетворены по следующим основаниям.

В обеспечение денежного обязательства принципала коммерческий банк выдал банковскую гарантию, в которой оговорены условия и порядок уплаты денежной суммы бенефициару, а также срок действия гарантии.

Поскольку принципалом не было выполнено обязательство по оплате товара, бенефициар в соответствии со статьей 374 Кодекса до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана, предъявил к гаранту требование с представлением всех необходимых документов.

Каких-либо возражений по поводу предъявленного требования и приложенных к нему документов гарант не заявлял, в связи с чем у него не было оснований для отказа в удовлетворении требований бенефициара на основании статьи 376 Кодекса.

Поскольку гарант в разумный срок требование бенефициара не удовлетворил, последний вправе в пределах общего срока исковой давности обратиться в арбитражный суд с иском о принудительном взыскании денежной суммы по банковской гарантии, а также процентов, начисленных на основании статьи 395 Кодекса⁴⁸.

В силу статьи 374 ГК РФ «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 обеспечении которого выдана гарантия.

Требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана». В этой статье законодатель не указал те документы, которые должны быть представлены бенефициаром гаранту, а предлагает установить их перечень непосредственно в гарантии. Для выплаты суммы по гарантии должен быть определен четкий перечень таких документов, в противном случае, при неясности текста гарантии в этой части, для бенефициара могут наступить нежелательные последствия, а гарант может использовать свое право, предусмотренное ст. 376 ГК РФ, и отказать бенефициару в удовлетворении требований.

Однако в этой связи следует отметить, что законодатель не связывает обязанность гаранта с невыполнением основного

¹ НТР – научно-техническая революция.

² Российская банковская энциклопедия / Гл. ред. О.И. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 227.

обязательства (ст. 368, ст. 370 ГК РФ). Правда, бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия (п. 1. ст. 374 ГК РФ).

Бенефициар обратился к коммерческому банку, выдавшему банковскую гарантию, с иском о выплате денежной суммы по данному обязательству.

Гарант, отказывая в удовлетворении требования бенефициара, ссылался на то, что невозврат в срок кредита заемщиком — принципалом — не является основанием для предъявления требований к гаранту, поскольку заемщик не отказывался от возврата кредита и подтверждал возможность исполнения основного обязательства через некоторое время.

Арбитражный суд удовлетворил исковые требования, поскольку в соответствии со статьей 370 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от обеспечиваемого гарантией обязательства.

Оснований, по которым гарант вправе отказать в удовлетворении требования бенефициара, предусмотренных пунктом 1 статьи 376 Кодекса, не имелось: требования бенефициаром были предъявлены до окончания определенного в гарантии срока и соответствовали условиям гарантии. В гарантийном обязательстве отсутствовали условия о необходимости представления документов, подтверждающих предварительное предъявление требования к принципалу либо отсутствие у последнего денежных средств.

При таких обстоятельствах бенефициар вправе без предварительного обращения к заемщику предъявить требование гаранту об исполнении обязательств по банковской гарантии при наступлении предусмотренных в ней условий, то есть невозврате в определенный срок заемщиком задолженности по кредиту и процентам.

Хотя банковская гарантия не связана с основным обязательством, в ряде случаев гаранту все-таки предоставлено право отказаться от удовлетворения требований бенефициара. Так, напри-

мер, если банк заключил с заемщиком несколько кредитных договоров, а гарант выдал гарантию только по обеспечению данного конкретного кредита, то невозврат денежных средств по другим договорам не влечет ответственности гаранта.

На основании статьи 375 ГК РФ по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами. Гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить должную заботливость, чтобы установить, соответствует ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии. В случае отказа удовлетворить требование бенефициара, гарант должен немедленно уведомить об этом.

Обязательства гаранта перед бенефициаром по гарантии прекращаются в следующих случаях:

1. В случае уплаты бенефициару суммы, на которую выдана гарантия.

2. По окончании определенного в гарантии срока, на который она выдана.

3. Вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту.

4. Вследствие отказа бенефициара от своих прав путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, должен без промедления уведомить об этом принципала.

Поскольку банковская гарантия не зависит от основного обязательства, а вопрос о регрессе не урегулирован нормативно, то возможность предъявления гарантом регрессных требований принципалу должна определяться договором. В случае отсутствия такого соглашения ответственность принципала не наступает. При этом даже если такое соглашение будет иметь место, то гарант вправе требовать возмещения только тех сумм, которые он уплатил за принципала, а не по собственной вине.

И, конечно, даже если в связи с этим в выдаваемой банковской гарантии будет предусмотрено, что к банку, исполнившему обязательство, перейдут права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором банк удовлетворил требования кредитора, реалии нашего времени таковы, что будет довольно затруднительно взыскать соответствующую сумму гаранту с должника (поскольку к этому времени у должника может не оказаться достаточно средств, имущества, а также является препятствием для своевременного удовлетворения требований гаранта длительная судебная процедура в арбитражных судах и т. д.).

Анализ действующего законодательства о банковской гарантии позволяет сделать вывод о том, что в том виде, в котором она существует в настоящее время, это не способ обеспечения исполнения обязательств, так как она не имеет основных признаков, характерных для способов обеспечения исполнения обязательств.

Кроме того, нормы ГК о банковской гарантии порождают больше вопросов, чем дают ответов о сущности данного института. Без устранения неясностей в обозначенных в данной главе проблемах, по нашему мнению, банковская гарантия не может получить достаточного распространения.

Глава 7

ИНЫЕ ВИДЫ АКТИВНЫХ ОПЕРАЦИЙ КОММЕРЧЕСКИХ БАНКОВ (ЛИЗИНГ, ФАКТОРИНГ, ФОРФЕЙТИНГ)

1. Финансовая аренда (лизинг)

Понятие и значение лизинга. В мировой практике одним из основных способов инвестирования средств в экономику является **лизинг** — передача специально закупленного оборудования, транспортных средств, сооружений производственного и другого назначения в долгосрочную аренду. Термин «лизинг» (*leasing*) происходит от английского глагола *to lease* — брать в аренду, приобрел распространение в связи с необходимостью получения предпринимателями дорогостоящей техники без крупных капиталовложений. Впервые лизинг появился в начале 1950-х гг. в США, в 1960-х гг. — в странах Западной Европы. К началу 1980-х гг. лизинг получил широкое распространение в наукоемких отраслях промышленности. Это объясняется большой потребностью в инвестициях в условиях НТР¹ и невозможностью их обеспечения традиционными способами финансирования (банковские кредиты и самофинансирование)².

Сегодня в России развитие лизинга особенно актуально, так как изношенность основных средств предприятий достигла максимума, а привлечение инвестиций на какой-либо иной

³ Банковская система России. Настольная книга банкира. Лизинговые, факторинговые и форфейтинговые операции банков. М.: ТОО «Инжиниринго-консалтинговая компания «ДеКА»», 1995. С. 26—27.

основе часто представляет определенные трудности из-за недостаточного развития российского залогового права и т. п.

На данный момент лизинг еще недостаточно развит в России. Это объясняется как экономическими, так и правовыми проблемами. В настоящее время большинство российских банков не имеют возможности закупать дорогостоящее оборудование для сдачи в лизинг, поскольку это долгосрочное отношение, а внимание участников финансового рынка обращено больше на краткосрочные инвестиции. Однако лизингодателями выступают не только банки, но и иные организации, получившие лицензии на осуществление лизинговой деятельности. В России действует *Российская ассоциация лизинговых компаний*, основанная в октябре 1994 г.

Лизинг — это вид инвестиционной деятельности по приобретению имущества и передаче его на основании договора лизинга физическим или юридическим лицам за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях, обусловленных договором, с правом выкупа имущества лизингополучателем (ч. 1 ст. 2 ФЗ «О лизинге»).

Лизинговая сделка — это совокупность договоров, необходимых для реализации договора лизинга между лизингодателем, лизингополучателем и продавцом (поставщиком) предмета лизинга (ч. 2 ст. 2 Закона «О лизинге»). В состав лизинговой сделки кроме договора лизинга входит обязательно договор купли-продажи предмета лизинга и могут входить также: договор о привлечении денежных средств, договор залога, договор поручительства и др.

В соответствии с ч. 1 ст. 665 ГК РФ «по договору финансовой аренды (договору лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей».

Договор лизинга является предпринимательским договором, так как предмет лизинга приобретается исключительно для предпринимательских целей (ст. 665 ГК РФ, п. 4 ст. 1 Конвенции).

В соответствии со ст. 666 ГК РФ и ст. 3 Закона «О лизинге» предметом лизинга могут быть любые непотребляемые вещи как движимые, так и недвижимые, за исключением земельных участков и других природных объектов, а также имущества, которое федеральными законами запрещено для свободного обращения или для которого установлен особый порядок обращения. Таким образом, в России возможны приобретение и сдача в лизинг:

- **движимого имущества:** транспортных средств (судов, самолетов, вертолетов, автомобилей, в том числе специальных); строительной техники; сельскохозяйственной техники и оборудования; оргтехники; промышленного оборудования (станков, механизмов, приборов) и т. д.;

- **недвижимого имущества** (зданий и сооружений производственного, торгового и коммунально-бытового назначения).

Правовое регулирование лизинговых отношений.

Как и любая другая предпринимательская деятельность, лизинговые сделки нуждаются в надежном правовом обеспечении. В соответствии с законодательством большинства развитых стран передача в аренду машин и оборудования на условиях лизинга до недавнего времени регулировалась общими нормами, определяющими отношения сторон при передаче имущества во временное пользование. При этом в нормативных актах отсутствовала терминологическая определенность и однозначность. В последнее время в гражданском праве ряда зарубежных стран даны юридические определения лизинга и отдельных его видов, а в некоторых из них приняты соответствующие законодательные акты. По уровню правового обеспечения лизинговых отношений можно выделить три основные группы стран:

- имеющие специальные законы, которые регулируют лизинговые сделки (Россия, континентальные страны Западной Европы: Франция, Бельгия, Италия);

- имеющие специальные подзаконные акты о лизинге (страны «общего права» — Англия, Австралия, Новая Зеландия);

- не имеющие специального законодательства о лизинге (США, Германия).

Для законов, принятых в странах *первой группы*, характерно то, что в них регламентируются взаимоотношения не только между двумя основными партнерами (лизингодателем и лизингополучателем), но и между лизинговой компанией и поставщиком, то есть весь комплекс трехсторонних имущественных отношений, возникающих при лизинге. В соответствии с этими законодательными актами в лизинговом соглашении на трехсторонней основе обязательно должно указываться, что оборудование приобретается с целью последующей сдачи в лизинг, его использование возможно только в профессиональных целях; в нем также оговариваются условия о праве на покупку и цена, по которой оно может быть приобретено после окончания срока договора. Вместе с тем вопросы риска и возникновения ответственности в лизинговых обязательствах решаются общими нормами гражданского, в том числе торгового права.

Во второй группе стран правовое регулирование лизинга осуществляется в зависимости от стоимости имущества, передаваемого во временное пользование, и от субъектов лизингового соглашения. Например, в законодательной практике Англии при условии, что стоимость предмета лизинга не превышает 2000 ф. ст., а пользователем является юридическое лицо, применяются нормы *Закона об аренде-продаже* от 1965 г. Все остальные случаи, не подпадающие под эти условия, регламентируются нормами «*общего права*».

Отсутствие специального законодательства *в третьей группе* стран, например в США, создает препятствия развитию лизинга. Это объясняется тем, что до недавнего времени в этих странах главным побудительным мотивом обращения к лизингу становились амортизационные и налоговые льготы. Они устанавливались в законодательных актах,

⁴ Российская банковская энциклопедия / Гл. ред. О.И. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 227.

посвященных вопросам налогообложения. В этих странах применительно к лизинговым сделкам широкое использование находят также общие положения гражданского и торгового права³.

Законодательная база, регулирующая лизинговые отношения в Российской Федерации, претерпела в последнее время значительные изменения. Основными нормативными актами, регулирующими в настоящее время лизинговые отношения в Российской Федерации, являются:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации;
2. Федеральный закон «О лизинге» от 9 октября 1998 г. № 164-ФЗ;
3. Федеральный закон «О присоединении РФ к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге» от 8 февраля 1998 г. № 16-ФЗ;
4. Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 25 сентября 1998 г. № 158-ФЗ.

Помимо указанных законов лизинг регламентируется рядом иных нормативных актов. До принятия Закона о лизинге действовал Указ Президента Российской Федерации «О развитии финансового лизинга в инвестиционной деятельности» от 17 сентября 1994 г. № 1929 и принятое в соответствии с ним Постановление Правительства Российской Федерации «О развитии лизинга в инвестиционной деятельности» от 29 июня 1995 г. № 633, а также в Постановлении Правительства Российской Федерации «О развитии лизинга в инвестиционной деятельности» от 29.06.95. Этим постановлением было утверждено Временное положение о лизинге, не полностью утратившее свое значение и после введения в действие второй части Гражданского кодекса Российской Федерации.

³ Банковская система России. Настольная книга банкира. Лизинговые, факторинговые и форфейтинговые операции банков. М.: ТОО «Инжиниринго-консалтинговая компания «ДеКА», 1995. С. 35.

Субъекты лизинга. Лизинговая сделка представляет собой сложную операцию, включающую два взаимосвязанных договора — *купли-продажи* и непосредственно *лизинга*. В ней участвуют продавец имущества, лизингодатель (называемый в ГК РФ арендодателем) и лизингополучатель (арендатор). Договор лизинга заключается двумя сторонами — лизингодателем и лизингополучателем. Он предшествует договору купли-продажи имущества, которое предполагается сдать в лизинг.

Таким образом, субъектами сделки лизинга выступают (ст. 4 Закона «О лизинге»):

1. Лизингодатель — это физическое или юридическое лицо, которое за счет привлеченных или собственных денежных средств приобретает в ходе реализации лизинговой сделки в собственность имущество и предоставляет его в качестве предмета лизинга лизингополучателю за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях во временное владение и в пользование с переходом или без перехода к лизингополучателю права собственности на предмет лизинга.

2. Лизингополучатель — физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с договором лизинга обязано принять предмет лизинга во временное владение и пользование за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях в соответствии с договором лизинга.

3. Продавец (поставщик) — физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с договором купли-продажи с лизингодателем продает лизингодателю в обусловленный срок производимое (закупаемое) им имущество, являющееся предметом лизинга. Продавец (поставщик) обязан передать предмет лизинга лизингополучателю или лизингодателю в соответствии с условиями договора купли-продажи.

Любой из участников лизинговой сделки может быть как резидентом, так и нерезидентом Российской Федерации, а также субъектом предпринимательской деятельности с участием иностранного инвестора, осуществляющим свою дея-

тельность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Особенностью лизинга является то, что лизингополучатель, не будучи субъектом договора купли-продажи, заключаемого между продавцом и лизингодателем, приобретает определенные права и обязанности по отношению к продавцу (права и обязанности, предусмотренные для покупателя, за исключением обязанности оплатить приобретенное имущество, как если бы он был стороной договора купли-продажи указанного имущества — п. 1 ст. 670 ГК РФ).

Ст. 9 Закона «О лизинге» устанавливает запрет совмещения обязательств участниками лизинга в рамках системы взаимосвязанных и взаимообусловленных договоров:

- лизингодателем и лизингополучателем по договору лизинга;

- кредитором (под кредитором подразумевается продавец) и лизингополучателем предмета лизинга, за исключением возвратного лизинга.

Однако особой нагрузки данная статья не несет, так как и без специального указания в законе из смысла лизинга вытекает невозможность совмещения обязательств лизингодателем и лизингополучателем.

Перед каждым банком, решившим принять участие в лизинговых операциях, встает вопрос о том, в каком качестве наиболее целесообразно для него будет такое участие. Участие банка в лизинговых операциях может быть как непосредственным, так и опосредованным.

В первом случае **банк непосредственно приобретает имущество и выступает в качестве лизингодателя**, причем предметом лизинга может быть принадлежащее ему на правах собственности имущество, в том числе перешедшее к нему в результате залоговых операций. Приобретение имущества для целей лизинга возможно, если оно не будет подпадать под запрет заниматься торговой деятельностью. В этом случае банку требуется сформировать в своей структуре специальный отдел или лизинговое подразделение.

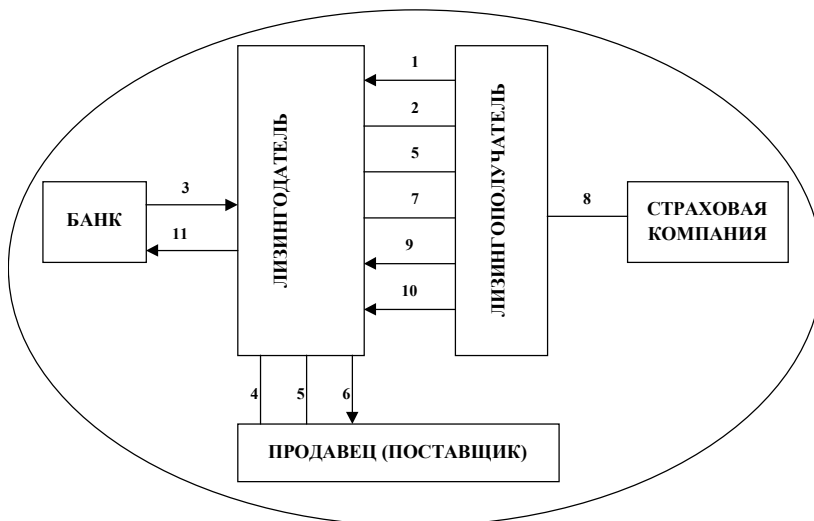
Однако более высокая эффективность деятельности банков достигается при создании ими дочерних и с другими коммерческими структурами совместных лизинговых компаний, дочерних компаний. По этой причине большинство банков (и иных кредитных учреждений) предпочитает **опосредованное участие** в лизинговых сделках одним из следующих способов:

- создание собственной дочерней лизинговой компании;
- создание совместно с другими банками, кредитными учреждениями, иными субъектами хозяйствования совместных лизинговых компаний;
- кредитное обслуживание лизинговых компания (включая факторинговое).

По сравнению с банками-лизингодателями лизинговые компании имеют возможность широко использовать рекламу, тщательно изучать рынок и специфику лизинга, привлекать дополнительные ресурсы. Дочерние лизинговые компании в большинстве случаев осуществляют финансовый лизинг, в то время как совместные лизинговые компании почти всегда являются универсальными. Мировая практика свидетельствует, что от 75 до 80 % лизинговых компаний созданы или контролируются коммерческими банками⁴. Лизинговые компании осуществляют свои операции, как правило, за счет привлеченных средств, среди которых основную роль играют банковские кредиты. Обычно банки предоставляют кредит лизинговой компании на приобретение определенного предмета лизинга у конкретного поставщика для конкретного клиента, платежеспособность которого им известна. Сроки и условия платежей по таким лизинговым и кредитным договорам, как правило, совпадают. Но банки могут предоставлять кредит лизинговой компании и на обычных условиях, как и любому заемщику, без привязки к клиенту и предмету лизинга.

Учитывая, что предметом лизинга может быть движимое и недвижимое имущество, которое, как правило, является дорогостоящим, к участию в лизинговой сделке может быть привлечена страховая компания.

В результате схема организации многосторонней (при участии банка в качестве одного из посредников) лизинговой сделки может выглядеть так⁵:



где,

1. заявка от лизингополучателя;
2. заключение о платежеспособности лизингополучателя и эффективности его проекта;
3. банковская ссуда (кредит);
4. договор купли-продажи предмета лизинга;
5. акт приемки-передачи предмета лизинга в эксплуатацию;
6. оплата поставки;
7. договор лизинга;
8. договор о страховании предмета лизинга;
9. лизинговые платежи;
10. возврат предмета лизинга;
11. возврат ссуды и выплата процентов.

В заявке обязательно должны содержаться данные о предмете лизинга (особые требования и технические характеристики, предприятие-изготовитель – для сложной техники или оборудования) и о лизингополучателе, предполагаемый срок

лизинга, могут быть высказаны пожелания лизингополучателя по арендной плате и другая информация. К заявке прилагаются бизнес-план, расчет окупаемости, копии учредительных документов, баланс предприятия и другие документы в зависимости от предмета лизинга. Лизингодатель анализирует полученные документы, определяет способность лизингополучателя производить лизинговые платежи. В случае если финансирование сделки будет осуществляться иностранным партнером, то российская компания выступает в качестве посредника, то есть сублизинговой компании. Если принимается положительное решение по сделке, то лизингодатель сообщает об этом лизингополучателю, направляет ему условия договора, лизинговые ставки и график платежей.

Затем лизингодатель обращается в банк за получением ссуды (кредита) для приобретения оборудования, необходимого лизингополучателю. Банк, проанализировав заявку представленные лизингополучателем документы, выносит решение о предоставлении лизингодателю ссуды (кредита) в необходимом размере. Если лизингополучатель самостоятельно нашел изготовителя оборудования, которое является предметом лизинга, то лизингодатель, после получения банковской ссуды (кредита) или банк подтверждает продавцу (поставщику) готовность оплатить заказываемое лизингополучателем оборудование. Если лизингодателем выступает коммерческий банк, то этот этап, как правило, отсутствует. Однако если у банка не хватает собственных средств для приобретения необходимого лизингополучателю оборудования, техники или объекта недвижимости, он может получить кредит в другом банке.

Лизингодатель заключает с продавцом (поставщиком) договор купли-продажи оборудования, которое является предметом лизинга. После изготовления оборудования и проведения всех необходимых испытаний продавец (поставщик)

⁶ Кучер А. Закон о лизинге — шаг вперед или два назад? // Законодательство и экономика. 1999. № 6 (184). С. 10—11.

передает лизингодателю оборудование в эксплуатацию или производит его поставку непосредственно лизингополучателю и проводит пусконаладочные работы (если требуется и об этом достигнуто соглашение между участниками лизинговой сделки). После проведения всех необходимых мероприятий по вводу предмета лизинга в эксплуатацию лизингодатель и поставщик (продавец) подписывают акт приемки-передачи предмета лизинга в эксплуатацию. Затем лизингодатель производит оплату приобретенного для передачи в лизинг оборудования.

Лизингодатель и лизингополучатель подписывают договор лизинга. Если в лизинг передается сложное и дорогостоящее оборудование или предмет лизинга является источником повышенной опасности, лизингополучатель может застраховать предмет лизинга или застраховать свою ответственность (например, страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств или экологической ответственности), заключив соответствующий договор страхования со страховой компанией.

После подписания договора и введения в эксплуатацию предмета лизинга лизингополучатель, согласно установленному графику, обязан производить лизинговые платежи в согласованные сроки и в установленных размерах.

Если договором лизинга предусмотрена обязанность лизингополучателя возвратить лизингодателю предмет лизинга, то по истечении срока лизинга лизингополучатель обязан возвратить лизингодателю все полученное им в лизинг по договору (оперативный лизинг).

После истечения срока договора лизинга лизингодатель обязан возвратить банку полученную для приобретения предмета лизинга ссуду (кредит). Если лизингодателем является банк, то данная стадия отсутствует.

Типы, виды и формы лизинга. В зависимости от целевых факторинговых и форфейтинговых операций банков М. ТОО ка, на которых заключаются договоры лизинга, основными типами лизинга являются:

- ⁸ Банковская система России. Настольная книга банкира. Лизинговые, факторинговые и форфейтинговые операции банков. М.: ТОО «Инжиниринго-консалтинговая компания „ДеКА“», 1995. С. 26.
1. Долгосрочный, заключаемый на срок 3 года и более;
2. Среднесрочный – от 1,5 до 3 лет;

«Инжиниринго-консалтинговая компания „ДеКА“», 1995. С. 23—24.

3. Краткосрочный – на срок менее 1,5 лет.

Основными видами лизинга являются:

1. Финансовый лизинг – это вид лизинга, при котором лизингодатель обязуется приобрести в собственность указанное лизингополучателем имущество у определенного продавца и передать лизингополучателю это имущество в качестве предмета лизинга за определенную плату, на определенный срок, на определенных условиях во временное владение и пользование.

Финансовый лизинг в соответствии со ст. 7 Закона «О лизинге» имеет следующие отличительные черты:

- лизингодатель приобретает имущество, указанное лизингополучателем, у определенного продавца;
- срок лизинга соизмерим по продолжительности со сроком полной амортизации имущества;
- предмет лизинга переходит в собственность лизингополучателя по истечении срока лизинга или до его истечения при условии выплаты лизингополучателем полной суммы, определенной в договоре лизинга, если иное не предусмотрено договором.

Таким образом, если лизингополучатель планирует приобрести имущество в собственность, необходимо заключать договор лизинга, причем на срок, соизмеримый со сроком полной амортизации имущества, а затем, выплатив предусмотренную договором сумму до истечения срока действия договора, приобретать имущество в собственность. Если же договор будет заключен на более короткий срок, чем предусмотренный ст. 7 Закона о лизинге, то договор лизинга попадает под определение оперативного лизинга, что повлечет невозможность перехода предмета лизинга в собственность лизингополучателя по истечении срока договора.

Досрочное исполнение договора в предпринимательской деятельности возможно в соответствии со ст. 315 ГК РФ в случаях, установленных законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или если такая возможность вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства. Та-

ким образом, лизингодателю при заключении договора финансового лизинга необходимо учитывать два основных момента:

- если лизингодатель не планирует передачу имущества в собственность лизингополучателю по истечении срока договора, это необходимо предусмотреть в договоре, иначе предмет лизинга по истечении срока договора автоматически перейдет в собственность лизингополучателя при условии осуществления им предусмотренных договором платежей;

- лизингополучатель в договоре финансовой аренды имеет право досрочно исполнить обязательство по выплате предусмотренных платежей и, неожиданно для лизингодателя, автоматически получить предмет лизинга в собственность.

2. Возвратный лизинг — разновидность финансового лизинга, при котором продавец (поставщик) предмета лизинга одновременно выступает и как лизингополучатель. Все особенности, присущие договору финансового лизинга, проявляются и в договоре возвратного лизинга.

3. Оперативный лизинг — это вид лизинга, при котором лизингодатель закупает на свой страх и риск имущество и передает его лизингополучателю в качестве предмета лизинга за определенную плату на определенный срок и на определенных условиях во владение и пользование. Этому виду лизинга присущи следующие черты:

- срок, на который заключается договор, может быть любым, по усмотрению сторон, и не приравнивается к сроку амортизации имущества;

- по истечении срока действия договора лизинга и при условии выплаты лизингополучателем полной суммы, предусмотренной договором, предмет лизинга возвращается лизингодателю;

- по договору оперативного лизинга лизингополучатель не вправе требовать перехода к нему права собственности на предмет лизинга;

⁹ Кучер А. Закон о лизинге – шаг вперед или два назад? // Законодательство и экономика. 1999. № 6 (184). С. 12.

- предмет лизинга может передаваться в лизинг неоднократно, в пределах полного срока амортизации предмета лизинга.

В тексте Закона встречается упоминание еще о двух видах лизинга — **комплексном** и **смешанном** (например, ст. 15). Однако пояснения данных понятий, какие даны финансовому, возвратному и оперативному лизингу, в Законе отсутствуют. По смыслу Закона «О лизинге» можно сделать вывод, что **комплексный лизинг** — это такой, который включает оказание дополнительных услуг, а смешанный лизинг так и остается загадкой, не находя пока никакого раскрытия в тексте Закона «О лизинге»⁶.

По составу участников лизинговой сделки основными формами лизинга (ст. 7 ФЗ «О лизинге») являются:

1. Внутренний лизинг. При его осуществлении все участники лизинга (лизингодатель, лизингополучатель и продавец) являются резидентами Российской Федерации. Внутренний лизинг регулируется Законом о лизинге и иными нормативными актами Российской Федерации.

2. Международный лизинг. При его осуществлении лизингодатель или лизингополучатель являются нерезидентами Российской Федерации. В зависимости от того, кто является резидентом (лизингодатель или лизингополучатель) зависит решение вопроса, какое законодательство применяется для регулирования отношений лизинга. Если лизингодателем является резидент Российской Федерации, то есть предмет лизинга находится в его собственности, к договору международного лизинга применяется российское законодательство о лизинге. Если же лизингодателем является нерезидент Российской Федерации, то есть он является собственником предмета лизинга, то договор международного лизинга регулируется российским законодательством о внешнеэкономической деятельности.

В зарубежной практике существуют и такие виды контрактов, как рентинг, хайринг и бытовой прокат. По своему содержанию они очень близки к оперативному лизингу, хотя и несколько отличаются от него.

Рентинг — это форма краткосрочной аренды имущества без права его последующего приобретения. Если аренда носит

среднесрочный характер, то имеет место так называемый **хай-ринг**. В **бытовом прокате** имущество предоставляется в основном частным лицам, срок проката, как правило, не превышает нескольких месяцев, отсутствует возможность приобретения клиентом имущества в собственность после окончания срока проката⁷. Бытовой прокат есть и в российском гражданском праве (ст. ст. 626 – 631 ГК РФ), однако он не имеет отношения к лизингу, а является видом договора аренды.

Таким образом, учитывая экономическую и правовую точки зрения, а также международный опыт, в зависимости от признаков (критериев), которые будут приняты во внимание, лизинговые сделки могут быть классифицированы на несколько видов, представленных в таблице № 1⁸.

Лицензирование лизинговой деятельности. Статьи 5 и 6 Закона «О лизинге» устанавливают, что для осуществления лизинговой деятельности лизингодателю необходимо получить лицензию. Статья 17 Закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 12 июля 1997 г. № 122-ФЗ среди видов деятельности, требующих получения лицензии, называет финансовую аренду (лизинг). В соответствии с п. 2 ст. 19 данного закона Положение «О лицензировании лизинговой деятельности в РФ» от 26 февраля 1996 г. № 167 действует в части, не противоречащей вышеназванному закону.

Лизингодатель обязан получить лицензию независимо от того, является он резидентом или нерезидентом. Так, если нерезидент заключает договор лизинга с лизингополучателем-резидентом, то на совершение данной сделки необходимо получение лицензии.

По смыслу Закона «О лизинге» и Закона «О лицензировании» получение лицензии необходимо как при заключении договоров лизинга неоднократно, так и при заключении одного договора лизинга.

Таблица 1

Признак классификации	Вид, тип, форма лизинга	Примечание
1. ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОСТЬ	Краткосрочный Среднесрочный Долгосрочный	До 1,5 лет От 1,5 лет до 3 лет Свыше 3 лет
2. СТЕПЕНЬ ОКУПАЕМОСТИ	Финансовый Оперативный	Называется также капитальным
3. ОБЪЕМ ОБСЛУЖИВАНИЯ	Чистый С частичным набором услуг С полным набором услуг (комплексный).	Все обслуживание предмета лизинга берет на себя лизингополучатель (страховые платежи, уплата налогов, ремонт). На лизингодателя возлагаются лишь отдельные функции по обслуживанию имущества.
4. СОСТАВ УЧАСТНИКОВ (масштаб рынка)	Внутренний (национальный) Международный: — Экспортный — импортный	Все участники являются резидентами РФ (регулируется законодательством РФ). Кто-то из участников является нерезидентом (регулируется Конвенцией УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 г.)
5. СОСТАВ УЧАСТНИКОВ	Прямой (двусторонний), в том числе возвратный Косвенный — трехсторонний — многосторонний	Собственник имущества самостоятельно сдает его клиенту. Имущество сдается в лизинг тому же лицу, у которого оно было приобретено. Участвует еще поставщик Кроме поставщика участвуют еще и посреднические компании.
6. СПОСОБ ФИНАНСИРОВАНИЯ	За счет собственных средств За счет привлеченных средств Раздельный	 Частично финансируется лизингодателем
7. ХАРАКТЕР ПЛАТЕЖЕЙ: 7.1. Форма платежа 7.2. Метод начисления 7.3. Периодичность внесения 7.4. Способ внесения	Денежные Компенсационные Смешанные Фиксированные С авансом Минимальные Единовременные Периодические Равными долями Изменяющимися долями	Поставки продукции, изготовленной на взятom в лизинг оборудовании, или других товаров и услуг в заранее согласованных объемах и ценах. Сочетаются две первые формы платежа
8. ЦЕЛЕВОЕ НАЗНАЧЕНИЕ	Действительный Фиктивный (спекулятивный)	Цель — получение большей прибыли за счет налоговых и амортизационных льгот
9. НАМЕРЕНИЯ УЧАСТНИКОВ	Срочный Возобновляемый (револьверный)	Одноразовый лизинг (на один срок) Продляется по истечении первого срока контракта

Регистрация договора и предмета лизинга. Статья 20 Закона «О лизинге» предусматривает обязательную регистрацию предмета договора лизинга — недвижимого имущества в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Данное положение Закона «О лизинге» согласуется с требованиями Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ. То есть при заключении договора лизинга необходима как регистрация вещных прав на недвижимое имущество, так и регистрация самого договора лизинга (ч. 1 ст. 4 Закона «О государственной регистрации»), а не предмета лизинга, как это указано в Законе «О лизинге». Договор лизинга считается заключенным с момента государственной регистрации (п. 3 ст. 433 ГК РФ).

Пункт 2 ст. 20 Закона «О лизинге» устанавливает требование обязательной регистрации предмета лизинга — движимого имущества в случаях, предусмотренных российским законодательством (например, транспортных средств). Подобная регистрация может производиться на имя как лизингодателя, так и лизингополучателя, что, однако, не будет означать перехода права собственности на данное имущество к лизингополучателю, поскольку происходит не регистрация права, а регистрация самого имущества⁹.

Содержание договора. Права и обязанности сторон.

Статья 15 Закона «О лизинге» определяет существенные положения договора лизинга. Договор считается заключенным с момента достижения сторонами согласия по всем существенным условиям договора (ст. 432 ГК РФ).

Договор лизинга независимо от срока его действия должен быть заключен в письменной форме. В названии такого договора указывается его форма, тип и вид.

Договором лизинга обязательства лизингодателя и лизингополучателя, которые должны быть исполнены другими участниками сделки, образуются путем заключения с этими субъектами лизинга обязательных и сопутствующих договоров. К обязательным относится договор купли-продажи. К сопутствующим договорам относятся договор о привлечении

денежных средств, договор залога, договор поручительства и другие.

В ФЗ «О лизинге» перечислены существенные условия договора лизинга, к ним отнесены:

1. Точное описание предмета лизинга.
2. Объем передаваемых лизингополучателю прав в отношении предмета лизинга.
3. Указание места и порядок передачи лизингополучателю предмета лизинга.
4. Срок действия договора.
5. Порядок балансового учета предмета лизинга.
6. Порядок содержания предмета лизинга.
7. Перечень дополнительных услуг, предоставляемых лизингодателем на основании договора комплексного лизинга.
8. Общая сумма договора и размер вознаграждения лизингодателя.
9. Порядок и график уплаты лизинговых платежей.
10. Условие о том, кто страхует предмет лизинга.
11. Обязанности сторон по договору лизинга.

Обязанности лизингодателя:

- по договору финансового и смешанного лизинга — приобрести у определенного продавца в собственность определенное имущество и передать его в лизинг лизингополучателю;

- по оперативному лизингу — передать ранее приобретенное имущество лизингополучателю;

- выполнить другие обязанности в соответствии с содержанием договора.

Обязанности лизингополучателя:

- принять предмет лизинга;

- возместить лизингодателю его инвестиционные затраты и выполнять ему вознаграждение.

- по окончании срока действия договора лизинга возвратить предмет лизинга лизингодателю, если иное не предусмотрено договором лизинга или приобрести предмет лизинга в собственность на основании договора купли-продажи;

- выполнить другие обязанности, предусмотренные договором лизинга.

В договор лизинга в качестве обязательного условия включаются обстоятельства, которые служат основанием для досрочного прекращения договора лизинга, а также порядок возврата лизингодателю предмета лизинга.

В содержание договора лизинга сторонами может быть включено условие, позволяющее лизингополучателю продлить срок действия договора на тех же или иных условиях.

Передаваемое в лизинг имущество должно быть в состоянии, соответствующем условиям договора лизинга и назначению этого имущества. Оно должно быть передано вместе со всеми его принадлежностями, если иное не предусмотрено договором лизинга.

При осуществлении финансового лизинга и смешанного лизинга лизингополучатель вправе предъявлять непосредственно продавцу (поставщику) предмета лизинга требования к качеству и комплектности, срокам поставок и другие требования, установленные договором купли-продажи между продавцом (поставщиком) и лизингодателем.

При осуществлении оперативного лизинга лизингодатель отвечает за недостатки переданного во временное владение или в пользование предмета лизинга, полностью или частично препятствующие пользованию данным предметом, даже если во время заключения договора оперативного лизинга лизингодатель не знал о таких недостатках.

При обнаружении таких недостатков лизингополучатель вправе потребовать от лизингодателя безвозмездного устранения недостатков предмета лизинга, соразмерного уменьшения лизинговых платежей или возмещения своих расходов, связанных с устранением недостатков данного предмета лизинга.

Лизингодатель не отвечает за недостатки переданного во временное владение и в пользование предмета лизинга, которые были им оговорены при заключении договора оперативного лизинга, либо были заранее известны лизингополучателю, либо могли быть обнаружены лизингополучателем во

время осмотра предмета лизинга или проверки его исправности при заключении договора оперативного лизинга или при передаче предмета лизинга лизингополучателю.

Гарантийное обслуживание предмета лизинга осуществляется его продавцом (поставщиком), если это предусмотрено договором лизинга. Техническое обслуживание предмета лизинга, его текущий ремонт осуществляет лизингополучатель за свой счет, если иное не предусмотрено договором лизинга. Капитальный ремонт этого имущества осуществляется лизингодателем, если иное не предусмотрено договором лизинга.

Если при прекращении договора лизинга его предмет должен быть возвращен лизингодателю, лизингополучатель обязан вернуть его в состоянии, в котором он его получил, с учетом нормального износа или износа, обусловленного договором лизинга.

Если лизингополучатель не возвратил предмет лизинга или возвратил его с просрочкой, лизингодатель вправе требовать от него уплаты лизинговых платежей за время просрочки. Если за несвоевременный возврат предмета лизинга установлена неустойка, убытки лизингополучателя могут быть взысканы в полном объеме сверх суммы неустойки, если иное не предусмотрено договором лизинга.

Сублизинг. Статья 8 Закона «О лизинге» устанавливает, что с письменного согласия лизингодателя лизингополучатель может заключить в отношении предмета лизинга договор сублизинга с третьим лицом.

Сублизинг — особый вид отношений, возникающих в связи с переуступкой прав пользования предметом лизинга третьему лицу, что оформляется договором сублизинга.

При сублизинге лицо, осуществляющее сублизинг (это лизингополучатель по первоначальному договору лизинга), по договору лизинга принимает у лизингодателя предмет лизинга и передает его во временное пользование ли-

¹⁰ Кучер А. Закон о лизинге – шаг вперед или два назад? // Законодательство и экономика. 1999. № 6 (184). С. 15.

зингополучателю по договору сублизинга (сублизингополучателю).

Переуступка лизингополучателем третьему лицу своих обязательств по выплате лизинговых платежей третьему лицу не допускается.

Дополнительные услуги (комплексный лизинг).

Обычно договор лизинга заключается по поводу дорогостоящего оборудования, транспортных средств и тому подобных вещей, ввод в эксплуатацию и сама эксплуатация которых могут потребовать дополнительной помощи специалистов. Лизинговая сделка может включать в себя условия по оказанию дополнительных услуг.

Дополнительные услуги — услуги любого рода, оказанные лизингодателем как до начала пользования, так и в процессе пользования предметом лизинга лизингополучателем, а именно:

- приобретение у третьих лиц прав на интеллектуальную собственность («ноу-хау», лицензионных прав, прав на товарные знаки, марки, программное обеспечение и других);
- приобретение у третьих лиц товарно-материальных ценностей, необходимых в период проведения монтажных (шефмонтажных) и пусконаладочных работ;
- осуществление монтажных (шефмонтажных) и пусконаладочных работ в отношении предмета лизинга, обучение персонала;
- послегарантийное обслуживание и ремонт предмета лизинга, в том числе текущий, средний и капитальный ремонт;
- подготовка производственных площадей и коммуникаций, услуги по проведению работ, связанных с установкой (монтажом) предмета лизинга;
- другие работы и услуги.

Перечень, объем и стоимость дополнительных услуг должны быть указаны в договоре лизинга.

Лизинговые платежи и амортизация. По экономическому содержанию лизинг относится к прямым инвестициям, в ходе исполнения которых лизингополучатель обязан

возместить лизингодателю инвестиционные затраты (издержки), осуществляемые в материальной и денежной формах, и выплатить вознаграждение. Инвестиционные затраты и выплата вознаграждения составляют общую сумму лизингового договора.

Под инвестиционными затратами (издержками) понимаются расходы лизингодателя, связанные с приобретением и передачей в пользование лизингополучателю предмета лизинга, в том числе:

- 1) стоимость предмета лизинга;
- 2) налог на имущество;
- 3) расходы на транспортировку и установку предмета лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга;
- 4) расходы на обучение персонала лизингополучателя работе, связанной с предметом лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга;
- 5) расходы на таможенное оформление и уплату таможенных сборов, тарифов и пошлин, связанных с предметом лизинга;
- 6) расходы на хранение предмета лизинга до момента ввода его в эксплуатацию, если иное не предусмотрено договором лизинга;
- 7) расходы на охрану предмета лизинга во время транспортировки и его страхование, если иное не предусмотрено договором лизинга;
- 8) расходы на страхование от всех видов риска, если иное не предусмотрено договором лизинга;
- 9) расходы на выплату процентов за пользование привлеченными средствами и отсрочки платежей, предоставленные продавцом (поставщиком);
- 10) плата за предоставление лизингополучателю гарантий и поручительств, подтверждение расчетно-платежных документов третьими лицами в связи с предметом лизинга;

¹¹ Российская банковская энциклопедия / Гл. ред. О.И. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 227.

- 11) расходы на содержание и обслуживание предмета лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга;
- 12) расходы на регистрацию предмета лизинга;
- 13) расходы на создание резервов в целях капитального ремонта предмета лизинга;
- 14) комиссионный сбор торгового агента;
- 15) расходы на оказание дополнительных услуг.

Среди обязанностей лизингополучателя важнейшей является обязанность вносить плату за владение и пользование предметом лизинга. Эта обязанность осуществляется в форме лизинговых платежей, уплачиваемых лизингодателю. Размер, способ, форма и периодичность платежей устанавливаются соглашением сторон при заключении договора лизинга.

При определении размеров таких платежей учитываются:

- вознаграждение лизингодателю за пользование предметом лизинга;
- амортизация предмета лизинга за период действия договора;
- инвестиционные затраты;
- уплата процентов за кредит, использованный лизингодателем на приобретение предмета лизинга;
- плата за дополнительные услуги лизингодателя;
- налог на добавленную стоимость;
- страховые взносы за страхование предмета лизинга, если оно осуществлялось лизингодателем;
- налог на предмет лизинга, уплаченный лизингодателем (ст. 29 ФЗ «О лизинге»).

Вознаграждение лизингодателя включает в себя:

- а) оплату услуг по осуществлению лизинговой сделки;
- б) процент за использование собственных средств лизингодателя при приобретении предмета лизинга и (или) на выполнение дополнительных услуг (при комплексном лизинге) (ст. 30 ФЗ «О лизинге»).

Лизинговые платежи могут производиться в одной из двух форм: денежной или натуральной, то есть путем передачи лизингодателю части продукции, произведенной с помо-

щью предмета лизинга. В таких случаях цена на продукцию определяется соглашением сторон договора лизинга (ст. 28 ФЗ «О лизинге»).

Отсрочка лизинговых платежей возможна на срок не более 180 дней с момента начала использования предмета лизинга.

Существенным является право сторон лизинга по взаимному соглашению применять механизм **ускоренной амортизации** предмета лизинга (с коэффициентом 3). Это положение закреплено и во Временном положении о лизинге (п. 19).

Ответственность сторон по договору. При нарушении одной из сторон условий договора ответственность сторон регулируется соответствующими общими положениями ГК РФ. Однако Закон о лизинге содержит ряд норм, на которые необходимо обратить особое внимание. Лизингодатель имеет право беспорного взыскания денежных сумм и беспорного изъятия предмета лизинга в обусловленных случаях, предусмотренных Законом «О лизинге», нормами Гражданского кодекса Российской Федерации и в случаях, предусмотренных договором лизинга (ст. 13 Закона «О лизинге»).

Обусловленный случай – это наступление такого обстоятельства или события, которые договором лизинга определены как беспорные и очевидные нарушения лизингополучателем своих обязательств, установленных договором лизинга, или как беспорная и очевидная причина прекращения договора лизинга. Подобное понятие обусловленного случая впервые употребляется в гражданском законодательстве Российской Федерации и очень нечетко разработано. Закон не уточняет, о каких денежных суммах идет речь — или это невыплаченные в срок лизинговые платежи, или же это стоимость имущества переданного в лизинг. Таким образом, понятие обусловленного случая, влекущего беспорное взыскание денежных средств, нуждается в уточнении¹⁰.

Лизингодатель имеет право бесспорного взыскания денежных сумм и бесспорного изъятия предмета лизинга в следующих случаях:

1) если условия пользования предметом лизинга лизингополучателем не соответствуют условиям договора лизинга или назначению предмета лизинга;

2) если лизингополучатель осуществляет сублизинг без согласия лизингодателя;

3) если лизингополучатель не поддерживает предмет лизинга в исправном состоянии, что ухудшает его потребительские качества;

4) если лизингополучатель более двух раз подряд по истечении установленного договором лизинга срока платежа не вносит плату за пользование предметом лизинга.

Обусловленный случай влечет за собой действительное прекращение прав лизингополучателя на владение и пользование предметом лизинга, и при этом лизингодатель имеет право бесспорно изъять предмет лизинга в порядке, установленном договором лизинга, или взыскать денежную сумму.

Статья 13 Закона «О лизинге» представляет собой существенную опасность для лизингополучателя, так как ему в ущерб лизингодатель может использовать неясность указанной конструкции.

Риски. Участие в лизинговых отношениях связано со следующими рисками:

1. Риски его гибели, утраты, хищения, порчи, поломки, ошибки, допущенной при его монтаже или эксплуатации и другие имущественные риски с момента фактической при-

¹² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). 2-е изд., испр. и доп. / Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор д. ю. н., профессор О.Н. Садиков. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: Издательская группа «ИНФРА-М-НОРМА», 1997. С. 390.

¹³ Банковская система России. Настольная книга банкира. Лизинговые, факторинговые и форфейтинговые операции банков. М.: ТОО «Инжиниринго-консалтинговая компания «ДеКА», 1995. С. 58.

емки предмета лизинга несет лизингополучатель, если иное не предусмотрено договором лизинга (ст. 669 ГК РФ, п.1 ст. 22 Закона «О лизинге»).

2. Риск несостоятельности продавца (поставщика) несет сторона договора лизинга, которая выбрала поставщика (продавца), если иное не предусмотрено договором лизинга.

3. Риск несоответствия предмета лизинга целям использования этого предмета по договору лизинга несет сторона, которая выбрала предмет лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга (ст. 22 ФЗ «О лизинге»).

Утрата предмета лизинга или утрата предметом лизинга своих функций по вине лизингополучателя не освобождает его от финансовых обязательств по договору лизинга, если этим договором не установлено иное (ст. 26 ФЗ «О лизинге»).

Международный лизинг и его регулирование. Предоставлением техники в лизинг в экономически развитых странах активно занимаются коммерческие банки, особенно транснациональные. Лизинг приобретает международный характер, если банк или компания передает технику в лизинг иностранной фирме. Международный лизинг характеризуется арендой особенно дорогостоящего оборудования. Здесь наибольшее развитие получила аренда воздушных и морских судов, технологически сложного оборудования¹¹.

Как уже упоминалось, Закон «О лизинге» предусматривает две формы лизинга — **внутренний** и **международный**. Критерий определения применяемого права проводится и в ст. 7 Закона «О лизинге», где говорится, что: если лизингодателем является резидент Российской Федерации, то договор лизинга регулируется законодательством Российской Федерации; если лизингодателем является нерезидент Российской

¹⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, А.С. Хохлова. М., 1996. С. 436—437.

¹⁵ Российская банковская энциклопедия / Гл. ред. О.И. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 447.

Федерации, то договор лизинга регулируется российским законодательством о внешнеэкономической деятельности (включая, по-видимому, и данный Закон как источник национального права в части, не противоречащей Конвенции). Статус продавца имущества в данном случае значения не имеет. Этот же критерий был определен и в ранее действовавшем Временном положении о лизинге.

П. 2 ст. 10 Закона «О лизинге» установлено: права и обязанности участников договора международного лизинга регулируются Конвенцией УНИДРУА «О международном финансовом лизинге», а также нормами национального законодательства в части, не противоречащей Конвенции. Вопросы, не урегулированные Конвенцией, разрешаются в соответствии с национальным правом, применимым в силу действия норм международного частного права.

Закон о лизинге вводит понятие **международного сублизинга**. В основу деления договоров сублизинга на внутреннее и международные положен иной критерий — место нахождения предмета лизинга. Сублизинг является международным, если на срок действия договора предмет лизинга пе-

¹⁶ Делькредере – ручательство комиссионера перед комитентом за исполнение, заключенного комиссионером с третьим лицом. Комиссионер, принявший на себя делькредере, не только продает товар, но гарантирует его оплату в том случае, если покупатель окажется неплатежеспособным. В соответствии с ГК РФ (п. 1 ст. 390 ГК РФ) по сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится ответственным комиссионер, хотя комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки. За делькредере комиссионер получает особое вознаграждение. Комитент обязан уплатить комиссионеру вознаграждение, а в случае, когда комиссионер принял на себя ручательство за исполнение сделки третьим лицом (делькредере), — также дополнительное вознаграждение в размере и в порядке, установленных в договоре комиссии (п. 1 ст. 991 ГК РФ). (Современный финансово-кредитный словарь / Под общ. ред. М.Г. Лапусты, П.С. Никольского. М.: ИНФРА-М, 1999. С. 87.)

ремещается через таможенную границу Российской Федерации. Международный сублизинг — вид международного лизинга, но регулируется он в соответствии со ст. 8 Закона «О лизинге».

2. Финансирование под уступку денежного требования (факторинг)

Существо и экономическое значение факторинга.

В предпринимательских отношениях достаточно часто создается ситуация, когда по условиям заключенного договора одна сторона получает платеж за поставленные товары или оказанные услуги не одновременно с исполнением своего обязательства, а через какое-то время после этого, например, при условии оплаты в рассрочку поставленных товаров. Денежные требования, принадлежащие этой стороне, с самого начала имеют определенную имущественную ценность, но реализовывать их она не может до определенного срока, поскольку они «заморожены» в силу договорных условий с контрагентом. Вместе с тем в условиях рыночной экономики такие денежные требования могут иметь и рыночную стоимость и поэтому могут быть предметом другой предпринимательской сделки, в силу которой они будут уступлены кредитором другому предпринимателю, обладающему свободными денежными средствами, если он готов сразу выплатить кредитору определенную денежную сумму в обмен на право взыскать с этого должника соответствующие денежные суммы, когда наступит срок платежа по ним.

Такая операция может быть выгодна как одной, так и другой стороне: кредитор сразу получает платеж, а не дожидается истечения периода отсрочки, а «покупатель долгов» (финансовый агент) использует имеющиеся у него финансовые средства, получая за это соответствующее материальное вознаграждение.

Экономическая сторона факторинга проявляется в том, что он позволяет повысить ликвидность активов, а также обо-

ротность своего капитала и тем самым рентабельность деятельности предпринимателей, которые пользуются им. Это весьма важно, прежде всего, для небольших и средних предприятий.

В странах с развитой рыночной экономикой и финансовой инфраструктурой занимающиеся этой деятельностью коммерческие банки предлагают своим клиентам довольно разнообразный набор финансовых услуг, обуславливая это уступкой последними своих денежных требований. Считается, что факторинг дает наибольший эффект, когда используется полный пакет возможных финансовых услуг, включающих, как правило, финансирование (предоставление наличных денежных средств в сумме до 90 % стоимости уступленных требований), бухгалтерскую обработку и контроль за счетами, относящимися к переданным требованиям, специальные исследования и наблюдение за коммерческой деятельностью должников и их финансовым состоянием, осуществление статистических исследований, предоставление страхования рисков неплатежа, консультационные и иные характерные для финансового обслуживания услуги. Положительную роль может сыграть деятельность финансового агента и в маркетинговых мероприятиях клиента. Однако в России данный вид операций пока еще не получил достаточного развития.

Широкое применение факторинга во внешнеторговой практике разных стран привело к разработке Конвенции «О международном факторинге» (Оттава, 28 мая 1988 года).

Договор факторинга еще до принятия ГК РФ нашел применение в практике некоторых российских банков, однако, российскому законодательству он ранее был неизвестен. До введения в действие второй части ГК РФ факторинговые операции регулировались письмом Госбанка СССР от 12 декабря 1989 года № 252 «О порядке осуществления операций по уступке поставщиками банку права получения платежа по платежным требованиям за поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги». В настоящее время факторинг (финансирование под уступку денежного требования) регулиру-

ется гл. 43 ГК РФ, положения которой учитывают правила Конвенции УНИДРУА «О международном факторинге»¹².

История развития факторинга. Принято считать, что операции, обозначаемые в современных условиях как «**факторинг**», имеют своим истоком сложившуюся, в основном в первой половине XIX века, практику оказания комплекса коммерческо-финансовых услуг, предоставлявшихся производителям (поставщикам) товаров торговыми компаниями, занимавшимися сбытом их продукции.

Действительно, первоначально факторинг, известный еще с XVI—XVII вв., возник как операция специализированных торговых посредников, но позднее в него включились и банки¹³. В период становления и бурного развития рыночных отношений существенную роль в предпринимательской сфере, и в частности в торговле как во внутренней, так и внешней, играли комиссионные (торговые) агенты, которые и назывались факторами. Практически в их функции входила не только реализация товаров, производимых принципалом, но и предоставление ему денежных авансов и кредитование его производства. Комиссионер продавал товары и выставял счета от своего имени, не указывая имени принципала. Если он продавал в кредит, то было вполне естественным и привычным, что он принимал на себя риск, предоставляя за дополнительное вознаграждение гарантию получения платежа (делькредере).

На более позднем историческом этапе некоторые комиссионные агенты отказались от коммерческих функций и сосредоточились на финансовых сторонах обслуживания своих клиентов. Постепенно факторы перешли к прямой покупке у поставщика его платежных требований (выставленных покупателям счетов-фактур). Только в 60-е годы XX века факторские операции пришли на смену коммерческому кредиту в вексельной форме и стали широко применяться для обслуживания процесса реализации продукции. Это было вызвано усилением инфляционных процессов и неустойчивостью в экономике ряда стран в тот период, что требовало более быстрой реализации продукции, то есть ускорения перевода капитала из товарной формы в денежную. Считается, что в этот период

и родился современный факторинг. Таким образом, отношения, которые возникли как чисто торговая деятельность, переродились в финансовую операцию и стали составной частью деятельности коммерческих банков. Если оценивать факторинг с точки зрения открываемых им возможностей, то в настоящее время факторинг в широком смысле принято считать важным инструментом современного менеджмента, особенно в отношении финансирования и руководства предприятием, а также управления рисками¹⁴.

Понятие, функции и правовое регулирование факторинга. С экономической точки зрения *факторинг* (англ. *factoring* от *factor*, агент посредник) – это разновидность торгово-комиссионных операций, сочетающаяся с кредитованием оборотного капитала¹⁵ клиента и связанная с инкассированием его дебиторской задолженности (неоплаченными счетами-фактурами клиента в процессе реализации им товаров и услуг) и передача банку права требования платежа с покупателя продукции (услуги). При этом покупатель требований перенимает на себя при так называемом «чистом факторинге» также риск по делькредере¹⁶.

Сегодня факторинг преимущественно определяется как правовое отношение между банком или иным кредитным учреждением («**финансовым агентом**») и предприятием, продающим товары или услуги («**клиентом**»), в соответствии с которым финансовый агент по договору факторинга получает право взыскания дебиторской задолженности клиента (с правом обратного требования к клиенту или без такового), а также может осуществлять бухгалтерский учет торговых операций клиента, если это предусмотрено договором. Таким образом, факторинг имеет следующие функции:

- финансирование текущей деятельности клиента;
- ведение соответствующих бухгалтерских операций;
- защита клиента от кредитных рисков (в случае факторинга «без оборота»).

С правовой точки зрения, факторинг создает непосредственное правоотношение между двумя лицами: **финансовым агентом** (банком или иным кредитным учреждением)

и поставщиком товаров или услуг или другим хозяйствующим субъектом (**клиентом**). По **договору факторинга** одна сторона (**финансовый агент**) передает или обязуется передать другой стороне (**клиенту**) денежные средства в счет денежного требования клиента (**кредитора**) к третьему лицу (**должнику**), вытекающего из предоставления клиентом товаров, выполнения работ или оказания услуг третьему лицу, а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование (п. 1 ст. 824 ГК РФ). Таким образом, в факторинговой сделке принимают участие три субъекта: финансовый агент, клиент (кредитор) и должник.

Предмет факторинга. Предметом уступки при осуществлении факторинговых операций может быть как существующее, так и будущее требование.

Предметом уступки должны быть конкретные требования, а не любые обязательства должника. В договоре факторинга должны быть указаны сумма, сроки выплаты, другие признаки каждого переуступаемого права требования, позволяющие его идентифицировать.

Предметом факторинговой сделки может быть не только одно, но и несколько требований. Договоры о факторинге могут включать в себя оговорку в пользу финансового агента, в соответствии с которой клиент обязуется передавать фактору всю дебиторскую задолженность, отраженную в его бухгалтерском учете, что делает невозможным для клиента вступить в аналогичные отношения с другим финансовым агентом. Такое условие договора и по существу лишает клиента возможности передать своему финансовому агенту только сомнительные долги или те, в отношении которых он опасается, что они не будут уплачены. Но на практике это действует не так строго, поскольку контрагенты договариваются о том, что договор будет действовать только в отношении, например, поставок лишь определенной продукции.

¹⁷ Российская банковская энциклопедия / Гл. ред. О.И. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 447.

Клиент должен предоставить банку доказательства того, что он произвел поставку товаров или осуществил оказание услуг, что на практике означает его обязанность передать счета (фактуры). Клиент должен также сообщить финансовому агенту имеющуюся у него информацию о своих должниках (дебиторах), которая необходима финансовому агенту для получения платежа. Он также обязан сообщить банку сведения, которые могут быть противопоставлены его требованиям, а также сведения об имеющихся спорах с должниками, с которых финансовый агент будет вправе требовать исполнения обязательств.

Вознаграждение финансового агента. Договор о факторинге предусматривает способ и размер вознаграждения финансового агента за предоставляемые им услуги. Речь идет о вознаграждении, размер которого определяется на основе суммы дебиторской задолженности клиента. Обычно на размер вознаграждения влияют следующие обстоятельства:

- средняя продолжительность предоставляемой поставщиком рассрочки платежа своим покупателям (чем больше этот период, тем выше риск неплатежа, который лежит на финансовом агенте);

- характер деятельности клиента: производство или оказание услуг (этим определяется, благоприятны ли возможности реализации на рынке и т.п.);

- характер деятельности должников клиента (их уязвимость в определенных неблагоприятных макроэкономических ситуациях);

- общее количество должников клиента (хотя чем больше их число, тем меньше общий риск неплатежа, большое число покупателей увеличивает объем бухгалтерской обработки операций);

¹⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, А.С. Хохлова. М., 1996. С. 447.

- общая характеристика должников клиента, с точки зрения их деловой надежности, характер, частота и объем претензий и разногласий по поставкам.

Размер такого вознаграждения в разных странах колеблется между 0,75 и 3,5 %. К этой ставке добавляется также кредитный процент по авансовым платежам, осуществляемым финансовым агентом.

В договоре закрепляется положение о том, что клиент гарантирует существование передаваемого долга. Долг считается фактически существующим в той мере, в которой клиентом осуществлено исполнение обязательств в соответствии с договором между ним и его контрагентом (должником).

Правовое регулирование факторинга в Гражданском кодексе Российской Федерации. Нормы, относящиеся к этому новому виду договора, сформулированы в ГК РФ, исходя из необходимости создания правовой основы для этих важных, с точки зрения развития современного предпринимательства, отношений.

Правила о взаимоотношениях между финансовым агентом и должником, а также о правомочиях последнего в отношении нового кредитора — финансового агента (ст. ст. 830—832 ГК РФ), перекликаются с соответствующими статьями общей части обязательственного права, относящимися к уступке требования. Вместе с тем они дополнены конкретными положениями, обусловленными особенностями рассматриваемого вида сделок.

Глава 43 ГК РФ включает специальные нормы по отношению к нормам общей части обязательственного права об уступке требования (ст. ст. 382—390 ГК РФ). Положения общей части ГК РФ применяются к отношениям по договору о финансировании под уступку требования, если в данной главе не содержится иного регулирования. В частности, нормы, касающиеся формы уступки требования (ст. 389), определяют форму данного договора. Ряд положений главы 43 конкретизируют общие нормы применительно к уступке требования в целях получения финансирования.

Эти положения, весьма важные для юридического содержания договора о финансировании под уступку требования, имеют диспозитивный характер. Стороны, учитывая особенности своих отношений, вправе иначе решить данные вопросы в своем договоре. Соответствующие нормы ГК РФ сформулированы преимущественно на основе анализа и с учетом сложившейся практики осуществления подобных операций в условиях развитых рыночных отношений. Представляется, что они помогут сформировать также и отечественную практику «факторинговых» операций, опираясь на содержащиеся в Кодексе нормы, отразившие в рациональном виде опыт, накопленный в странах, которые уже продолжительное время идут по пути развития экономических отношений, построенных на принципах рыночной экономики.

Определение договора финансирования под уступку денежного требования сформулировано так, чтобы он охватывал достаточно широкий круг отношений, связанных с данным видом финансовых сделок в предпринимательской сфере. В соответствии с этим определением (ст. 824 ГК РФ) денежное требование может выполнять не только основную свою роль — имущественного эквивалента, получаемого в обмен на реальные денежные средства, но также являться обеспечением исполнения другого обязательства, существующего между клиентом и его финансовым агентом. В последнем случае право требования денежных средств с должника перейдет к финансовому агенту только тогда, когда клиентом не будет исполнено обязательство, по отношению, к которому уступка права денежного требования носила обеспечительный характер.

Статья 825 ГК РФ относит деятельность финансового агента, предоставляющего финансирование под уступку требования, к видам предпринимательской деятельности, которая может осуществляться только при наличии разрешения осуществлять деятельность такого вида. Вместе с тем банки и иные кредитные организации вправе осуществлять эту деятельность уже в силу своего статуса, не получая на

нее дополнительного разрешения, поскольку в соответствии со ст. 5 «Закона о банках и банковской деятельности в РСФСР» совершение банками факторинговых операций отнесено к сделкам, на осуществление которых не требуется лицензии ЦБ РФ.

В мировой практике существует несколько типов факторинговых договоров: о полном факторинговом обслуживании с правом регресса (обратного требования платежа с поставщика) или без права регресса; о предварительной оплате требований с правом и без права регресса¹⁷.

Под действие главы 43 ГК РФ попадают лишь такие финансовые услуги, оказываемые в обмен на уступку требования, которые **обязательно** включают в себя, **право финансового агента на непосредственное взыскание дебиторской задолженности с контрагентов клиента**, а не только, например, бухгалтерское обслуживание и контроль за оплатой счетов, выставленных клиентом по произведенным им поставкам или оказанным услугам.

В том случае, когда предоставление финансовым агентом финансирования не сопровождается уступкой ему требования от лица, которому предоставлено это финансирование, такие отношения должны быть квалифицированы по-иному (например, как договор займа).

Характер и вид финансовых услуг, предоставляемых финансовым агентом клиенту за уступку права требования, стороны вправе определить по своему усмотрению. Естественно, что на решение этого вопроса большое влияние будет оказывать сложившаяся коммерческая практика. Разница между денежным выражением уступленных требований и предоставляемых услуг по финансированию может значительно отличаться в различных отраслях предпринимательской деятельности и изменяться, в частности, в зависимости от экономической конъюнктуры.

Гражданский кодекс Российской Федерации (ст. 826) различает два вида денежных требований, которые могут быть предметом уступки:

- **во-первых**, денежное требование, срок платежа по которому уже наступил, то есть уже существующая у клиента де-

биторская задолженность, отраженная в его бухгалтерских документах,

- во-вторых, право на получение будущих долгов, то есть платежные обязательства контрагентов клиента, вытекающие, например, из заключенных им договоров на поставку товаров, срок платежа за которые еще не наступил.

Денежное требование, являющееся предметом договора, должно быть определено в этом договоре таким образом, чтобы его можно было отличить от аналогичных требований, которые не являются предметом уступки. Так, например, требования могут быть идентифицированы в договоре между финансовым агентом и его клиентом ссылкой на определенный договор или вид продукции. Идентификация требований может быть осуществлена и без такого прямого указания. Так, например, сумма, определяющая стоимость финансирования, предоставляемого под уступку требования, может дать основание для определения требования, к которому относится уступка.

Для случаев, когда из договора определить конкретные уступленные требования невозможно, из буквального толкования статьи 826 ГК РФ может быть сделан вывод о том, что стороны не определили предмет договора и последний не может считаться заключенным. Однако существует иная точка зрения, а именно, что «более правильно при применении данной статьи исходить из того, что отсутствие в договоре факторинга прямой ссылки или невозможность использования на основании договора какого-то иного способа идентификации требований, ставших предметом уступки, означает, что уступка распространяется на все требования клиента, возникающие из его предпринимательской деятельности. Такой подход не будет создавать препятствий для развития данных финансовых операций и в то же время будет стимулировать стороны четко определять предмет договора»¹⁸. Однако, подобный подход к толкованию ст. 826 ГК РФ представляется не совсем правильным, поскольку может повлечь заключение кабальной сделки для клиента.

Еще одна отличительная черта уступки требования в соответствии с данным договором по сравнению с общераж-

данской цессией — это возможность определить в качестве предмета договора факторинга требование, которое еще не существует на момент заключения договора об уступке требования, а только возникнет в будущем. В соответствии с п. 2 ст. 826 ГК РФ, если передается денежное обязательство, срок платежа по которому еще не наступил, то в дальнейшем, в момент, когда возникло право требовать платеж, уже не требуется дополнительное оформление уступки этого требования.

На клиента в соответствии со статьей 827 ГК РФ возлагается ответственность за недействительность, уступаемого финансовому агенту денежного требования. Денежное требование уступаемое клиентом финансовому агенту по договору факторинга, должно быть реально существующим и юридически действительным. Только в случае, когда клиенту при передаче требования финансовому агенту не было известно об обстоятельствах, вследствие которых должник вправе не исполнять денежное требование, к нему не могут быть предъявлены претензии, что он не выполнил возложенную на него обязанность передать действительное денежное требование. При этом, исходя из общих начал ответственности предпринимателя за неисполнение обязательств, при решении вопроса о том, что было или не было известно клиенту, должен применяться объективный критерий, то есть должно учитываться не столько то, что в действительности знал клиент, сколько то, что он обязан был знать в силу занятия определенным видом предпринимательской деятельности.

Гражданский кодекс (п. 3 ст. 827 ГК РФ) предусматривает возможность осуществления как «безоборотного» факто-

¹⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, А.С. Хохлова. М., 1996. С. 441.

²⁰ До 60 % всех платежей в международной торговле осуществляется в форме открытого счета, которая наиболее благоприятна для осуществления коммерческого кредитования посредством использования факторинга.

ринга, то есть без сохранения права финансового агента обратиться с требованием к клиенту, если должник не заплатит финансовому агенту, так и «оборотного» — с установлением ответственности клиента в таком случае.

Весьма важным является зафиксированное в пункте 1 статьи 828 ГК РФ положение, которое устанавливает правило прямо противоположное тому, что вытекает из норм об общегражданской цессии. В соответствии с данной статьей уступка денежного требования является действительной, если даже это противоречит договору клиента с его должником (ср. п. 2 ст. 382 ГК РФ). Данное правило, которое направлено на создание благоприятных условий для развития финансовых операций типа «факторинг», дополнено весьма важным положением, обеспечивающим интересы должника, которые, на первый взгляд, ущемляются в силу устанавливаемого ГК для данного случая приоритета уступки требования. Если клиент осуществил уступку требования из договора, в котором установлено, что она запрещена, то он будет нести за это ответственность перед своим контрагентом. Так, например, если при исполнении долга финансовому агенту у должника возникают какие-либо дополнительные расходы, ему причиняются неудобства, которые являются результатом уступки требования и которые отсутствовали бы, если бы долг исполнялся непосредственно первоначальному кредитору (клиенту), то должник вправе требовать от своего контрагента (клиента) возмещения возникших у него убытков.

Трехсторонний характер отношений при осуществлении факторинговых операций нашел свое отражение в статье 833 ГК РФ, которая регулирует взаимоотношения в случае, когда в результате нарушения клиентом своих обязательств перед должником у последнего появляется право требовать возврата уже уплаченных сумм.

Обязанности финансового агента. Практически во всех договорах закрепляется, что финансовый агент сохраняет за собой право выбрать требования, которые он намерен принять. Это означает, что требования должны быть представлены ему на предварительное одобрение. В практике существу-

ет несколько различных механизмов такого одобрения (индивидуально по каждому долгу; по определенным периодам — еженедельно, ежемесячно; путем установления предела кредитования по отдельным покупателям). Независимо от использованного механизма устанавливается, что финансовый агент может всегда отказаться от требования при условии, что товары еще не были отгружены или если возможно остановить такую отгрузку.

Основной обязанностью финансового агента является обязанность уплатить клиенту за уступленное право денежного требования определенную сумму. Обычно платеж осуществляется посредством текущего счета, открываемого финансовым агентом в пользу клиента.

Как правило, финансовый агент берет на себя также обязанности по обработке счетов клиента, контроль за соблюдением сроков платежа, согласованных объемов продаж и т.п. В таких случаях фактор действует уже в качестве финансового советника.

Хотя договор о факторинге устанавливает правовую связь между финансовым агентом и клиентом, вместе с тем имеются и другие лица, которые хотя формально и не являются участниками этих договорных обязательств, но прямо или косвенно затрагиваются последствиями заключения договора о факторинге. Это контрагенты клиента и иные третьи лица.

Отношения между финансовым агентом, клиентом и должником. Об уступке требования должно быть сообщено должнику, что дает возможность финансовому агенту потребовать от него уплаты долга непосредственно ему. Обычно покупатель следует полученному указанию и платит финансовому агенту. Однако может случиться, что должник откажется уплатить долг, основываясь на встречных требова-

²¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, А.С. Хохлова. М., 1996. С. 444.

ниях (претензиях), которые покупатель мог бы предъявить своему первоначальному кредитору.

При этом следует различать требования должника, непосредственно связанные с уступленным правом требования (например, относящиеся к исполнению договора поставки), и те, которые не относятся к нему (предъявление какого-либо иного требования к зачету). Если первые могут быть всегда противопоставлены требованию финансового агента, то вторые могут иметь силу против фактора, только если они возникли до уступки права требования. Если встречные требования должника к финансовому агенту окажутся обоснованными, то финансовый агент может в связи с этим предъявить регрессный иск своему клиенту.

Отношения между финансовым агентом, клиентом и третьими лицами, иными, чем должник. Рассматривая комплекс отношений между финансовым агентом, клиентом и третьими лицами помимо должников, в первую очередь необходимо принять во внимание, что договор о факторинге создает новую правовую ситуацию, которая затрагивает права третьих лиц и может быть использована против них. Третьи лица, которые косвенно затрагиваются заключением договора о факторинге, — это кредиторы должника, клиента и, более всего, последующие финансовые агенты получившие право требования того же долга (когда долг уже передан клиентом финансовому агенту).

Действительность уступаемого права требования в отношении третьих лиц, как правило, обуславливается необходимостью уведомления об этом должника. Согласно ст. 830 ГК РФ должник обязан произвести платеж финансовому агенту при условии, что он получил от клиента письменное уведомление об уступке денежного требования данному финансовому агенту и в уведомлении определено подлежащее исполнению денежное требование, а также указан финансовый агент, которому должен быть произведен платеж.

²² Комиссия ООН по праву международной торговли. Двадцать восьмая сессия. Вена, 2—26 мая 1995 г. Документ ООН А/CN.9/412.

Однако в законе нет конкретного указания, кто из участников — клиент или финансовый агент — должен уведомить должника о состоявшейся уступке права требования. Представляется, что уведомить должника о состоявшейся уступке права денежного требования должен клиент, поскольку уступив право требования финансовому агенту он более не является кредитором должника, так как все права кредитора переданы им финансовому агенту. Требования к процедуре и содержанию такого уведомления в праве и договорной практике разных стран различны: начиная от простого письменного уведомления и заканчивая публичным объявлением в соответствующей форме или уведомлением, осуществляемым через официальное должностное лицо. На практике часто уведомление осуществляется путем соответствующей надписи на выставленных для оплаты счетах¹⁹.

Международный факторинг. Решить некоторые проблемы правового регулирования факторинга, возникающие из-за отсутствия специального регулирования, позволила наблюдающаяся в последнее время его значительная интернационализация²⁰. Многие факторинговые фирмы и коммерческие банки стали специализироваться в **экспортном** или **импортном** факторинге. Отсутствие специальных норм о факторинге в национальном праве многих стран, а также довольно существенные различия в имеющемся общем гражданском законодательстве и практике его применения в отношении этих операций оказались важным стимулом в разработке международного инструмента для регулирования международных факторинговых операций.

Правовое регулирование международных факторинговых операций. Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) была разработана *Конвенция УНИДРУА по международным факторным операциям*, которая была принята на международной конференции в Оттаве в мае 1988 г. В этой Конвенции удалось не только дать унифицированное регулирование по отдельным вопросам, учитывающее опыт и практику различных нацио-

нальных систем права и соответствующее требованиям современного международного экономического оборота, но и предложить решение некоторых вопросов, не решенных до сих пор на уровне отдельных национальных правовых систем.

Договор о международном факторинге, охватываемый Конвенцией, должен включать в себя, по крайней мере, две из следующих операций:

а) финансирование поставщика, в частности заем или долгосрочный платеж;

б) бухгалтерскую обработку счетов поставщика, относящихся к денежным требованиям, ставшим предметом уступки требования;

в) получение платежей с должников;

г) защиту интересов поставщика в связи с неплатежеспособностью его дебиторов.

Одной из главных задач Конвенции является создание особого правового режима, который был бы адекватен трехстороннему характеру отношений, возникающих при факторинге.

При уступке требования в соответствии с договором о факторинге конкретное денежное требование, являющееся предметом уступки, не обязательно должно указываться в договоре. Признается достаточным, чтобы это денежное требование могло быть определенным образом идентифицировано в момент заключения договора или в момент, когда оно фактически возникнет, как относящееся к данному договору о факторинге.

Важным положением Конвенции является правило о приоритете договора о факторинге, то есть отношений между фактором и его клиентом, над договором (например, купли-продажи), из которого возникает денежное требование. Устанавливается, что передача требования фактору не затрагивается никаким соглашением между поставщиком и его должником, которое запрещает такую уступку. Конвенция предусматривает, что действие этой нормы может быть ограничено заявлением присоединяющегося к Конвенции госу-

дарства, в результате чего данное положение не будет применяться в отношении должников, имеющих свое коммерческое предприятие на территории этого государства.

Конвенция предусматривает, что должник (**дебитор**) обязан произвести платеж финансовому агенту (**цессионарию**), которому уступлено право требования, только если у него отсутствует информация, что какое-либо третье лицо имеет преимущественное право на получение данного платежа. Об уступке дебиторской задолженности должно быть сообщено должнику (**дебитору**). Письменное уведомление об уступке требования, которое обязательно должно быть направлено должнику клиентом (или по его поручению финансовым агентом), должно достаточно определенно указывать требования, переданные финансовому агенту, а также данные о самом финансовом агенте. В целях Конвенции п. 4 ст. 1 установлено следующее:

- необязательно, чтобы письменное уведомление было подписано, но оно должно иметь указание, кем или от кого оно составлено;

- письменное уведомление включает также телеграммы, телексы, а также другие средства связи, оставляющие материальный след;

- письменное уведомление имеет силу, если оно получено получателем.

Договор о факторинге может включать уступку не только денежного требования, но и иных прав (как полностью, так и частично), которыми обладает клиент, включая преимущества, возникающие из оговорки о сохранении за клиентом (поставщиком) права собственности на товары до полной их оплаты или из иных способов обеспечения исполнения обязательств²¹.

С другой стороны, должник, которому финансовый агент предъявляет денежное требование, вправе, в свою очередь, предъявить ему свои требования, вытекающие из его договора с клиентом. Вместе с тем Конвенция предусматривает, что если должник уже уплатил финансовому агенту соответствующие суммы, то он не может потребовать возврата

этих сумм от фактора, если он может их получить непосредственно с клиента. Должник может требовать от финансового агента возврата уплаченной ему суммы, если последний еще не исполнил своих обязательств перед клиентом или если финансовый агент осуществил платеж клиенту, зная о том, что у должника есть претензии к клиенту.

Конвенция предусматривает право финансового агента переуступить полученное им от клиента право требования другому финансовому агенту, если такая переуступка не запрещена договором. К переуступке применяются те же положения, что и к первоначальной уступке права требования.

Говоря о международном регулировании факторинговых операций, необходимо заметить, что Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)²² также приступила к работе по подготовке унифицированного документа, охватывающего проблемы уступки требований при финансировании дебиторской задолженности, в том числе посредством факторинга, в аспекте международной торговли, что еще раз подчеркивает актуальность правового регулирования этого вида сделок в ГК РФ.

Особенности проведения международных факторинговых операций. В мировой практике под понятием *«факторинг»* чаще всего понимается приобретение прав требования, управление и получение платежа по краткосрочным требованиям, вытекающим из поставок товаров и услуг посредством финансового агента и на основе долгосрочных рамочных соглашений. При этом финансовый агент принимает на себя при так называемом *«чистом факторинге»* риск по делькредере.

Факторинг затрагивает такие требования, которые не должны являться исключительно требованиями на основе экспортных операций. За счет связанных с факторингом дополнительных условий, как, например, управление требованиями и передача риска по делькредере, факторинг представляет для определенных предприятий альтернативу финансирования внешнеторговых операций.

Экспортер в этом случае подписывает с банком (факторинговой фирмой) соответствующий договор о факторинге, который обычно охватывает срок в один-два года. Этот договор включает в себя все требования по операциям внутри страны и/или все требования по экспортным операциям, или требованиям по экспортным операциям в определенных странах, либо в случаях исключения, требования по сделкам с определенной группой клиентов. Если договор факторинга предусматривает работу только с определенной группой клиентов, то для каждой такой группы устанавливается минимальный размер факторинговых требований.

При заключении договора факторинга фактор выставляет своему клиенту ряд требований. Этот список может быть расширен в ту или иную сторону в зависимости от реальных условий сделки, но основными являются:

- срок действия продаваемых требований по экспорту не должен превышать 180 дней;
- требования должны быть свободны от прав на них третьих лиц и предоставляться в полном объеме;
- требования не могут содержать оговорки об отчуждении требования должника. Цессия может быть оговорена как исключение через переговоры с должником;
- клиенты экспортера не должны оплачивать товар векселем;
- кредитоспособность и серьезность намерений экспортера не должны подвергаться сомнениям, как и то, что покупаемые требования существуют в принципе.

При осуществлении операций в международном масштабе факторинг выполняет следующие *функции*:

1. **Финансовая функция** выражается:

- *увеличении ликвидности активов*. Значительным аргументом при проведении факторинговой операции для продавца является увеличение ликвидности за счет того, что банк или факторинговая компания в короткие сроки предоставляет соответствующую сумму по заключенным договорам;
- *возможности адаптации*. Обычно банк (факторинговая компания) готов приобрести даже возросшие по сумме

экспортные требования. Это удобно экспортерам, занятым на сезонных рынках;

- *балансовых преимуществ*. Посредством проведения факторинговых операций улучшаются основные балансовые коэффициенты, особенно соотношения *собственный капитал/заемный капитал*.

2. Функция ответственности по делькредере включает:

- *снятие риска невыполнения требований*. Как следует из механизма факторинга, если банк (факторинговая компания) перенимает на себя риск по делькредере, что сегодня является правилом, то экспортер становится застрахованным от риска невыплаты должником (покупателем) требуемой суммы. Обычно банк (факторинговая компания) удерживает 10 % — 20 % (в редких случаях до 30 %) от суммы сделки с целью обеспечения надежности. Эта удержанная сумма (от 10 до 30 % от суммы сделки) выплачивается клиенту после оплаты по сделке должником или по истечении определенного времени после срока оплаты по требованию (максимально – 120 дней). Если должник окажется несостоятельным, то есть не оплатит соответствующие требования, банк (факторинговая компания) все равно должен выплатить клиенту удержанную сумму. Таким образом, клиент (экспортер) является полностью защищенным от риска невыполнения обязательств должником (покупателем);

- *политические риски*. Банки (факторинговые) компании стараются исключить из своей практики сделки, связанные с политическими рисками. В принципе, могут быть проданы только те требования, которые затрагивают западные индустриальные страны. Но факторинговые фирмы постоянно расширяют круг стран-участников, так, сейчас проводятся факторинговые сделки со странами Юго-Восточной Азии и некоторыми странами Восточной Европы;

- *курсовые риски*. Курсовые риски обычно не покрываются банком (факторинговой компанией).

3. Функция финансовых услуг. При факторинге фирма или банк, занимающиеся подобными сделками, должны производить следующие операции, носящие характер услуг:

- проверка кредитоспособности импортера;
- проведение определенных операций в области всевозможных соответствующих сборов, также в области инкассо;
- статистическая обработка информации.

Таким образом, с учетом выполняемых функций можно выделить следующие *формы факторинга*, принятые в мировой практике:

1. Стандартный факторинг. Он заключается в том, что банк или факторинговое общество принимает на себя все три функции, то есть функцию финансирования, функцию ответственности по делькредере, функцию финансовых услуг.

2. Чистый факторинг. Банк (факторинговая компания) принимает на себя риск по делькредере. Обычно чистый факторинг соответствует стандартному факторингу, так как банк или факторинговая фирма (за редким исключением) принимает на себя и другие две функции.

3. Косвенный факторинг. Банк не принимает на себя риск по делькредере. Операция факторинга в данном случае принимает характер ссуды.

4. Факторинг по сроку уплаты. Финансовый агент не принимает на себя финансовые функции, то есть в том числе и риск по делькредере. Банк (факторинговая компания) берет на себя только обязательства инкассировать требования по сроку их оплаты и предоставляет соответствующую сумму экспортеру только после уплаты ее должником.

5. Конвенционный (открытый) факторинг. С момента продажи импортер ставится в известность (через экспортера, банк или факторинговую фирму) о требованиях к нему. Импортер имеет право покрывать свой долг только банку (факторинговой компании).

6. Конфиденциальный (закрытый) факторинг. Должнику не сообщается о включении в схему сделки банка (факторингового общества), и импортер производит оплату дол-

га непосредственно экспортеру, что подразумевает отсутствие принятия на себя фактором функции инкассирования, хотя финансовую функцию и риск по делькредере банк или факторинговая фирма, как правило, берут на себя.

Основными являются два вида факторинга: конвенционный (открытый) и конфиденциальный (закрытый).

Факторинг предполагает обычно более высокие издержки, чем другие способы финансирования. Проведение международных факторинговых операций связано со следующими *издержками*:

1. Премия за факторинг складывается:

- из премии за проверку финансового состояния дебитора;
- премии за управление финансовым состоянием дебитора (консалтинговые услуги);
- премии за взятие на себя функций в области сборов, налогов и инкассации.

Факторинговая премия, размер которой в зависимости от услуг составляет 0,5—2,5 % от оборота. Например, если банк или факторинговое общество работает с уже известным кругом фирм, которые оно проверяло раньше, то премия за проверку финансового состояния будет меньше, и наоборот. Обычно премия за факторинг находится в пределах от 0,5 % до 2,0 %.

2. Премия за риск по делькредере и/или за страхование курсовых рисков. Эта премия рассчитывается независимо от величины премии за факторинг. Величина премии составляет около 0,4 % оборота экспортера с банком или факторинговым обществом. Так как в настоящее время имеет место ситуация, когда риски по делькредере обязательно включаются в договор, то многие банки и факторинговые компании предлагают общую премию за факторинг и за риск по делькредере, величина премии составляет 0,5—2,5 %.

²³ Российская банковская энциклопедия / Гл. ред. О.И. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 467.

Если банк или факторинговое общество принимает на себя риск по курсовым колебаниям, то премия в этом случае составляет стоимость срочных сделок банков по валюте.

Если данная операция факторинга подлежит обложению налогом на добавленную стоимость, то премия увеличивается на соответствующую величину и должна быть оплачена клиентом.

Проценты по факторинговой сделке начисляются банком (факторинговой фирмой) до момента оплаты импортером всей требуемой суммы либо, в случае его несостоятельности и неуплаты по требованию, до 120 дней после наступившего срока платежа. Начисленный процент выставляется экспортеру к оплате обычно раз в полгода.

В договоре факторинга должны быть определены задачи финансового агента, в особенности условия уступки права требования, перенос экспортных требований на финансового агента, иные услуги финансового агента, величина премий за факторинг и размер процентов. Договор факторинга при этом может быть связан с некоторыми требованиями клиента (экспортера), но в данном случае возникает возможность уступать права только по тем требованиям, которые выставлены против покупателя в определенной стране.

Предпосылкой для заключения договора факторинга является то, что экспортер может гарантировать действительность существования своих требований.

Уступка клиентом прав требования финансовому агенту происходит на основе получения оригиналов всех расчетов и связанного с этим передаточного письма. Банк проверяет, являются ли все требования действительными, подтверждает клиенту (экспортеру) готовность принять уступаемые права требования и выплатить клиенту 80—90 % от суммы требований клиента к должнику, оставшаяся сумма заносится на закрытый счет до погашения должником дебиторской задолженности финансовому агенту.

При открытом факторинге должник (импортер) информируется об уступке права требования и погашает свои обя-

зательства напрямую банку (факторинговой фирме), а при закрытом — должник и дальше продолжает проводить свои операции с кредитором (экспортером), а последний обязуется переводить соответствующие суммы финансовому агенту. Время действия договора факторинга составляет обычно один год.

Правовые проблемы в этой области могут возникать только при *«косвенном факторинге»* на основе коллизий с так называемой *«продленной оговоркой»* «о сохранении продавцом права собственности на товар вплоть до его полной оплаты.

В рамках экспортного факторинга были разработаны различные формы осуществления этого процесса.

Двухфакторная система как предпосылка для экспортного факторинга, она основывается на международном разделении труда между фактором импорта и фактором экспорта.

Экспортер заключает с находящимся внутри страны банком (факторинговой компанией) договор о факторинге и обязуется уступить ему все свои существующие краткосрочные товарные требования по внешнеторговым операциям, возможно, ограниченные определенным регионом и группой клиентов. Банк (факторинговая компания) экспортера заключает с другими банками (факторинговыми фирмами) в соответствующих странах (они являются обычно членами концернов или международных финансовых групп) рамочный договор об уступке прав внешнеторговых требований экспортера. Импорт-фактор, то есть банк (факторинговая компания) в стране импортера, проверяет кредитоспособность импортера, утверждает размеры факторинговых требований и сообщает результаты экспорт-фактору. Далее экспорт-фактор выплачивает экспортеру сумму в размере до 90 % от суммы уступленных прав требований и пе-

²⁴ Банковская система России. Настольная книга банкира. Лизинговые, факторинговые и форфейтинговые операции банков. М.: ТОО «Инжиниринго-консалтинговая компания «ДеКА», 1995. С. 66—67.

редает расчеты далее импорт-фактору, который принимает на себя в этом случае риск по делькредере, дебиторский бухгалтер, а также процесс получения платежа по полученным в результате уступки требованиям за рубежом. Когда импортер (должник) произвел оплату, то импорт-фактор переводит рассчитанный взнос экспорт-фактору, который потом переводит сумму экспортеру. На случай, если импортер не выплатил соответствующую сумму, экспорт-фактор имеет гарантию от импорт-фактора, что он оплатит сумму требований.

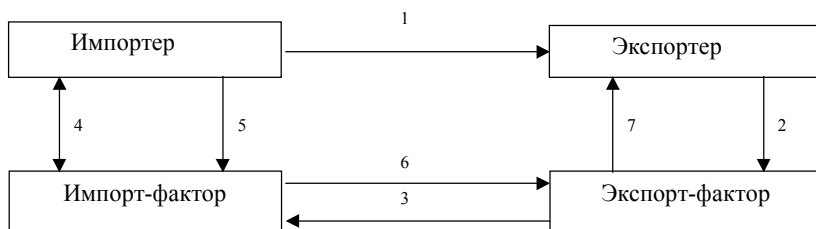


Рис. 1. Схема двухфакторной системы факторинга:

- 1 — поставка товара; 2 — договор факторинга; 3 — рамочный договор о внешнеторговых требованиях; 4 — разработка требований и процесса получения платежа; 5 — выплата рассчитанной суммы; 6 — перевод рассчитанной суммы экспорт-фактору; 7 — выдача ссуды (кредита) и выплата непроссудированной части рассчитанной суммы

К недостаткам двухфакторной системы экспортного факторинга необходимо отнести более высокие издержки за счет включения в систему двух финансовых агентов.

Следующей формой экспортного факторинга является **однофакторная система**. При этой технике факторинга практически отсутствует отличие от внутринационального факторинга, так как сделка происходит только через одного финансового агента (экспорт-фактора). Он берет на себя по причине издержек все факторинговые функции.

Еще одна возможность применения факторинга — **прямой импорт-факторинг**. Импорт-факторинг имеет место

²⁵ Российская банковская энциклопедия... С. 467.

тогда, когда экспортер заключает договор непосредственно с банком или факторинговой компанией в стране импортера. Экспортер продает все требования против покупателя из определенной страны этой фирме, которая в данной стране перенимает на себя большинство функций.

Какой из трех вариантов для экспортера является наиболее выгодным, зависит от различных преимуществ осуществления факторинга, издержек и выгодных долгосрочных связей с банком или факторинговой фирмой.

3. Форфейтинг

Понятие и возникновение форфейтинга. *Форфейтинг* (от французского *forfai* – целиком, общей суммой) является одной из форм финансирования внешнеэкономических операций (как правило, экспорта). Осуществляется коммерческими банками или фирмами (в том числе, специализирующимися на форфейтинговых сделках)²³. В общем смысле **форфейтинг** — операция по приобретению права требования по поставке товаров и оказанию услуг, принятие риска исполнения этих требований и их инкассирование. Она представляет собой особый вид банковского кредитования внешнеторговых сделок в форме покупки у экспортера коммерческих векселей, акцептованных импортером, без оборота на продавца. Это означает, что **форфейтер** (банк или коммерческая фирма) принимает на себя обязательство об отказе — **форфейтинге** — от обращения регрессного требования к кредитору при невозможности получения удовлетворения у должника.

Механизм форфейтинга используется в двух видах сделок:

- в финансовых сделках — в целях быстрой реализации долгосрочных финансовых обязательств;
- в экспортных сделках — для содействия поступлению наличных денег экспортеру, предоставившему кредит иностранному покупателю.

Форфейтинг возник после Второй мировой войны. Несколько банков Цюриха, имевших богатый опыт финансирования международной торговли, стали использовать его для финансирования закупок зерна странами Западной Европы в США. В те годы поставки продукции и конкуренция между поставщиками настолько возросли, что покупатели потребовали увеличения сроков предоставляемого кредита до 180 дней против привычных 90. Кроме того, произошло изменение структуры мировой торговли в пользу дорогостоящих товаров с относительно большим сроком производства. Таким образом, повысилась роль кредита в развитии международного экономического обмена, и поставщики были вынуждены искать новые методы финансирования своих сделок. По мере того как падали барьеры в международной торговле и многие африканские, азиатские, а также латиноамериканские страны стали более активны на мировых рынках, западноевропейские предприниматели все труднее предоставляли кредиты за счет собственных источников, почему поставщики и были вынуждены использовать новые методы финансирования своих сделок.

Наибольшее развитие форфейтинг получил в странах, где относительно слабо развито государственное кредитование экспорта. Первоначально форфейтирование осуществлялось коммерческими банками, но по мере увеличения объема операций стали создаваться также специализированные институты.

В настоящее время одним из основных центров форфейтинга является Лондон, поскольку экспорт многих европейских стран давно финансируется из Сити, никогда не медлившего с освоением новых банковских технологий. Значительная часть форфейтингового бизнеса сконцентрирована также в Германии.

Таким образом, форфейтинг развивается в различных финансовых центрах, причем отмечается ежегодный рост подобных сделок. Это объясняется возрастанием рисков, которые несут экспортеры, а также недостатком адекватных источников финансирования в связи с ростом рисков.

Форфейтинг обладает существенными достоинствами, что делает его привлекательной формой среднесрочного финансирования. Основным достоинством этой формы является то, что форфейтер берет на себя все риски, связанные с операцией. Кроме того, ее привлекательность возрастает в связи с отказом в некоторых странах от фиксированных процентных ставок, хроническим недостатком во многих развивающихся странах валюты для оплаты импортируемых товаров, ростом политических рисков и некоторыми иными обстоятельствами²⁴.

Форфейтинговые бумаги. Основными оборотными документами, используемыми в качестве форфейтинговых инструментов, являются **векселя – переводные и простые**. Однако объектом форфейтинга могут стать и другие виды ценных бумаг.

Вексель передается форфейтеру путем индоссамента с оговоркой «без оборота на продавца». Выкупая у экспортера векселя со скидкой, форфейтер принимает на себя риск неплатежа импортера. При наступлении срока платежа вексель предъявляется должнику от имени форфейтера. В результате форфейтинговых операций поставщики-экспортеры получают возмещение стоимости отгруженных товаров (за минусом учетной ставки), не дожидаясь сроков платежа по выданным импортерам векселям. Кроме того, они освобождаются от необходимости отслеживать сроки платежей по векселям и принимать меры к взысканию платежей по ним.

Учетные ставки по этим операциям выше, чем по другим формам кредитования. Их размеры зависят от категории должника, валюты, задействованной в расчетах, и срока векселя. Должниками при форфейтинге могут быть только импортеры, страна которых имеет хороший рейтинг (в международном масштабе) и за которых банк с хорошим рейтингом (в международном масштабе) обязался удовлетворить требования. С целью снижения валютного риска боль-

²⁴ Российская банковская энциклопедия... С. 467.

шинство форфейтеров приобретают векселя только в устойчивых валютах, преимущественно в немецких марках, швейцарских франках и долларах США. Валюта — наиболее частый объект форфейтинговых операций. Как правило, форфейтером приобретаются векселя со сроком от 6 месяцев до 5 лет, а в некоторых случаях — до 7 лет, и на довольно крупные суммы²⁵.

Форфейтинговые операции — это разовые операции, осуществляемые в связи с куплей-продажей каждого векселя. Покупка векселей оформляется стандартным договором, где содержатся точное описание сделки, сроки, издержки, гарантии и пр.

Кроме векселей объектом форфейтинга могут быть обязательства в форме **аккредитива**. В качестве объекта форфейтирования аккредитивы применяются редко. Это объясняется сложностью операции, заключающейся прежде всего в том, что в случае с аккредитивом необходимо предварительно и подробно согласовать условия сделки, что приводит к увеличению сроков всей процедуры.

С точки зрения форфейтера, неудобство операций с аккредитивом заключается в том, что этот участник операции предполагает, что возмещение будет осуществляться периодически и приблизительно равными долями. Это удобно и ему, и остальным участникам — должнику и гаранту. Однако если частичные погашения по векселям могут быть оформлены отдельными документами, каждый из которых легко обращается при желании форфейтера продать их, то по аккредитивам все объединяется в единый документ в пользу бенефициара, и этот документ, как правило, не может быть продан без специального разрешения должника, что значительно усложняет всю операцию.

Подготовка и документальное оформление форфейтинговой сделки. Существует два возможных инициатора форфейтинговой сделки — экспортер и импортер. Чаще всего в этой роли выступает экспортер либо его банк. Еще до того, как экспортер и импортер подпишут контракт, форфейтер может определить свои требования к гарантии или ава-

лю и хотя бы приблизительно указать размер дисконта. Без этой информации экспортер не в состоянии точно определить цену контракта.

Первое, что должен определить для себя форфейтер, — это характер сделки, то есть выяснить, с какими ценными бумагами ему придется иметь дело. После этого он должен определить следующее:

- Объем финансирования, валюта, срок.
- Кто является экспортером и в какой стране он находится. Это важно, потому что хотя и финансирование обеспечивается без права регресса, существуют обстоятельства, при которых форфейтер может предъявить претензии экспортеру. Кредитоспособность экспортера также имеет значение. Кроме того, форфейтер должен проверить подлинность подписей на векселях.
- Кто является импортером и из какой он страны. Для проверки достоверности подписей и соответствия оформления векселей законодательству форфейтер должен точно определить импортера и его местонахождение.
- Кто является гарантом и из какой он страны.
- Чем оформляется долг, подлежащий форфетированию: простым векселем, переводным и т. д.
- Периоды погашения векселей, суммы погашения.
- Вид экспортируемых товаров. Этот вопрос интересует форфейтера, во-первых, с точки зрения целесообразности сделки, а во-вторых, с позиции легальности экспорта.
- Сроки поставки товара. Дата поставки должна быть близка к дате предоставления финансирования. Важно также и то, что гарант вряд ли сможет авалировать вексель до тех пор, пока поставка не будет осуществлена.
- Какие лицензии и иные документы по условиям контракта должны быть представлены для поставки товаров. Форфейтер несет ответственность за то, что не возникнет никаких задержек в исполнении финансируемого им контракта.

²⁷ Банковская система России... С. 74—75.

- В какую страну будет совершен платеж форфейтеру. Это важно знать, поскольку платеж в заграничный банк может задержать получение средств, и такая задержка должна быть учтена при дисконтировании бумаг. Существует также возможность замораживания средств на счетах, и эта возможность тоже должна быть учтена при расчете дисконта, форфейтер может даже отказаться от сделки, если его не устраивает банк, в который поступят средства.

Большинство форфейтинговых операций осуществляются банками, поэтому кредитный анализ является обязательным этапом подготовки форфейтинговой сделки. Существует четыре вида риска, которые должны быть проанализированы форфейтером: риск гаранта; риск покупателя; риск импортера; риск страны.

Кроме того, форфейтер должен собрать следующую информацию:

- О кредитоспособности гаранта;
- Есть ли какие-либо сомнения в кредитоспособности, компетентности экспортера или импортера и на чем они основываются;
- Какая ожидается степень риска.

После этого форфейтер может называть свою твердую цену. Однако с момента передачи заявки на совершение форфейтинговой сделки до реальной поставки товаров, когда форфейтер сможет купить векселя, проходит определенное время, в течение которого процентные ставки могут измениться в неблагоприятном для форфейтера направлении. Этот **рисковый период** может быть разделен на две части:

Первая часть — время между передачей заявки на рассмотрение и принятием ее импортером. На этот период форфейтер может предложить экспортеру опцион. Владелец опциона принимает решение о том, воспользоваться или нет предоставленным ему правом, в зависимости от динамики валютных курсов. Во всех случаях риск, которому подвергается владелец опциона, заранее ограничен ценой опциона. Если период предоставленного опциона не превышает 48 ча-

сов, то форфейтер может принять на себя риск и без начисления комиссии, если превышает — начисляется определенная сумма комиссии, как правило, форфейтеры не соглашались на опционы сроком свыше 1 месяца, хотя бывают исключения (до 3 месяцев).

Вторая часть — время между утверждением заявки и поставкой товаров. В течение этого периода (обычно от нескольких дней до 12 месяцев) форфейтер и экспортер несут обязательства, от которых они могут отказаться лишь при условии компенсации всех расходов другой стороне. В случае отказа экспортер должен компенсировать расходы форфейтера по другим обязательствам, которые он мог принять на себя с целью финансирования данной сделки; форфейтер — компенсировать экспортеру все расходы по организации другого источника финансирования. Кроме того, форфейтер обычно взимает с экспортера так называемые «комиссионные за обязательство», то есть за то, что, принимая на себя определенные обязательства в отношении данного экспортера, он лишает себя возможности заключить иные, возможно, более выгодные сделки.

После того как достигнута предварительная договоренность о сделке, форфейтер посылает документы с предложением экспортеру, который должен письменно подтвердить свое согласие. Форфейтер также перечисляет документы, с которыми ему необходимо ознакомиться до того, как он приступит к дисконтированию векселей (*лицензия на экспорт товаров и иные документы*).

Когда предложение будет акцептовано экспортером, он должен подготовить серию переводных векселей или подписать соглашение о принятии простых векселей от покупателя²⁶. На данной стадии экспортер должен получить гарантию или аваль на свои векселя. Кроме того, он делает надпись на векселях: «**без права регресса**».

Средства обеспечения возврата кредита форфейтеру

Гарантии и авали. В международной торговле экспортер получает от иностранного покупателя переводные или простые векселя, оплата которых должна быть произведена в

предусмотренные сроки. Банк в стране импортера либо авалирует такие оборотные документы, либо гарантирует их исполнение. Поскольку форфейтер несет все риски возможного неплатежа, он будет стремиться получить определенное обеспечение — в форме авалья или безусловной банковской гарантии.

Гарантийное обязательство выдается гарантом кредитуру в обеспечение своевременной уплаты причитающейся с должника суммы. Гарантия предоставляется в форме соответствующего письма, которое должно содержать следующие реквизиты: кем выдано письмо, юридический адрес гаранта, № гарантийного письма, объект гарантии (*сделка, дата поставки продукции, процентная ставка и т. д.*).

Существует несколько видов гарантий, различающихся по субъекту гарантийного обязательства, порядку оформления гарантии, источнику средств, используемому для гарантийного платежа. В качестве субъекта гарантийного обязательства могут выступать финансово-устойчивые предприятия или специальные учреждения, располагающие средствами. Чаще всего такими учреждениями являются банки. Если предоставляется банковская гарантия, то обычно ее выставляют международные банки, имеющие представительства в стране импортера.

Аваль — это вексельное поручительство, в силу которого авалист принимает ответственность за выполнение обязательств какого-либо обязанного по векселю лица. Кроме подписи аваль должен содержать надпись на векселе: «*per aval*», а если это переводной вексель, на нем должны быть указаны также реквизиты авалиста. По сравнению с гарантией аваль обладает преимуществом, заключающимся в том, что он неотделим от векселя. Кроме того, оформление авалья значительно проще, чем оформление банковской гарантии.

Гарантийные оборотные документы учитываются экспортером в своем банке без права регресса требований. Банк экспортера, таким образом, действует как форфейтер. Это вытекает из самого соглашения о форфейтинге, которое обыч-

но заключается лишь после того, как достигнута договоренность — между продавцом и его банком о том, что банк выступит в качестве форфейтера, и между покупателем и его банком о том, что банк авалирует векселя или предоставит гарантию их оплаты.

Форфейтер особенно заинтересован в эффективном обеспечении приобретаемого им оборотного документа. Если таким обеспечением является аваль, то, например, по английским законам такое обязательство считается действительным и авалист как гарант несет такую же ответственность, как и индоссант документа²⁷.

Если обеспечение имеет форму банковской гарантии, в ней указывается, что она является основной гарантией, что она является безотзывной и безусловной, что она делима и передаваема.

Юрисдикция. Договор между экспортером и форфейтером обычно содержит оговорку о применимом праве и юрисдикции. Если обеспечением является гарантия, аналогичная оговорка включается в гарантию, которую банк дает форфейтеру в стране импортера.

Издержки участников форфейтинговой сделки

Издержки импортера. Издержками импортера, участвующего в форфейтинговой операции, являются **комиссионные в пользу гаранта**. Обычно комиссионные (*комиссия*) — это определенный процент от номинальной стоимости гарантированных или авалированных векселей.

Комиссия за гарантию обычно выплачивается один раз в год (*в начале года*). Иногда она может выплачиваться в момент подписания гарантийного письма или авалирования векселя. Бывает также, что комиссия рассчитывается как процент от номинальной стоимости каждого векселя отдельно и выплачивается по истечении его срока.

Издержки экспортера. Издержки экспортера по организации форфейтингового финансирования складываются:

- из ставки дисконта;
- комиссии за опцион;
- комиссии за обязательство.

Ставка дисконта базируется на процентной ставке за кредит, предоставляемый на срок, равный среднему сроку дисконтируемых векселей.

Затем форфейтеру нужно определить размер **премии**, взимаемой им сверх суммы дисконта. Уровень премии отражает степень рисков, которым подвергается форфейтер. Чаще всего они связаны с политическими трудностями или проблемами трансферта, значительно реже — с несостоятельностью гаранта. Если гарантом выступает крупный международный банк или государственный банк, премия будет несколько ниже. Для большинства стран ее размер может колебаться от 0,5 до 5 %.

Если векселя выражены в валюте, мало распространенной на рынке, то премия может включать в себя еще один компонент, а именно **комиссионные**, связанные с проведением форфейтером операции валютного свопа.

Еще одной составляющей премии являются средства, обеспечивающие форфейтеру покрытие его управленческих расходов на организацию сделки (*обычно 0,5 % от ставки дисконта*).

Размер премии будет несколько выше, если форфейтер и экспортер договорятся о покупке векселей через определенный промежуток времени (*например, через 1 месяц или более*).

Кроме вышеперечисленных издержек, включаемых в премию, существуют и другие затраты. Это могут быть, например, **комиссия (премия) за опцион**, предоставленный форфейтеру экспортером, и так называемая **комиссия за обязательство** (за неполученную часть кредита). Обычно размер комиссии за обязательство определяется ежемесячно или ежегодно в виде процента от номинальной стоимости векселей и взимается до момента их дисконтирования. Размер комиссии может колебаться от 0,25 до 1,5 % в год. Как правило, оплата совершается в начале каждого месяца. Многие форфейтеры ежемесячно публикуют котировки своих ставок в различных специальных изданиях.

Преимущества и недостатки форфейтингового финансирования. Для форфейтинга характерно несколько ограничений:

- экспортер должен быть согласен продлить срок кредита на период от 6 месяцев до 10 лет и больше;
- экспортер должен быть согласен принимать погашение долга сериями;
- если импортер не является государственным агентом или международной компанией, возврат долга должен быть безусловно и безотзывно гарантирован банком или государственным институтом, приемлемым для форфейтера.

В целом же данный вид операций обладает как преимуществами, так и недостатками для всех, кто им пользуется.

Преимущества для экспортера:

1. Предоставление форфейтинговых услуг на основе фиксированной ставки.

2. Финансирование за счет форфейтера без права регресса на экспортера.

3. Возможность получения денег сразу после поставки продукции или предоставления услуг.

4. Отсутствие затрат времени и денег на управление долгом или на организацию его погашения.

5. Отсутствие рисков (все валютные риски, риски изменения процентных ставок, а также риск банкротства гаранта несет форфейтер).

6. Возможность быстрого оформления.

7. Конфиденциальный характер данных операций.

8. Возможность быстро удостовериться в том, что форфейтер готов финансировать сделку, оперативно согласовать условия сделки.

9. Возможность заранее получить от форфейтера опцион на финансирование сделки по фиксированной ставке, что позволяет экспортеру заранее подсчитать свои расходы и включить их в контрактную цену, рассчитать другие показатели.

Недостатки для экспортера:

1. Необходимость подготовить документы таким образом, чтобы на самого экспортера не было регресса в случае

банкротства гаранта, а также необходимость знать законодательство страны импортера, определяющее форму векселей, гарантий и авала.

2. Возможность возникновения затруднений в случае, если гарант импортера не устраивает форфейтера.

3. Более высокая, чем при обычном коммерческом кредитовании, маржа форфейтера.

Преимущества для импортера:

1. Простота и быстрота оформления документов.

2. Возможность получения продленного кредита по фиксированной процентной ставке.

3. Возможность воспользоваться кредитной линией в банке.

Недостатки для импортера:

1. Уменьшение возможности получить банковский кредит при пользовании банковской гарантией.

2. Необходимость платить комиссию за гарантию.

3. Более высокая маржа форфейтера.

4. Возможность возникновения трудностей с оплатой векселя в случае поставки некондиционных товаров или невыполнения экспортером каких-либо иных условий контракта.

¹ Двухуровневая банковская система основывается на построении взаимоотношений между банками в двух плоскостях: по вертикали и по горизонтали. По вертикали — отношения подчинения между Центральным банком как руководящим, управляющим центром и низовыми звеньями — коммерческими и специализированными банками; по горизонтали — отношения равноправного партнерства между различными низовыми звеньями. При этом происходит разделение административных функций и операционных, связанных с обслуживанием хозяйства. Центральный банк остается банком в полном смысле этого слова только для двух категорий клиентов — коммерческих и специализированных банков и правительственных структур, причем преобладающими становятся функции «банка банков» и управления деятельностью банковских учреждений в целях регулирования и контроля за функционированием рынка кредитно-финансовых услуг.

Преимущества для форфейтера:

1. Простота и быстрота оформления документов.
2. Возможность легко реализовать векселя на вторичном рынке.
3. Более высокая маржа, чем при операциях кредитования.

Недостатки для форфейтера:

1. Отсутствие права регресса в случае неуплаты долга.
2. Необходимость знания вексельного законодательства страны импортера.
3. Ответственность за проверку кредитоспособности гаранта.
4. Необходимость нести все процентные риски до истечения срока векселей.
5. Невозможность совершить платеж раньше срока.

Недостатки, указанные в пунктах 2 и 3, характерны не только для форфейтера. Однако для него не составляются дополнительные долговые соглашения, на которые он мог бы сослаться. Также следует помнить, что форфейтер несет политические и другие риски (риски трансферта, риски колебания валют). Они не отмечаются как недостатки для форфейтера, поскольку присущи любой форме международного кредита.

Преимущества для гаранта:

1. Простота оформления сделки.
2. Получение комиссии за свои услуги.

Недостаток для гаранта — один, но очень важный. Он заключается в том, что гарант принимает на себя абсолютное обязательство оплаты гарантируемого им векселя.

Риски участников форфейтинговой сделки

Риски экспортера. Основным риском экспортера является *валютный риск*, возникающий в связи с тем, что стоимость векселей может быть выражена в валюте, отличной от валюты, в которой он ведет свой учет экспортера, или, иначе говоря, риск того, что колебания валютного курса будут неблагоприятны для экспортера. Риск возникает в период между заключением договора с форфейтером (когда экспортер должен принять финансирование по уже установленной

ставке) и поставкой товара импортеру. Его можно избежать с помощью специального пункта в контракте, разрешающего изменение конечной цены в соответствии с движением курса валюты.

Риски импортера. Импортер берет на себя обязательство по истечении определенного времени оплатить поставленную ему продукцию. При этом сумма и валюта фиксированы, процент по его долгу заранее рассчитан и включен в стоимость векселей, а векселя выписываются в национальной валюте импортера. Только в том случае, когда национальная валюта импортера по каким-либо причинам неприемлема для форфейтера и импортеру приходится рассчитываться в иной валюте, для него возникает валютный риск, который может быть хеджирован с помощью фьючерсов.

Риски гаранта. В любой форфейтинговой сделке гарант принимает на себя обязательство оплатить векселя в срок, а также имеет право потребовать у импортера исполнения платежа. Если они выполняются одновременно, то гарант не несет никаких рисков. Однако существует вероятность того, что импортер задержит платеж. И хотя при этом гарант получает право требовать уплаты процента за просроченный платеж, тем не менее есть риск того, что импортер окажется полностью неплатежеспособным.

Гарант подвергается так называемому **суверенному риску** (*риску страны*). Снизить степень этого риска можно с помощью установления лимитов сумм на выдачу гарантий для каждой страны.

Риски форфейтера. С момента подтверждения согласия на проведение форфейтинговой операции и до момента

² Преамбула Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле».

³ Финансовое право / Под ред. проф. Н.И. Химичевой. М.: БЕК, 1995. С. 453—467.

⁴ Хозяйственное право / Под ред. проф. В.С. Мартемьянова. М.: БЕК, 1994. Т. 2. С. 366.

получения средств форфейтер несет риски, различные на разных стадиях осуществления сделки.

Валютный риск. Если форфейтер предоставляет экспортеру опцион на период до подписания контракта, он несет риски неблагоприятного изменения процентных ставок, снизить которые можно при помощи форвардных валютных контрактов.

Различные риски возникают также в зависимости от того способа, который форфейтер выбирает для финансирования своей покупки. В большинстве случаев форфейтер берет заем на финансирование своей сделки в той же валюте, в которой эта сделка заключена. Однако если, к примеру, он взял заем в немецких марках, а валютой контракта являются доллары США, он подвергается валютному риску. Но если форфейтер обеспечил совпадение сроков платежей по векселям и по своему долгу, то валютный риск может быть хеджирован с помощью параллельных форвардных валютных контрактов. Если же указанные сроки не совпадают, то форфейтер хеджирует риск неблагоприятного движения курса валют лишь частично.

Риск несвоевременной оплаты векселей. С учетом вероятности данного риска форфейтер должен следить за тем, чтобы у него всегда было достаточно собственных средств для выполнения своих обязательств. При этом желательно, чтобы между сроками погашения собственных обязательств и оплатой векселей существовал небольшой разрыв (*на случай несвоевременного поступления платежей по векселям*).

Риск гаранта. Для управления риском неплатежеспособности гаранта форфейтеры обычно устанавливают лимиты на одного гаранта. При этом необходимо учитывать, является ли форфейтер подразделением банка, является ли гарант банком или иным институтом. То есть лимиты должны определяться с учетом риска всего института.

Суверенный риск. Форфейтер должен определить, в какой стране находится гарант. Например, Банк Англии имеет отделения во многих странах и отвечает по обязательствам всех своих отделений. Но если валюта, находящаяся в одном

из заграничных отделений банка, не может быть переведена, возможности выставить иск головному банку ограничены. Не исключен и обратный вариант: заграничное отделение своевременно произвело платеж в головной банк для дальнейшего перечисления форфейтеру, а тот по каким-либо причинам задержал платеж.

В некоторых странах страховые компании предоставляют полис, причем предоставляют лишь странам с невысокой степенью риска. Однако на определенном уровне страховка становится невыгодной для форфейтера. В общем форфейтеры редко пользуются услугами страховых компаний, но возможность обращения к ним при проведении форфейтинговых операций нужно иметь в виду.

Риск импортера и экспортера. Форфейтер обязательно изучает компетентность и кредитоспособность экспортера и импортера, а также целесообразность операции. Если форфейтер ранее уже имел дело с данными партнерами, то проверка не занимает много времени. Важно определить в каждом случае, что считать достаточной проверкой: анкету, разговор с управляющими банков экспортера и импортера, беседу с экспортером и т. д.

⁵ Эбке Вернер Ф. Международное валютное право. М.: Международные отношения, 1997. С. 19—21.

Глава 8

ВАЛЮТНЫЕ ОПЕРАЦИИ КОММЕРЧЕСКИХ БАНКОВ

Осуществление предпринимательской деятельности без взаимодействия ее участников с банковскими институтами в современных условиях невозможно. Развитие в Российской Федерации рыночной экономики и становление в связи с этим двухуровневой системы¹ потребовали решения в числе первых задач проблемы валютного рынка страны, формирования новой валютной политики. Практически все операции с валютными ценностями на территории Российской Федерации совершаются через банки и небанковские кредитные организации, получившие лицензии Центрального Банка РФ (далее ЦБ РФ) на проведение банковских валютных операций. Совершение банками указанных операций в силу специфики их предмета нуждается в детальном, продуманном правовом регулировании, обеспечивающем приоритетность обращения и устойчивость национальной валюты, повышение авторитета Российского государства в системе мирохозяйственных связей. Создание эффективного правового механизма валютного регулирования позволит в значительной степени укрепить экономический суверенитет Российской Федерации, повысить политическую стабильность в обществе и соответственно роль и влияние России в международных отношениях.

Давая общую оценку валютному законодательству РФ, следует отметить, что оно находится в стадии динамичного развития, а это объективно обуславливает его недостаточную систематизированность, сложность для восприятия, отсутствие определения ряда ключевых понятий в сфере валютных отношений. Отсюда очевидна необходимость дальнейшего развития и совершенствования правовых норм, регулирующих операции банков с валютными ценностями.

1. Цели и пределы правового регулирования валютных операций

Валютным операциям коммерческих банков отведена немалая роль в действующем законодательстве, при этом существует тесная взаимосвязь банковского и валютного законодательства.

Валютное законодательство и банковские правоотношения

В соответствии со ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», содержащей перечень банковских операций и других сделок кредитных организаций, все банковские операции и другие сделки могут осуществляться как в рублях, так и в иностранной валюте при наличии соответствующей лицензии Банка России. Валютное законодательство «определяет принципы осуществления валютных операций в Российской Федерации, полномочия и функции органов валютного регулирования и валютного контроля, права и обязанности юридических и физических лиц в отношении владения, пользования и распоряжения валютными ценностями, ответственность за нарушение валютного законодательства»².

Дискуссионным остается вопрос относительно места валютного законодательства в системе права. Учебник «Финансовое право» под редакцией проф. Н.И. Химичевой содержит главу «Правовые основы валютного регулирования и валютного контроля», в которой раскрывается понятие валюты и валютных ценностей, понятие и содержание валютного регулирования, сущность валютного контроля³. Включение валютного законодательства в сферу финансового права обосновано применительно к тем общественным отношениям, которые составляют предмет финансового права. Согласно определению, данному в вышеуказанном учебнике, предмет финансового права составляют общественные отношения,

которые возникают в процессе образования, распределения и использования денежных фондов (финансовых ресурсов) государства и органов местного самоуправления, необходимых для реализации их задач. В.С. Мартемьянов во втором томе курса лекций «Хозяйственное право» рассматривал валютное регулирование как одну из форм государственного воздействия на участников внешнеэкономической деятельности в целях охраны публичных интересов государства⁴. Таким образом, представители школы хозяйственного права рассматривают отношения по поводу валютного регулирования в качестве составной части предмета хозяйственного права.

Полагаем, что валютные операции, в том числе валютные операции банков, как самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность по поводу валютных ценностей, направленная на извлечение прибыли, также входит в предмет предпринимательского (хозяйственного) права. Общественные отношения, урегулированные нормами валютного законодательства, не исчерпываются отношениями, которые возникают в процессе образования, распределения и использования денежных фондов (финансовых ресурсов) государства и органов местного самоуправления в целях реализации их задач (финансовые правоотношения), и отношениями, возникающими в процессе осуществления предпринимательской деятельности, и тесно связанными с ними иными, в том числе некоммерческими отношениями, а также отношениями по государственному регулированию экономики в целях обеспечения интересов государства и общества. В круг общественных отношений, регулируемых нормами валютного законодательства, включается и ряд имущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, т. е. отношений, составляющих предмет гражданского права.

Из вышеизложенного видно, что общественные отношения, урегулированные нормами валютного законодательства, входят преимущественно в предмет трех отраслей права: финансового, предпринимательского (хозяйственного) и гражданского. Таким образом, валютное законодательство — комплексная отрасль законодательства, пересекающаяся в определенной своей части с банковским, но не поглощаемая им в полном объеме. В той части, в которой валютное законодательство регулирует предпринимательскую деятельность банков, оно является частью предпринимательского права.

Выявление правовой природы норм, регулирующих валютные операции коммерческих банков, определение их места в отраслевом законодательстве и, соответственно, в системе права представляет не только большой теоретический интерес, но и имеет немаловажное практическое значение. Оптимальное сочетание в законодательстве и правоприменительной практике способов и приемов правового регулирования, присущих различным отраслям права, применительно к общественным отношениям, урегулированным нормами банковского и валютного законодательств, позволит создать благоприятные условия для решения ряда проблем в сфере банковской деятельности.

Цели и принципы правового регулирования валютных операций

Определение принципов осуществления валютных операций в РФ, полномочий и функций органов и агентов валютного контроля, прав и обязанностей юридических и физических лиц в отношении владения, пользования и распоряжения валютными ценностями, ответственности за нарушение валютного законодательства и, как следствие, создание эффективного механизма воздействия на участников валютных операций является **целью** их правового регулирования.

Создание эффективного правового механизма валютного регулирования должно обеспечить приоритет обращения национальной валюты Российской Федерации по отноше-

нию к валютам иностранных государств на территории России, повышение конвертируемости рубля. Создание приоритетных условий обращения рубля в пределах национальных границ России является необходимой предпосылкой для повышения его конвертируемости сначала на внутреннем валютном рынке, а затем — для выхода российской валюты на международные валютные рынки⁵.

Создание правового механизма валютного регулирования предполагает законодательное определение принципов такого регулирования, правового режима валютных ценностей, правового статуса участников валютных отношений, в том числе четких рамок компетенции органов и агентов валютного контроля, установление ответственности участников валютных отношений за нарушение валютного законодательства.

Правовое регулирование валютных операций означает определение государством пределов и порядка деятельности участников валютных отношений. Можно выделить следующие сложившиеся общие **принципы** правового регулирования валютных операций (рис. 1):



Рис. 1. Принципы правового регулирования валютных операций

Первый принцип обусловлен экономической ролью уполномоченного банка на валютном рынке и возложением на него законом функций агента валютного контроля. Применительно к самому уполномоченному банку данный принцип имеет специфическое преломление. Поскольку сам уполномоченный банк является уполномоченным субъектом в сфере обращения валютных ценностей, опосредующим валютный рынок для других участников валютных операций, ему нет необходимости осуществлять валютные операции через другой уполномоченный банк.

Второй принцип указывает на основополагающее правило осуществления валютных операций, выражающее наиболее существенную особенность валютного регулирования.

Ему соответствует определенный метод правового регулирования валютных отношений — императивный.

Третий принцип предопределяется потребностью строгого соблюдения запрета на совершение валютных операций в нарушение порядка, установленного действующим законодательством, необходимостью выявления нарушителей валютного законодательства и привлечения их к ответственности.

Эти принципы правового регулирования валютных операций охватывают весь массив валютного законодательства и направлены на реализацию его цели, показывают основные направления нормативного регулирования деятельности участников валютных отношений.

Источники валютного законодательства

Правовое регулирование обращения валютных ценностей на территории Российской Федерации имеет сложный многоплановый характер. Валютное законодательство относится к ведению Российской Федерации, что органично связано с нахождением в ее ведении установления правовых основ единого рынка, финансового, кредитного, таможенного регулирования, внешнеэкономических отношений Российской Федерации (п. «ж» ст. 71 Конституции РФ).

Нормативные акты, регулирующие валютные операции коммерческих банков, могут быть разделены по форме источника правовых норм на федеральные законы, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, инструкции, указания, положения, письма и телеграммы нормативного характера уполномоченных органов валютного контроля, в частности Центрального банка РФ, Государственного таможенного комитета РФ и др.

⁶ Лавров С.Н., Фролов Б.А. Валютно-финансовые отношения предприятий и организаций с зарубежными партнерами. М., 1992. С. 22.

⁷ Российская Банковская Энциклопедия / Гл. ред. И.О. Лаврушин. М.: ЭТА, 1995. С. 87.

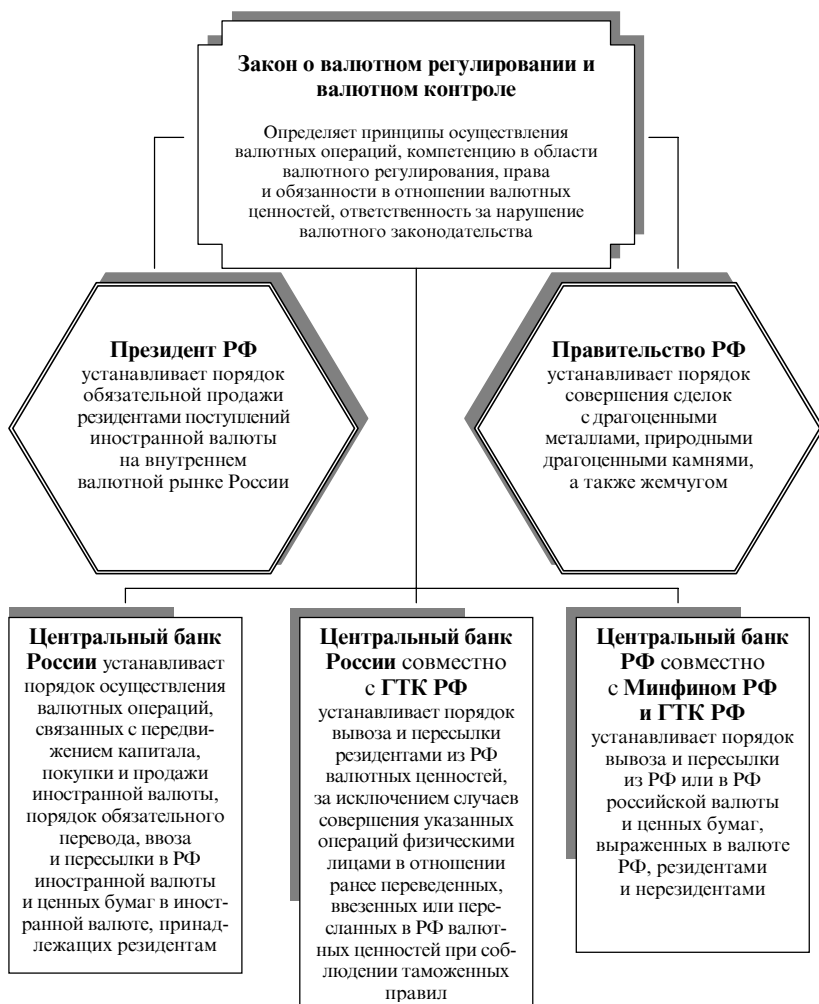


Рис. 2. Разграничение компетенции по вопросам валютного регулирования

⁸ Загорулько М.М. и др. Основы экономической теории и практики: Учебно-методическое пособие. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 1994. С. 301.

Ряд общих положений валютного законодательства нашел свое закрепление в ГК РФ. Так, согласно ст. 140 случаи, порядок и условия использования иностранной валюты на территории РФ определяются законом или в установленном им порядке. В соответствии с п. 3 ст. 317 использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории РФ по обязательствам допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке, причем согласно ст. 141 порядок совершения сделок с валютными ценностями определяется законом о валютном регулировании и валютном контроле. Законом РФ «О валютном регулировании и валютном контроле» была разграничена компетенция государственных органов в области регулирования валютных операций. Это разграничение можно представить в виде следующей схемы (рис. 2).

В ст. 12 Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле» предусмотрено право органов валютного контроля в пределах своей компетенции издавать нормативные акты, обязательные к исполнению всеми резидентами и нерезидентами в Российской Федерации. Указанные акты должны приниматься органами валютного контроля в строгом соответствии с названным Законом РФ, другими законами, затрагивающими вопросы проведения валютных операций, и в пределах компетенции соответствующего органа валютного контроля. В настоящее время валютное законодательство охватывает своим регулированием всю деятельность резидентов и нерезидентов по поводу валютных ценностей на территории России, а также операции нерезидентов с валютой РФ.

С определенной степенью условности законодательство, регулирующее валютные операции коммерческих банков, может быть разделено на акты банковского и акты валютного законодательства (рис. 3).



Рис. 3. Система нормативных актов, регулирующих валютные операции коммерческих банков

По направленности правового воздействия на деятельность банков в области валютных отношений выделяются нормативные акты, регламентирующие общие и специальные вопросы валютного регулирования.

Первый вид нормативных актов решает общие вопросы валютных отношений: принципы правового регулирования, правовой статус их субъектов, объектов, порядок осуществления валютного контроля. К данному виду относятся Закон РФ «О валютном регулировании и валютном контроле», Основные положения о регулировании валютных операций на территории СССР, утвержденные Письмом Госбанка СССР от 24 мая 1991 г. № 352. Немаловажную роль в развитии российского валютного законодательства сыграл Указ Президента РСФСР от 15 ноября 1991 г. «О либерализации внешнеэкономической деятельности на территории РСФСР», разрешив

всем юридическим лицам иметь валютные счета в уполномоченных банках.

Нормативными актами ЦБ РФ определен ряд общих условий совершения коммерческими банками валютных операций, к которым, в частности, можно отнести условия о лицензировании банковских валютных операций и о соблюдении уполномоченными банками лимитов открытой валютной позиции. Так, порядок лицензирования банковской деятельности вновь созданных кредитных организаций и расширения деятельности кредитной организации путем получения дополнительных лицензий определен Инструкцией Банка России от 23 июля 1998 г. № 75-И «О порядке применения федеральных законов, регламентирующих процедуру регистрации кредитных организаций и лицензирования банковской деятельности». Инструкция Банка России от 22 мая 1996 г. № 41 «Об установлении лимитов открытой валютной позиции и контроле за их соблюдением уполномоченными банками Российской Федерации» определяет порядок ведения уполномоченными банками открытой валютной позиции.

Второй вид — нормативные акты, регулирующие порядок осуществления уполномоченными банками отдельных видов валютных операций и порядок осуществления ими валютного контроля за деятельностью, связанной с валютными ценностями. Например, данным видом нормативных актов регулируется режим валютных счетов, деятельность обменных пунктов, порядок ввоза в Российскую Федерацию и вывоза из нее иностранной валюты и ценных бумаг в иностранной валюте уполномоченными банками.

Валютное законодательство в значительной степени перегружено многочисленными и довольно объемными нормативными актами. Вместе с тем многие вопросы, входящие в сферу регулирования валютного законодательства, не нашли в нем своего логического разрешения. В связи с существующей тенденцией к росту массива нормативной базы, предметом которой являются валютное регулирование и валютный контроль, необходимо отметить, что валютное законодательство нуждается в более совершенной кодификации. Исходя

из этого представляется не лишенной определенного смысла точка зрения о существующей потребности в принятии Валютного кодекса РФ, что позволило бы более четко определить правовое положение лиц, осуществляющих деятельность, в том числе предпринимательскую, с валютными ценностями, избежать дублирования правового регулирования одних и тех же отношений и неопределенность правового регулирования других. Однако поскольку в ст. 141 ГК РФ имеется отсылочная норма к «закону о валютном регулировании и валютном контроле», как к акту, устанавливающему порядок совершения сделок с валютными ценностями, а также с учетом того, что валютное законодательство представляет собой комплексную отрасль законодательства, полагаем наиболее целесообразным решение данной проблемы путем принятия новой редакции ныне действующего Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле».

2. Основные понятия валютных отношений

Нормальное функционирование международных товарно-денежных отношений возможно лишь при условии свободного обмена национальной валюты на валюту других стран⁶. В современной экономике неизменно возрастает роль национального законодательства в определении статуса иностранной валюты, порядка ее обращения, обеспечении приоритета национальной валюты и защите ее покупательной способности, урегулировании других факторов, влияющих на конвертируемость национальной валюты.

Термин «валюта» (*valuta* в переводе с итальянского языка, буквально — стоимость) означает денежную единицу какого-либо государства (национальная валюта) или иностранного государства (иностранная валюта)⁷.

Внеэкономические связи между странами обуславливают необходимость в обмене их национальных валют. Приведенная ниже схема отражает экономическое содержа-

ние терминов, используемых законодателем в регулировании валютных отношений⁸.

Национальная валюта <ul style="list-style-type: none">- денежная единица данной страны, используемая в международных расчетах с другими странами.	Резервная валюта <ul style="list-style-type: none">- национальные, денежно-кредитные средства ведущих стран, используемые для расчетов по внешнеторговым операциям, иностранным инвестициям, при определении цен.
Замкнутая валюта <ul style="list-style-type: none">- национальная валюта, которая функционирует только в пределах одной страны и не обмениваются на другие иностранные валюты.	Свободно конвертируемая валюта <ul style="list-style-type: none">- валюта, свободно и неограниченно обмениваемая на другие иностранные валюты.

Обеспечение конвертируемости национальной валюты является важнейшим условием успешного вхождения страны в систему международного разделения труда и международную торговлю, обеспечения защиты экономических ин-

тересов государства в системе мирохозяйственных связей, значение которого трудно переоценить.

Обмен валют и расчеты между государствами осуществляются на основе валютного курса.

ВАЛЮТНЫЙ КУРС		цена денежной единицы данной национальной валюты, выраженная в денежных единицах валюты другой страны.
----------------------	--	--

ВАЛЮТНЫЙ ПАРИТЕТ		законодательно устанавливаемое соотношение между двумя валютами, являющееся основой валютного курса.
-----------------------------	--	--

Существуют два противоположных варианта систем валютных курсов:

1. Система жестко фиксированных валютных курсов, которая предполагает вмешательство государства в их изменения.

2. Система гибких (плавающих) валютных курсов, при которой курс обмена национальной валюты определяется спросом и предложением.

Согласно Закону РФ от 9 октября 1992 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» к **валютным ценностям** относятся:

- иностранная валюта, т.е. денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монет, находящихся в обращении и являющихся законным платежным средством в соответствующем иностранном государстве или группе государств; изъятые или изымаемые из обращения, но подлежащие обмену денежные знаки, а также средства на счетах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах;

- ценные бумаги в иностранной валюте — платежные документы (чеки, векселя, аккредитивы и др.), фондовые ценности (акции, облигации) и другие долговые обязательства, выраженные в иностранной валюте;

- драгоценные металлы — золото, серебро, платина и металлы платиновой группы (палладий, иридий, родий, рутений и осмий) в любом виде и состоянии, за исключением ювелирных и других бытовых изделий, а также лома таких изделий;

- природные драгоценные камни — алмазы, рубины, изумруды, сапфиры и александриты в сыром и обработанном

виде, а также жемчуг, за исключением ювелирных и других бытовых изделий из этих камней и лома таких изделий.

Все участники валютных операций с точки зрения российского законодательства (Закон РФ «О валютном регулировании и валютном контроле») подразделяются на **«резидентов»** Российской Федерации и **«нерезидентов»** Российской Федерации. К резидентам относятся физические лица, имеющие постоянное место жительства в России, в том числе временно находящиеся за пределами РФ; юридические лица и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством РФ, с местонахождением в РФ; дипломатические и иные официальные представительства Российской Федерации, находящиеся за ее пределами; находящиеся за ее пределами филиалы и представительства резидентов — юридических лиц и резидентов — организаций, не являющихся юридическими лицами.

Под нерезидентами понимаются физические лица, имеющие постоянное место жительства за пределами России, в том числе временно находящиеся в РФ; юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ; предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ; находящиеся в РФ иностранные, дипломатические и иные официальные представительства, международные организации, их филиалы и представительства; находящиеся в РФ филиалы и представительства юридических лиц — нерезидентов, а также предприятий, организаций — нерезидентов, не являющихся юридическими лицами.

Кроме того, участники валютных операций в зависимости от того, обладают ли они индивидуальным разрешением компетентного государственного органа на совершение валютных операций или же могут совершать только те валютные операции, для выполнения которых не требуется соот-

ветствующего индивидуального разрешения, могут быть разделены на «уполномоченных» и «неуполномоченных» участников валютных операций. Причем такое разделение может считаться корректным только в том случае, если речь идет о валютных операциях, совершение которых осуществляется в разрешительном порядке.

Действующее валютное законодательство РФ не содержит легального определения понятия валютных операций. Законодатель лишь выделяет те или иные виды операций, которые он относит к валютным. Так, согласно п. 7 «Валютные операции» ст. 1 «Общие понятия» Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле», под **валютными операциями** понимаются:

а) операции, связанные с переходом права собственности и иных прав на валютные ценности, в том числе с использованием в качестве средства платежа иностранной валюты и платежных документов в иностранной валюте;

б) ввоз и пересылка в Российскую Федерацию, а также вывоз и пересылка из Российской Федерации валютных ценностей;

в) осуществление международных денежных переводов;

г) расчеты между резидентами и нерезидентами в валюте РФ.

Валютное законодательство не относит валюту РФ к валютным ценностям. В связи с этим представляется логичным, что расчеты между резидентами и нерезидентами в российской валюте ранее не рассматривались законодательством как валютные операции. Однако ст. 20 Федерального закона от 29 декабря 1998 г. «О первоочередных мерах в области бюджетной и налоговой политики» дополнила п. 2 ст. 7 Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле» приведенным выше пп. «г».

Дополнение перечня валютных операций расчетами между резидентами и нерезидентами в валюте РФ является скорее конъюнктурным, чем концептуальным решением, обусловленным кризисом валютного рынка, разразившимся после 17 августа 1998 г. Нет сомнений, что операции нерезиден-

тов с валютой РФ должны охватываться валютным регулированием, поскольку предоставление нерезидентам права осуществлять операции с национальной валютой предполагает предоставление им возможности приобретать иностранную валюту за российские рубли. Таким образом, наличие в субъектом составе данных операций «иностранного элемента» создает потребность в их специальном регулировании в целях обеспечения устойчивости национальной валюты. Однако это не дает оснований относить операции нерезидентов с валютой РФ к валютным операциям. Представляется более правильным говорить о валютных операциях только в тех случаях, когда совершаются операции с валютными ценностями. При такой позиции в предмет валютного регулирования будут включаться как операции с валютными ценностями (собственно валютные операции), так и операции нерезидентов на территории России с валютой РФ и ценными бумагами в валюте РФ (операции с «иностранным элементом»).

Законодательное определение валютных операций представляется довольно экстенсивным и не отражающим сущности валютных операций, поскольку не содержит указания на их общие признаки и специфику по отношению к деятельности, не связанной с валютными ценностями. Она более напоминает одну из классификаций валютных операций. Исходя из приведенного перечня, валютные операции в «узком смысле» можно рассматривать как действия резидентов и/или нерезидентов, направленные на установление, изменение или прекращение их прав и обязанностей в отношении валютных ценностей. Данное определение близко к определению гражданско-правовой сделки, отличаясь от него только наличием объекта с особым правовым режимом, которым являются валютные ценности. Поэтому его скорее можно рассматривать как определение валютной сделки, позволяющее отметить общие признаки валютных операций и гражданско-правовых сделок, но не дающее возможности выделить специфические особенности деятельности с валютными ценностями.

Специфической чертой валютных операций является законодательно закреплённый строгий валютный контроль за ними, сопровождающийся рядом как юридических, так и фактических действий агентов и/или органов валютного контроля. Таким образом, «в широком смысле» валютные операции представляют собой совокупность юридических и фактических действий как сторон валютной сделки, так и органов и/или агентов валютного контроля (**участников валютных отношений**). Из этого можно сделать вывод, что валютная операция включает в себя сложный состав правовых действий и предполагает, что их участники вступают как в частно-правовые, так и в публично-правовые отношения.

Следовательно, **валютная операция** представляет собой совокупность юридических и фактических действий участников валютных отношений, регламентированных частно-правовыми и публично-правовыми нормами и направленными на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей относительно валютных ценностей.

Определение валютной операции в «широком смысле» позволяет выявить ее специфику путем указания на то, что она сопровождается валютным контролем, и действия органов и агентов валютного контроля являются неотъемлемым ее элементом. Указанная специфика предопределена высокой степенью потребности в сочетании частных и публичных интересов при установлении порядка осуществления валютных операций.

3. Коммерческий банк как участник валютных операций

Особенности положения банка на валютном рынке

Рассматривая роль валютных операций коммерческих банков (как уполномоченных субъектов валютных отношений) среди других валютных операций, необходимо прежде всего остановиться на экономической природе банка. Банку присущи две общеэкономические функции: регулирующая и посредническая. Регулирование денежного оборота осуществляется путем аккумуляции (привлечения денежных средств), кредитования (размещения денежных средств), организации расчетов и кассовых операций. Как посредник в платежах, банк является центром, в котором скрещиваются денежные потоки, концентрируются и перераспределяются средства, обеспечиваются изменение и диверсификация направлений, размера и сроков вложений средств, осуществляются более широкие контакты субъектов воспроизводства и сокращаются риски, существующие при расчетах наличными денежными средствами. Исходя из экономической природы банка, можно сделать вывод о специфической роли валютных операций, проводимых уполномоченными банками, среди общей массы валютных операций, поскольку эти операции потенциально способны оказывать регулирующее воздействие на валютные операции других участников валютных отношений, на обращение иностранной валюты. Особое место банковских валютных операций обуславливается ролью банка как посредника на финансовом рынке, а, следовательно, между спросом и предложением на иностранную валюту и другие валютные ценности, обращающиеся на указанных рынках. Осуществляя банковские операции с валютными ценностями, банк преследует в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли. Однако особенно-

сти предмета валютных операций банков и специфика их правового регулирования предопределяют особенности способов, с помощью которых достигается извлечение прибыли. Главной отличительной чертой извлечения банком прибыли из операций с валютными ценностями по сравнению с другими банковскими операциями является значительная зависимость доходности валютных операций от конъюнктуры, складывающейся на международных валютных рынках, в частности от стоимости кредитных ресурсов в различных регионах мира, колебаний валютных курсов во времени и пространстве. Используя различия в стоимости валютных ценностей в различных странах мира, банки, движимые стремлением увеличить доходность своих операций, выполняют свои общеэкономические функции в рамках, выходящих за пределы национальных границ.

Внереализационным источником дохода коммерческих банков, связанным с валютными ценностями, является курсовая разница от переоценки собственных средств в иностранной валюте. В соответствии с Положением ЦБ РФ от 10 июня 1996 г. № 290 «О порядке ведения бухгалтерского учета валютных операций в кредитных организациях» и Письмом ЦБ РФ от 6 сентября 1996 г. № 327 «О порядке применения Положения Центрального банка РФ от 10 июня 1996 г. № 290» все совершаемые банковские операции в иностранной валюте должны отражаться в ежедневном едином бухгалтерском балансе только в рублях, исходя из официального курса рубля на дату приобретения соответствующих валютных ценностей. Результаты периодической переоценки «валютных» статей баланса в соответствии с официальным курсом рубля, публикуемым Банком России на даты переоценок, относятся на специальные балансовые счета переоценки и представляют собой нереализованную курсовую разницу. После закрытия годового баланса остатки на этих балансовых счетах могут стать источником дохода при росте курса соответствующей иностранной валюты.

Коммерческие банки, имеющие банковскую валютную лицензию (уполномоченные банки), являются основными

участниками **внутреннего валютного рынка Российской Федерации**, т. е. основными участниками операций, связанных с валютными ценностями, осуществляемыми на территории России. Приоритет уполномоченных банков на внутреннем валютном рынке РФ нашел юридическое закрепление, в частности в п. 2 ст. 4 «Внутренний валютный рынок Российской Федерации» Закона РФ «О валютном регулировании и валютном контроле», предусматривающем возможность покупки и продажи иностранной валюты в Российской Федерации исключительно через уполномоченные банки. Сделки купли-продажи иностранной валюты, заключенные минуя уполномоченные банки, являются недействительными.

При определении роли банковских валютных операций нельзя не учитывать того, что кредитно-финансовые отношения в условиях рыночной экономики полностью пронизывают ее. Развитие предпринимательской деятельности, в том числе внешнеэкономической, напрямую зависит от способности банковской системы финансировать эту деятельность. Осуществление экспортно-импортных операций зачастую невозможно без получения кредита от уполномоченного банка для финансирования затрат в иностранной валюте по таким операциям. Привлечение кредитных ресурсов уполномоченных банков российскими экспортерами и импортерами диктуется также потребностями расширенного воспроизводства, стремлением к повышению доходности от внешнеэкономической деятельности. Кроме того, при поставке товаров (работ, услуг) на экспорт или для осуществления импорта товаров (работ, услуг) предприниматель нуждается в банковском обслуживании своих валютных операций, так как субъект предпринимательской деятельности, осуществляя экспортно-импортные операции, производит соответствующие расчеты через обслуживающий его уполномоченный банк. Физические и юридические лица могут обращаться к услугам уполномоченных банков с целью совершения каких-либо валютных операций для повышения доходности вложений имеющихся у них средств в национальной или иностранной валюте, например, размещение иностранной валюты во вклады (депозиты), приобретение или реализация

ценных бумаг с номиналом, выраженным в иностранной валюте, и т. п. Таким образом, закрепление в действующем законодательстве особого положения банка на финансовом рынке применительно к валютным операциям вполне обосновано его экономической ролью на данном рынке. Опыт стран с развитой рыночной экономикой показывает, что внутренний валютный рынок развивается наиболее быстро при активном участии банковской системы, причем уполномоченные банки являются наиболее крупными его участниками.

Лицензирование банковских валютных операций

Осуществлять банковские валютные операции могут только банки, получившие соответствующую лицензию Банка России. Необходимость лицензирования банковской деятельности, в том числе валютных банковских операций, обусловлена тем, что банковская деятельность в силу своей специфики затрагивает интересы широкого круга лиц. Так, гражданам наиболее часто испытывают потребность в банковских услугах при оплате в безналичной форме товаров, работ, услуг, размещении временно свободных денежных средств, привлечении потребительских кредитов. Юридические лица и предприниматели, осуществляющие свою деятельность без образования юридического лица, нуждаются в обслуживании своих расчетов с контрагентами, получении финансовых кредитов, эффективном размещении временно свободных денежных средств и в других банковских услугах.

Банковская деятельность, **во-первых**, затрагивает имущественные интересы неограниченного круга субъектов, а, **во-вторых**, в силу своей специфики способна оказывать влияние на экономические процессы в стране в целом. Указанные обстоятельства являются вполне закономерной предпосылкой для установления в отношении банков более строгих требований в целях обеспечения общественной безопасности по сравнению с другими субъектами предпринимательской деятельности.

Применительно же к валютным операциям необходимо отметить, что публичный интерес в их лицензировании обуславливается и тем, что предметом банковских валютных операций являются валютные ценности, а следовательно, государственное регулирование и контроль за данной категорией банковских операций диктуется необходимостью обеспечения стабильности, национальной валюты, стремлением государства создать максимально удобные рычаги воздействия на внутренний валютный рынок.

Действующее законодательство возложило на Банк России осуществление регистрации кредитных организаций в Книге государственной регистрации кредитных организаций, а также выдачу кредитным организациям лицензий на проведение банковских операций и отзыв их. Перечень и содержание документов, представляемых коммерческими банками в Банк России для получения лицензии на совершение банковских операций в иностранной валюте, ранее определялся Письмом Банка России от 1 октября 1991 г. № 4. Для получения валютной лицензии коммерческий банк должен был соответствовать ряду предъявляемых Центральным банком РФ технических и квалификационных требований. Кроме того, с 1 июля 1994 г. для получения валютной лицензии на проведение банковских операций в иностранной валюте с правом открытия корреспондентских счетов в иностранных банках коммерческий банк должен был иметь собственные средства в размере, эквивалентном 1 миллиону ЭКЮ.

До 1 января 1995 г. действовали временные лицензии на проведение банковских операций в иностранных валютах, выданные банкам и другим кредитным организациям Госбанком СССР. Согласно Телеграмме Банка России от 23 июня 1994 г. № 139-94 срок действия указанных лицензий истек 1 января 1995 г. Коммерческие банки, действовавшие на основании временных валютных лицензий, обязаны были до 1 октября 1994 г. представить в Департамент банковского надзора документы, необходимые для переоформления лицензий. В свою очередь, территориальные учреждения Банка России (далее

— ТУ Банка России) представляли в Департамент банковского надзора сведения о прекращении банковских валютных операций банками, не имеющими постоянной лицензии на их осуществление. Если временная лицензия выдавалась на отдельном бланке, то она изымалась у банка территориальным учреждением ЦБ РФ и направлялась в Департамент банковского надзора в двух экземплярах; если же она была допечатана на бланке лицензии на осуществление банковских операций в рублях, то ТУ ЦБ РФ совершало на нем надпись об окончании действия валютной лицензии, подписываемую руководителем и заверяемую печатью ТУ Банка России.

Ранее действовавшие банковские валютные лицензии подразделялись на внутренние, расширенные и генеральные.

Внутренняя лицензия предоставляла право совершать следующий круг банковских операций в иностранной валюте на территории Российской Федерации:

1. Открытие и ведение счетов клиентов в иностранной валюте как физических, так и юридических лиц (резидентов и нерезидентов); открытие и ведение счетов нерезидентов в валюте Российской Федерации; установление корреспондентских отношений с открытием счетов «ЛОРО» и «НОСТРО» в иностранной валюте в российских банках, имеющих генеральную лицензию Банка России, а также с бывшими совзагранбанками, а именно с «Моснарбанком» (Лондон, Сингапур), «Эйробанком» (Париж), «Ост-Вест Хандельсбанком» (Франкфурт), «Донау-банком» (Вена), «Ист-Вест Юнайтед банком» (Люксембург), «Русским коммерческим банком» (Цюрих), «Русским коммерческим банком» (Лима-сол, Кипр), а также с уполномоченными банками государств — участников Содружества Независимых Государств.

2. Осуществление расчетов по поручению клиентов и банков-корреспондентов в иностранной валюте в форме документарных аккредитивов, инкассо, банковского перевода, а также в других формах, применяемых в международной банковской практике.

3. Валютное обслуживание физических лиц (резидентов и нерезидентов), включая куплю-продажу иностранной валюты в соответствии с действующим законодательством.

4. Совершение сделок купли-продажи иностранной валюты за рубли с юридическими лицами (резидентами и нерезидентами).

5. Привлечение и размещение иностранной валюты в денежные вклады, депозиты и кредиты по соглашению с заемщиком.

Расширенная лицензия предоставляла уполномоченным банкам право совершать на территории Российской Федерации те же банковские валютные операции, что и внутренняя лицензия, а также, наряду с возможностью установления с указанными выше иностранными банками прямых корреспондентских отношений (открытие счетов «ЛОРО» и «НОСТРО»), дополнительно разрешала устанавливать прямые корреспондентские отношения с ограниченным числом иностранных банков в пределах количества, указанного в лицензии.

Генеральная лицензия предоставляла уполномоченному банку право совершать полный или ограниченный круг банковских операций в иностранной валюте как на территории Российской Федерации, так и за границей, без ограничений открывать и вести счета банков-корреспондентов как российских, так и иностранных, а также открывать счета «НОСТРО» в банках-корреспондентах, в том числе иностранных.

Все указанные виды валютных лицензий носили постоянный характер.

Впоследствии на территории Российской Федерации был установлен новый порядок лицензирования банковских валютных операций, который регламентировался Федеральным законом «О банках и банковской деятельности» и Инструкцией ЦБ РФ от 27 сентября 1996 г. № 49 «О порядке регистрации и лицензировании банковской деятельности», Письмом ЦБ РФ от 3 декабря 1996 г. № 367 «О порядке выдачи лицензий на осуществление операций с драгоценными металлами», Письмом ЦБ РФ от 19 апреля 1996 г. № 276 «О требованиях к банкам, ходатайствующим о получении лицензии на осуществление

банковских операций». Необходимость принятия Инструкции ЦБ РФ от 27 сентября 1996 г. № 49, установившей новый порядок лицензирования банковских валютных операций и новые образцы банковских лицензий, во многом обуславливалась приведением ранее используемых форм банковских лицензий в соответствие с новой редакцией ст. 5 Закона РФ «О банках и банковской деятельности». На смену указанной инструкции пришла ныне действующая Инструкция Банка России от 23 июля 1998 г. № 75-И «О порядке применения федеральных законов, регламентирующих процедуру регистрации кредитных организаций и лицензирования банковской деятельности», которая сохранила ранее установленные Инструкцией ЦБ РФ от 27 сентября 1996 г. № 49 четыре вида валютных банковских лицензий, их форму и содержание.

Первый вид — лицензия на осуществление банковских операций в рублях и иностранной валюте без права привлечения во вклады средств физических лиц. Она предусматривает осуществление следующих операций:

- привлечение денежных средств юридических лиц во вклады;
- размещение привлеченных во вклады средств юридических лиц от своего имени и за свой счет;
- открытие и ведение банковских счетов юридических и ссудных счетов физических лиц;
- осуществление расчетов по поручению юридических лиц и физических лиц, в том числе банков-корреспондентов по их банковским счетам;
- инкассацию денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц;
- куплю-продажу иностранной валюты;
- выдачу банковских гарантий.

Второй вид — лицензия на привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов. Предусматривает осуществление следующих операций:

- покупку и продажу драгоценных металлов как за свой счет, так и за счет клиентов (по договорам комиссии и поручения);

- привлечение драгоценных металлов во вклады от физических и юридических лиц;
- размещение драгоценных металлов от своего имени и за свой счет на депозитные счета, открытые в других банках, и предоставление займов в драгоценных металлах;
- предоставление и получение кредитов в рублях и иностранной валюте под залог драгоценных металлов;
- оказание услуг по хранению и перевозке драгоценных металлов при наличии сертифицированного хранилища.

Третий вид — лицензия на осуществление операций в рублях и иностранной валюте с правом привлечения во вклады средств физических лиц. Предоставляет право осуществлять следующие операции:

- привлечение денежных средств физических лиц во вклады и размещение их от своего имени и за свой счет;
- открытие и ведение банковских счетов физических лиц;
- осуществление расчетов по поручению физических лиц по их банковским счетам.

Четвертый вид — генеральная лицензия. Дает право на осуществление валютных операций, предусмотренных лицензиями 1-го и 3-го вида. Кроме того, уполномоченные банки, обладающие генеральной лицензией, имеют право осуществлять расчеты по поручению иностранных банков по их банковским счетам, открывать филиалы за рубежом и участвовать в уставном капитале кредитных организаций-нерезидентов в порядке, установленном Банком России.

Банки, имеющие генеральную лицензию и дополнение к лицензии — Разрешение на совершение операций с драгоценными металлами (золотом и серебром), могут также совершать следующие операции с природными драгоценными камнями:

- купля-продажа природных драгоценных камней как за свой счет, так и за счет своих клиентов (по договорам комиссии или поручениям, заключаемым с обрабатывающими организациями, другими специально уполномоченными банками, с промышленными потребителями, инвесторами);

- залоговые операции с природными драгоценными камнями;
- иные операции, разрешенные действующим законодательством.

Относительно перечня банковских валютных операций, имеющегося в банковских лицензиях, необходимо отметить, что он менее подробен по сравнению с перечнем, который ранее имелся в банковских лицензиях старого образца. Унификация перечня банковских операций, обусловленная стремлением Банка России привести его в полное соответствие с принятой 3 февраля 1996 г. новой редакцией Закона «О банках и банковской деятельности», на наш взгляд, не соответствует потребностям субъектов банковской деятельности, поскольку не содержит детального перечня всех банковских операций, которые имеет право осуществлять банк, получивший ту или иную лицензию. Например, уже в п. 8.3.2 Инструкции ЦБ РФ 23 июля 1998 г. № 75-И Банк России вынужден был пояснить, что при наличии банковской валютной лицензии первого вида банк вправе устанавливать корреспондентские отношения с неограниченным количеством иностранных банков. В связи с этим возникает вопрос, вправе ли банки, имеющие указанную лицензию, открывать счета типа «ЛОРО» иностранным банкам. Исходя из сравнительного анализа ее содержания с содержанием генеральной лицензии, можно сделать вывод, что не вправе. Однако сама лицензия не дает прямого ответа на этот вопрос, тогда как именно в компетенции Банка России находится возможность снять недоумения, связанные с толкованием ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», что наиболее удобно осуществить при лицензировании банковской деятельности.

Валютные лицензии первого и второго вида могут выдаваться при создании банка, а также при расширении круга совершаемых банковских операций. Лицензии третьего и четвертого вида выдаются исключительно при расширении круга совершаемых банком операций.

Получение валютных лицензий при создании банка

а) **Валютная лицензия первого вида** является первой ступенью, становясь на которую банк получает право совершать наиболее узкий круг банковских операций в иностранной валюте. При этом можно отметить, что до принятия Инструкции ЦБ РФ от 27 сентября 1996 г. № 49 законодательство не предусматривало возможности получения банком права совершать банковские операции в иностранной валюте при его создании, такое право могло быть ему предоставлено не ранее чем через год после его государственной регистрации.

Для получения банком лицензии на осуществление банковских операций ее учредители в течение одного месяца после получения уведомления о государственной регистрации кредитной организации должны оплатить сто процентов ее уставного капитала.

В целях подтверждения фактической оплаты уставного капитала банка в срок, не превышающий одного месяца с даты его полной оплаты, учредители представляют в ТУ Банка России документы, на основании которых территориальное учреждение может удостовериться в правомерности оплаты: балансы, подтверждающие наличие средств для внесения в уставный капитал кредитной организации (не допускается оплата уставного капитала за счет привлеченных средств), платежные поручения, акты приема-передачи имущества учредителя на баланс кредитной организации, свидетельство о праве собственности кредитной организации на здание (помещение), переданное учредителем в качестве оплаты доли (акций) в уставном капитале кредитной организации.

ТУ Банка России, получив документы, подтверждающие своевременность и правомерность оплаты уставного капитала банка, созданного в форме общества с ограниченной или дополнительной ответственностью, в течение десяти дней направляет в Банк России заключение о правомерности оплаты уставного капитала.

Банк, созданный в форме акционерного общества, направляет в Банк России документы для регистрации отчета

об итогах первого выпуска акций. На основании документов, подтверждающих оплату банком уставного капитала, подразделение ТУ Банка России, осуществляющее лицензирование банковской деятельности, в срок, не превышающий десяти дней, проверяет правомерность оплаты уставного капитала и направляет заключение в подразделение, осуществляющее регистрацию выпусков акций (в ТУ Банка России или в Департамент контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России).

После регистрации отчета об итогах выпуска акций Департамент контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России или соответствующее подразделение территориального учреждения Банка России направляет копию свидетельства о регистрации отчета в подразделение ТУ Банка России, осуществляющее лицензирование банковской деятельности, после получения которого указанное подразделение направляет в Банк России заключение о правомерности оплаты уставного капитала.

После получения заключения ТУ Банка России о правомерности оплаты 100 процентов уставного капитала Банк России в течение трех рабочих дней принимает решение о выдаче лицензии и направляет два экземпляра подписанной лицензии на осуществление банком банковских операций территориальному учреждению, ведущему реестр выданных лицензий, в котором указываются наименование банка, дата его государственной регистрации, регистрационный номер, дата подписания и дата выдачи лицензии на осуществление банковских операций с указанием уполномоченного лица, получившего лицензию, и выдает первый экземпляр лицензии председателю совета банка.

б) Лицензия на привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов предоставляет банку право совершать операции с драгоценными металлами. Она выдается вновь создаваемому банку только одновременно с лицензией на право совершения операций с иностранной валютой или после ее получения. При этом выдача лицензий данного вида

осуществляется Банком России по согласованию с Министерством финансов РФ.

В этом случае в дополнение к документам, направляемым банком в ТУ Банка России для получения лицензии первого вида, представляются:

- согласование с Министерством финансов РФ на совершение кредитной организацией операций с драгоценными металлами;

- справка о наличии сертифицированного хранилища (если банк планирует открывать и вести счета ответственного хранения в драгоценных металлах).

Возможность выдачи такой лицензии может рассматриваться Банком России одновременно с рассмотрением документов на предоставление валютной лицензии первого вида. Банк, имеющий дополнение к валютной лицензии — Разрешение на совершение операций с драгоценными металлами (золотом и серебром), вправе осуществлять операции и сделки с драгоценными металлами за исключением ведения обезличенных металлических счетов. Для замены Разрешения на лицензию банк представляет в Департамент лицензирования банковской и аудиторской деятельности Банка России соответствующее ходатайство, к которому прилагается баланс на последнюю отчетную дату и расчет экономических нормативов.

Получение валютных лицензий в порядке расширения круга банковских операций

Для расширения своей деятельности путем получения валютной лицензии банк должен обладать устойчивым финансовым положением в течение последних шести месяцев, соблюдать требования Банка России к размеру капитала банка, резервированию, квалификации сотрудников, техническому оснащению, иметь соответствующую организационную структуру и не иметь задолженности перед бюджетами всех уровней и государственными внебюджетными фондами.

а) Лицензия на осуществление банковских операций со средствами в рублях и иностранной валюте без

права привлечения во вклады средств физических лиц может быть предоставлена банкам, имеющим лицензии на осуществление операций со средствами в рублях без права привлечения во вклады средств физических лиц.

б) Лицензия на осуществление операций в рублях и иностранной валюте с правом привлечения во вклады средств физических лиц может выдаваться по истечении 2 лет с даты государственной регистрации банка.

в) Для получения **генеральной** лицензии банк должен иметь право на выполнение всех банковских операций со средствами в рублях и иностранной валюте (наличие лицензии на привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов не является обязательным).

г) **Лицензия на привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов** выдается банку при расширении круга совершаемых им операций при наличии лицензии на право совершения операций с иностранной валютой любого иного вида.

Для получения валютной банковской лицензии первого, третьего и четвертого видов в порядке расширения круга совершаемых банковских операций банк представляет в ТУ ЦБ РФ по месту своего нахождения:

- ходатайство за подписью председателя совета директоров или другого уполномоченного лица, включая бизнес-план банка;

- опубликованный годовой отчет, заверенный аудиторской организацией, и аудиторское заключение за год, предшествующий обращению банка за получением лицензии, расширяющей деятельность;

- баланс и расчет экономических нормативов на последнюю отчетную дату.

На основе указанных документов ТУ Банка России готовит заключение о возможности предоставления банку лицензии, расширяющей круг выполняемых им банковских операций, и направляет его вместе с представленными банком документами в ЦБ РФ. При рассмотрении вопроса о выдаче генеральной лицензии ТУ Банка России проводит предвари-

тельно для составления заключения комплексную инспекционную проверку соответствующего банка. В заключении должна найти отражение информация о финансовом состоянии банка, наличии необходимых технических условий, достаточной квалификации персонала для предполагаемого расширения операций и других требований, соблюдение которых необходимо для расширения деятельности банка путем получения соответствующей банковской лицензии.

На основе направленных в Банк России документов Департамент лицензирования банковской и аудиторской деятельности Банка России принимает решение о выдаче или невыдаче испрашиваемой лицензии.

Осуществляя лицензирование банковских операций в иностранной валюте, государство фактом выдачи лицензии подтверждает право соответствующего субъекта проводить данные банковские операции. Все виды банковских лицензий выдаются без ограничения срока их действия. Однако выдача такой лицензии предполагает осуществление государством в лице Банка России контроля за ведением уполномоченным банком валютных операций в соответствии с лицензией, а также возможность отзыва лицензии при нарушении банком порядка совершения лицензируемых операций.

Рассмотренная система лицензирования банковских валютных операций направлена на обеспечение допуска к операциям с валютными ценностями лишь наиболее устойчивых в финансовом отношении банков, обладающих достаточным объемом собственных средств для деятельности на валютном рынке, способных квалифицированно участвовать в его формировании. Кроме того, необходимо учитывать, что получение банком лицензии, дающей право на совершение банковских валютных операций, влечет приобретение им статуса уполномоченного банка. Это означает наделение банка, обладающего соответствующей лицензией, определенными властными полномочиями по отношению к другим учас-

⁹ Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М.: Юрист, 1997. С. 378—383.

тникам валютных отношений, взаимодействующим с банком при осуществлении валютных операций. Сущность этих властных полномочий выражается в наличии у уполномоченного банка прав и обязанностей агента валютного контроля. Поскольку с момента получения валютной лицензии у банка возникает возможность осуществлять валютные банковские операции, а также появляются определенные властные полномочия в области валютного контроля, можно констатировать, что с этого момента происходит расширение объема дееспособности коммерческого банка в сфере валютных отношений.

4. Валютные операции коммерческих банков

Согласно п. 7 ст. 1 Закона о валютном регулировании и контроле **валютными операциями** являются:

а) операции, связанные с переходом права собственности и иных прав на валютные ценности, в том числе операции, связанные с использованием в качестве средства платежа иностранной валюты и платежных документов в иностранной валюте;

б) ввоз и пересылка в Российскую Федерацию, а также вывоз и пересылка из Российской Федерации валютных ценностей;

в) международные денежные переводы;

г) расчеты между резидентами и нерезидентами в валюте Российской Федерации.

Определить юридическую сущность категории «валютная операция», можно через характеристику ее особенностей.

Во-первых, это *действия, как совершаемые в процессе осуществления гражданско-правовых сделок* (например, при купле-продаже иностранной валюты или расчетах по внешнеторговым сделкам), *так и не имеющие никакого отношения к сделкам*. Валютной операцией, например, будет яв-

ляться оплата налогов и сборов в иностранной валюте, то есть в данном случае валютная операция имеет ярко выраженный публичный характер и вытекает из налоговых (финансовых) отношений. Другой пример — выплата предприятием заработной платы в иностранной валюте работнику, в данном случае подразумевается ситуация, связанная с трудовыми правоотношениями. Наконец, ввоз на таможенную территорию и вывоз с таможенной территории валютных ценностей — тоже валютная операция.

Во-вторых, *валютные операции отличает их субъектный состав*. Деление всех их участников на резидентов и нерезидентов — лишнее подтверждение того, что это особая юридическая категория.

Большинство валютных операций резиденты и нерезиденты могут осуществлять исключительно через уполномоченные банки, получившие лицензии на совершение операций с иностранной валютой и операций с драгоценными металлами. Таким образом, еще одна особенность валютных операций — императив, ограничивающий круг потенциальных контрагентов по сделке.

В-третьих, как особенность валютных операций, вероятно, следует расценивать и *наличие в отношении них специального источника права — Закона о валютном регулировании и контроле*.

В-четвертых, важной особенностью значительной части валютных операций является также *регистрационный, или разрешительный, порядок их совершения*.

Наконец, в-пятых, все *валютные операции выступают объектам особого государственного контроля*, осуществляемого специальными субъектами — органами и агентами валютного контроля.

Из всего сказанного можно сделать вывод, что валютная операция — самостоятельная публично-правовая категория.

Субъектный состав валютных операций банков

Одним из важных отличительных признаков валютных операций, как было указано выше, является их специальный субъектный состав. При этом, рассматривая вопрос о субъектах (участниках) валютных операций, их нельзя путать с субъектами валютных отношений. Закон о валютном регулировании и контроле делит участников валютных операций на две категории — резидентов и нерезидентов. Круг же субъектов валютных отношений намного шире и включает в себя также органы и агентов валютного контроля. Учитывая, что валютные операции главным образом совершаются в процессе осуществления гражданско-правовых сделок, можно сделать вывод, что отношения между участниками валютных операций строятся на основе равенства, в то время как отношения между субъектами валютных отношений основаны также на властном подчинении одной стороны другой.

Статус филиалов и представительств юридических лиц в валютном законодательстве определяется исходя из статуса лиц, обособленными подразделениями которых они являются.

Официальные представительства — это представительства иностранных государств в Российской Федерации: иностранные дипломатические представительства в Российской Федерации (посольства, миссии, отделы посольств и миссий, учреждения, входящие в состав дипломатического представительства), консульские учреждения в Российской Федерации (генеральные консульства, консульства, вице-консульства, консульские агентства). Официальные представительства заключают договоры банковского счета с уполномоченными банками Российской Федерации от своего имени.

Филиалы нерезидентов, а также представительства нерезидентов, не относящиеся к официальным представительствам, заключают договоры банковского счета от имени своих учредителей. При этом права и обязанности по догово-

ру банковского счета возникают у нерезидентов — учредителей представительств и филиалов.

Резиденты и нерезиденты, осуществляющие в Российской Федерации валютные операции, а также нерезиденты, осуществляющие операции с валютой Российской Федерации и ценными бумагами в валюте Российской Федерации, имеют право: а) знакомиться с актами проверок, проведенных органами и агентами валютного контроля; б) обжаловать действия агентов валютного контроля в соответствующие органы валютного контроля, а также действия органов валютного контроля в порядке, установленном законодательством Российской Федерации; в) другие права, установленные иными законодательными актами Российской Федерации.

Резиденты и нерезиденты, осуществляющие в Российской Федерации валютные операции, а также нерезиденты, осуществляющие операции с валютой Российской Федерации и ценными бумагами в валюте Российской Федерации, обязаны: а) представлять органам и агентам валютного контроля все запрашиваемые документы и информацию об осуществлении валютных операций; б) представлять органам и агентам валютного контроля объяснения в ходе проведения ими проверок, а также по их результатам; в) в случае несогласия с фактами, изложенными в акте проверки, произведенной органами и агентами валютного контроля, представлять письменные пояснения мотивов отказа от подписания этого акта; г) вести учет и составлять отчетность по проводимым ими валютным операциям, обеспечивая сохранность документов учета и отчетности не менее пяти лет; д) выполнять требования (предписания) органов валютного контроля об устранении выявленных нарушений; е) выполнять другие обязанности, установленные законодательством Российской Федерации.

Виды валютных операций

Закон о валютном регулировании и контроле (п. 8 ст. 1) подразделяет валютные операции с иностранной валютой и

ценными бумагами в иностранной валюте на две категории: **текущие валютные операции** и **валютные операции, связанные с движением капитала** (далее «текущие» и «капитальные» операции соответственно). Это деление не распространяется на валютные операции с драгоценными металлами и природными драгоценными камнями.

К капитальным операциям, согласно п. 10 ст. 1 Закона, **относятся:**

а) прямые инвестиции, то есть вложения в уставный капитал предприятия с целью извлечения дохода и получения прав на участие в управлении предприятием;

б) портфельные инвестиции, то есть приобретение ценных бумаг;

в) переводы в оплату права собственности на здания, сооружения и иное имущество, включая землю и ее недра, относимое по законодательству страны его местонахождения к недвижимому имуществу, а также иных прав на недвижимость;

г) предоставление и получение отсрочки платежа на срок более 90 дней по экспорту и импорту товаров (работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности).

д) предоставление и получение финансовых кредитов на срок более 180 дней;

е) все иные валютные операции, не являющиеся текущими валютными операциями.

П. 2 ст. 6 Закона о валютном регулировании и контроле устанавливает, что *капитальные операции осуществляются резидентами в порядке, определяемом Центральным банком РФ*. Согласно п. 4 разд. II письма Госбанка № 352 для проведения капитальных операций требуется наличие лицензии Банка России. На одни операции такие лицензии выдаются Департаментом валютного контроля и валютного регулирования ЦБ РФ, на другие — главными территориальными управлениями Банка России.

В процессе изучения правового регулирования валютных операций охарактеризуем те операции, которые названы текущими и совершаются свободно. Без разрешений Банка Рос-

сии осуществляются **следующие виды валютных операций**⁹:

1. Переводы иностранной валюты федеральными органами исполнительной власти с их валютных счетов, открытых в уполномоченных банках Российской Федерации, в оплату вступительных и членских взносов Российской Федерации в пользу международных организаций, участником которых является Российская Федерация.

2. Переводы резидентами с их валютных счетов, открытых в уполномоченных банках Российской Федерации, в оплату вступительных и членских взносов в пользу международных неправительственных организаций, являющихся нерезидентами.

3. Переводы резидентами (юридическими и физическими лицами) иностранной валюты в пользу нерезидентов — организаторов международных симпозиумов, конференций, других международных встреч, а также международных выставок, ярмарок, спортивных соревнований, иных культурных мероприятий, проводимых на территории иностранных государств, за участие резидентов в указанных мероприятиях, за исключением затрат, учитываемых как капитальные вложения в соответствии с правилами бухгалтерского учета соответствующих государств.

4. Зачисление резидентами — организаторами международных симпозиумов, конференций, а также других международных встреч, выставок, ярмарок, спортивных соревнований, иных культурных мероприятий на свои валютные счета, открытые в уполномоченных банках, иностранной валюты, полученной от нерезидентов за участие нерезидентов в указанных мероприятиях, за исключением затрат, учитываемых как капитальные вложения в соответствии с правилами бухгалтерского учета Российской Федерации.

5. Зачисление резидентами, не являющимися коммерческими организациями, в безналичном порядке на их валютные счета, открытые в уполномоченных банках, иностранной валюты, поступившей от нерезидентов в качестве добровольных и безвозмездных пожертвований.

6. Переводы резидентами из Российской Федерации иностранной валюты в счет оплаты страховых взносов (страховых премий) страховщикам-нерезидентам независимо от страхуемого интереса, а также зачисление на валютные счета резидентов в уполномоченных банках Российской Федерации сумм в иностранной валюте в счет оплаты страховых сумм (страхового возмещения) с учетом требований законодательства Российской Федерации о страховании.

7. Переводы из Российской Федерации резидентами иностранной валюты в пользу нерезидентов в оплату подписок на иностранные периодические издания.

8. Переводы резидентами из Российской Федерации иностранной валюты в пользу нерезидентов в оплату за обучение и лечение физических лиц. При этом оплату указанных выше расходов физических лиц могут осуществлять любые резиденты (физические и юридические лица), в том числе не являющиеся получателями услуг по обучению и лечению.

9. Переводы резидентами из Российской Федерации пенсий, алиментов, государственных пособий, доплат и компенсаций, сумм, выплачиваемых на основании приговоров, решений и определений судебных и других правомочных органов, наследственных сумм и сумм, полученных от реализации наследственного имущества, а также платежей по возмещению расходов судебных, арбитражных, нотариальных и иных органов (в том числе оплата налогов, сборов, пошлин и иных обязательных платежей за выполнение указанными органами своих функций) в соответствии с законодательством иностранных государств.

10. Переводы нерезидентами в пользу резидентов в Российскую Федерацию пенсий, алиментов, государственных пособий, доплат и компенсаций, сумм, выплачиваемых на основании приговоров, решений и определений судебных и других правомочных органов, наследственных сумм и сумм, полученных от реализации наследственного имущества, а также платежей по возмещению расходов судебных, арбитражных, нотариальных и иных органов (в том числе

оплата налогов, сборов, пошлин и иных обязательных платежей за выполнение указанными органами своих функций) в соответствии с законодательством Российской Федерации.

11. Приобретение резидентами от нерезидентов платежных документов, выраженных в иностранной валюте, при экспорте, импорте товаров (работ, услуг) в случае отсутствия отсрочки (рассрочки) платежа на срок свыше 180 дней; зачисление резидентами на свои валютные счета, открытые в уполномоченных банках Российской Федерации, платежей в иностранной валюте по указанным платежным документам путем предъявления их к оплате в уполномоченные банки или нерезидентам.

12. Переводы нерезидентами в Российскую Федерацию и резидентами из Российской Федерации иностранной валюты для осуществления расчетов с отсрочкой (рассрочкой) платежа на срок не более 180 дней по экспорту, импорту воздушных, морских и речных судов, космических объектов.

13. Переводы в Российскую Федерацию иностранной валюты в оплату аренды арендуемых нерезидентами у резидентов воздушных, морских и речных судов, космических объектов при условии, что арендная плата зачисляется на валютный счет резидента, открытый в уполномоченном банке в Российской Федерации, не реже одного раза в 180 дней с момента передачи указанных объектов в аренду независимо от срока аренды.

14. Переводы из Российской Федерации иностранной валюты в оплату арендуемых резидентами у нерезидентов находящихся за пределами Российской Федерации воздушных, морских и речных судов, космических объектов, а также находящегося за пределами Российской Федерации любого движимого имущества (за исключением переводов в оплату аренды денежных средств, ценных бумаг, платежных документов и иных долговых обязательств, если иное не установлено законодательством) при условии, что передача указанных объектов в аренду осуществляется не позднее 180 дней с

момента перевода иностранной валюты независимо от срока аренды.

15. Права требования, возникшие по разрешенным законодательством (в том числе валютным) основаниям, по выплате средств в иностранной валюте могут быть переданы уполномоченному банку, если иное не установлено законодательством Российской Федерации. Денежные обязательства, возникающие при передаче указанных прав требования уполномоченному банку, могут быть оплачены как в рублях, так и в иностранной валюте.

16. Продажа (покупка) через уполномоченные банки юридическими и физическими лицами (резидентами и нерезидентами) иностранной валюты одного вида за иностранную валюту другого вида, курс которых (покупаемых и продаваемых иностранных валют) к рублю устанавливается Банком России.

17. Покупка иностранной валюты через уполномоченные банки на внутреннем валютном рынке Российской Федерации в безналичном порядке физическими лицами (резидентами и нерезидентами) за счет средств на рублевых счетах, открытых на имя соответствующих физических лиц в кредитных организациях.

18. Продажа иностранной валюты через уполномоченные банки на внутреннем валютном рынке Российской Федерации физическими лицами (резидентами и нерезидентами) с валютных счетов, открытых на имя соответствующих физических лиц в уполномоченных банках, с обязательным зачислением полученных рублей на рублевые счета, открытые на имя соответствующих физических лиц в кредитных организациях, если иное не установлено Банком России.

19. Получение (возврат) юридическими и физическими лицами (резидентами и нерезидентами) кредитов в иностранной валюте на срок свыше 180 дней от уполномоченных банков (уполномоченным банкам), имеющих полномочия по предоставлению кредитов в иностранной валюте. Предоставление юридическим, физическим лицам кредитов в иностранной

ранной валюте на срок свыше 180 дней уполномоченными банками, имеющими полномочия по предоставлению указанных кредитов. Выплата (прием) процентов за пользование кредитами в иностранной валюте и сумм штрафных санкций, подлежащих в соответствии с договором уплате в иностранной валюте, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства по предоставлению (возврату) указанных кредитов.

20. За иностранную валюту может быть осуществлена покупка резидентами у уполномоченных банков, имеющих полномочия на проведение операций с ценными бумагами в иностранной валюте, векселей, выпускаемых этими уполномоченными банками и содержащих обязательство по выплате иностранной валюты. Продажа резидентами указанных в настоящем пункте векселей уполномоченным банкам может быть произведена как за рубли, так и за иностранную валюту. Вексельное обязательство, содержащееся в указанном в настоящем пункте векселе, может быть оплачено уполномоченным банком в иностранной валюте или в рублях в соответствии с законодательством.

21. Переводы из Российской Федерации иностранной валюты физическими лицами в пользу нерезидентов, основная деятельность которых связана с реализацией физическим лицам за пределами Российской Федерации товаров в розничной торговле (производство работ, оказание потребительских услуг), в счет оплаты приобретаемых у указанных нерезидентов за пределами Российской Федерации товаров (работ, услуг).

22. Возврат резидентами и нерезидентами авансовых платежей (предоплаты) по неисполненным экспортно-импортным контрактам. При этом возврат указанных авансовых платежей осуществляется резидентом нерезиденту в размере, не превышающем ранее оплаченные нерезидентом резиденту суммы аванса. Средства в иностранной валюте, полученные резидентом от нерезидента в счет возврата ранее произведенных авансовых платежей (предоплаты), зачисляются на

текущий валютный счет резидента, открытый в уполномоченном банке в Российской Федерации.

Физические лица — резиденты Российской Федерации могут приобретать за иностранную валюту жилые дома и квартиры, находящиеся за пределами Российской Федерации и являющиеся таковыми в соответствии с законодательством их места нахождения, а также иные права на указанное имущество путем:

- перевода средств, находящихся на валютных счетах этих лиц в уполномоченных банках Российской Федерации;
- оплаты указанного имущества за счет средств, находящихся на счетах физических лиц, открытых этими лицами в установленном Банком России порядке в банках-нерезидентах;
- оплаты указанного имущества за счет средств в иностранной валюте, вывезенных из Российской Федерации в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Индивидуальные предприниматели, юридические лица — резиденты осуществляют следующие виды валютных операций по экспорту и импорту товаров, работ, услуг без разрешений Банка России в соответствии с заключенными ими договорами:

1. Перевод резидентом иностранной валюты из Российской Федерации, а также на валютный счет, открытый на имя нерезидента в уполномоченном банке, в счет оплаты импортируемых товаров после их ввоза в Российскую Федерацию (таможенного оформления товаров) независимо от срока, прошедшего с момента таможенного оформления (ввоза в Российскую Федерацию) до даты платежа.

2. Перевод резидентом иностранной валюты из Российской Федерации, а также перевод иностранной валюты на валютный счет, открытый на имя нерезидента в уполномоченном банке, в счет оплаты произведенных импортируемых работ, оказанных импортируемых услуг после приема резидентом указанных выполненных работ (соответствующего этапа работ), оказанных услуг независимо от срока, прошед-

¹⁰ РБЭ. С. 86.

шего с момента их приема до даты осуществляемого резидентом платежа.

3. Зачисление резидентом на свой валютный счет, открытый в уполномоченном банке в Российской Федерации, сумм в оплату экспортируемых им товаров (работ, услуг) до таможенного оформления этих товаров на экспорт, приема нерезидентом выполненных работ, оказанных услуг независимо от срока с даты получения резидентом платежа до таможенного оформления товаров, приема нерезидентом выполненных работ, оказанных услуг.

5. Государственное регулирование валютных операций уполномоченных банков

Валютная политика

Государственное регулирование в области валютных отношений является выражением валютной политики государства и представляет собой составную часть его экономической деятельности, направленной на валютное обеспечение социально-экономического развития страны и поддержание ее устойчивого международного валютно-финансового положения. Необходимость государственного регулирования валютных отношений имеет глубокие экономические предпосылки, вытекающие из потребности в защите и обеспечении стабильности национальной валюты.

Курс национальной валюты, ее «сила», относительно иностранных валют определяется главным образом следующими факторами:

- покупательной способностью национальной валюты внутри страны;

¹¹ Хозяйственное право / Под ред. В.С. Мартемьянова. Т. 2. С. 366.

- сбалансированностью платежного баланса страны;
- доверием населения к государственной власти (психологический фактор).

Покупательная способность национальной валюты исчисляется на базе «национальной стоимости» общеупотребляемой мировой корзины товаров и услуг, то есть набором общеупотребляемых «полезностей». Соотношение «национальных стоимостей» данной совокупности товаров и услуг во многом определяет соотношение курсов соответствующих национальных валют.

Покупательная способность национальной валюты тесно связана со структурой **платежного баланса страны**. Основными категориями, по которым осуществляется группировка показателей платежного баланса, являются «текущие» и «капитальные операции».

К «текущим операциям» относятся операции с товарами, услугами и доходами. Операции с товарами отражаются в платежном балансе с момента перехода права собственности на товар от покупателя к продавцу, а операции с услугами — с момента их оказания. К доходам в данном случае относятся средства, полученные от предоставления факторов производства (труда, капитала), то есть доходы от инвестиций.

«Капитальные операции» связаны с инвестиционной деятельностью и представляют собой операции с активами. Различаются четыре функциональных группы активов:

- прямые инвестиции (вложения в уставный капитал с целью оказания воздействия на процесс управления предприятием, то есть приобретение 10 и более процентов участия в уставном капитале; предоставление займов, кредитов);
- портфельные инвестиции (ценные бумаги, приобретенные главным образом для получения дохода);

¹² Линдерт П.Х. Экономика мирохозяйственных связей. М., 1992. С. 324—348.

- резервы (активы ЦБ РФ и Минфина РФ в свободно конвертируемой иностранной валюте);
- прочие инвестиции (активы, которые не относятся к прямым и портфельным инвестициям, операциям по формированию резервов).

Национальная экономика постоянно испытывает на себе давление со стороны мирового рынка из-за колебания цен, валютных курсов, процентных ставок и других экономических факторов, вызываемых действием рыночных сил. В условиях экономической реформы, когда развивающаяся рыночная экономика России еще не обладает достаточной гибкостью для того, чтобы быстро и адекватно реагировать на постоянно меняющуюся ситуацию на мировом рынке, государственное регулирование валютных операций призвано обеспечить равновесие платежного баланса (соответствия расходов по импорту доходам по экспорту). Тенденция к несбалансированности платежного баланса является объективным фактором, предопределяемым неравномерным экономическим и политическим развитием государств. Вместе с тем нарушение равновесия в платежном балансе страны влечет неизбежное колебание курса национальной валюты и, следовательно, создает угрозу для существующего в стране режима ее конвертируемости.

Психологический фактор определяет степень доверия населения к стабильности и силе государственной власти. В значительной степени он обусловлен инфляционными ожиданиями населения, а также размахом спекуляций на валютном рынке. Наиболее ярко влияние данного фактора на курс национальной валюты проявляется в условиях политического и/или экономического кризиса, зачастую провоцирующих экономически необоснованный, ажиотажный спрос населения на иностранную валюту.

Наиболее оптимальным и естественным является государственное регулирование валютных операций через регулирование деятельности крупнейших операторов валютного рынка, то есть уполномоченных банков. Применительно к банковской деятельности реализация принципов пра-

вового регулирования валютных операций осуществляется через лицензирование банковских валютных операций, а если говорить о деятельности уполномоченных банков (то есть банков, уже получивших банковскую валютную лицензию), то через установление валютных ограничений и валютный контроль за банковскими операциями в иностранной валюте.

Правовое регулирование предпринимательской деятельности банков с валютными ценностями входит в предмет государственного регулирования валютных отношений и, следовательно, также является выражением валютной политики государства.

Валютную политику государства можно определить как составную часть внутренней и внешней политической деятельности государства по защите и обеспечению устойчивости национальной валюты, повышению ее конвертируемости, стимулированию развития валютного рынка в целях увеличения экономического потенциала и повышения роли Российской Федерации в системе мирохозяйственных связей.

Политика государственного регулирования валютных операций реализуется по следующим основным направлениям:

- регулирование валютного рынка через рыночные механизмы (непосредственное экономическое воздействие);
- установление прямых валютных ограничений;
- валютный контроль.

В целом валютное регулирование можно определить как позитивное воздействие государства на участников валютных операций, выражающееся в совокупности мероприятий, направленных на достижение целей проводимой им валютной политики.

Экономическое воздействие государства на валютные отношения

С точки зрения осуществления государством валютного регулирования экономическими методами большой интерес представляет опыт девизной политики, накопленный Росси-

ей в XIX в. Целью девизной политики было увеличение золотого запаса и укрепление рубля. Суть ее заключалась в том, что для покрытия сезонного бюджетного дефицита осенью, когда экспорт хлеба, являвшегося основным экспортным российским товаром; повышал курс рубля, на мировой рынок «выбрасывались» кредитные билеты и государственные облигации России, обеспечивавшие большую золотовалютную выручку, что ограничивало дальнейший рост курса рубля. Весной же, когда экспорт хлеба сокращался, что могло повлечь за собой нежелательное падение стоимости рубля, Госбанк России использовал часть своего девизного золотовалютного запаса для скупки на мировом рынке выпущенных осенью государственных долговых ценных бумаг.

Традиционно национальное законодательство ставит перед центральными банками задачу поддержания курса национальной валюты. В современных условиях наиболее часто в качестве эффективного способа воздействия на внутренний валютный рынок, следовательно, и на его участников, включая уполномоченные банки, используется **валютная интервенция** Банка России на внутреннем валютном рынке Российской Федерации, а точнее говоря, на межбанковском валютном рынке. Впервые валютная интервенция стала применяться в России в XIX в. Госбанком России в целях стабилизации курса рубля при проведении денежной реформы С.Ю. Витте¹⁰. Целью валютных интервенций является поддержание стабильности национальной валюты путем недопущения значительных колебаний курсов национальной валюты по отношению к иностранным валютам.

Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (в ст. 41) определяет валютные интервенции Банка России как куплю-продажу иностранной валюты на валютном рынке для воздействия на курс рубля и на суммарный спрос и предложение денег.

Центральные (национальные) банки осуществляют покупку валюты, которую необходимо поддержать против других валют, или продажу — в случае, если целью валютной интервенции является недопущение чрезмерного роста курса какой-либо валюты.

Валютные интервенции осуществляются в мировой практике за счет запасов иностранной валюты самих центральных (национальных) банков, привлеченных ими средств в иностранной валюте, средств казначейства, а в некоторых странах созданы специальные стабилизационные валютные фонды. Валютные интервенции Банка России осуществляются им за счет собственных и привлеченных средств в иностранной валюте.

Значение и правовая природа валютного контроля

Составляющим элементом государственной валютной политики, неразрывно связанным с государственным регулированием валютных операций, является валютный контроль.

Валютное регулирование — одна из форм государственного воздействия на участников внешнеэкономической деятельности в целях охраны публичных интересов государства, которое обеспечивается валютным законодательством, регулирующим как общие вопросы валютных отношений, так и частные, например, предусматривающие механизм контроля за валютными операциями¹¹. Мировой опыт показывает, что успешное развитие валютных отношений, внутреннего валютного рынка происходит, как правило, при активном регулирующем участии государства и эффективном контроле за валютными операциями со стороны его уполномоченных органов.

Валютный контроль можно охарактеризовать как деятельность государства в лице органов и агентов валютного контроля, направленную на обеспечение соблюдения валютного законодательства при осуществлении конкретных валютных операций. Ряд зарубежных экономистов рассматривают валютный контроль как «механическое» воздействие на финансовые потоки между государством-эмитентом национальной валюты и иностранными государствами. При этом отмечается его позитивное значение в приведении в равновесие платежного баланса и внутреннего валютного рынка страны в результате мер по ускорению поступления валюты, принадлежащей нерезидентам и причитающейся с них (то есть увеличивается моментальное предложение на валютном рынке, а также объем операций, зарегистрированных по кредиту платежного баланса страны получателя средств), и отсрочке платежей резидентов в валюте за границу, сокращению объема кредитования нерезидентов в национальной валюте (то есть уменьшаются предложения национальной валюты на валютном рынке и операции, которые записываются в дебет платежного баланса). В валютном законодательстве Российской Федерации, и это рассматривалось выше, решение данной задачи оформилось в виде разделения валютных операций резидентов на **текущие валютные операции** и **валютные операции, связанные с движением капитала**. Многие страны, сталкиваясь с постоянным нарушением платежного равновесия, прибегали и прибегают к ужесточению валютного контроля в целях улучшения своего платежного баланса, рассматривая валютный контроль как один из вариантов валютной стратегии государства, помогающий «...правительству, как инструмент для проявления власти в распределении валютных ресурсов», который «...облегчает правительству задачу по достижению социальных целей через сложный механизм планирования»¹². Такое понятие валютного контроля, скорее, соответствует понятию валютного ре-

¹ Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М., 1994. С. 173.

гулирования, оно шире, чем понятие валютного контроля, вытекающее из норм валютного законодательства РФ, в соответствии с которым это — деятельность по обеспечению точного и единообразного соблюдения участниками валютных операций норм валютного законодательства. Однако оно позволяет более четко определить сущность валютного контроля и его конечное назначение как составной части механизма валютного регулирования.

Обеспечение государством соблюдения обязательными субъектами правовых норм о валютных операциях служит гарантией законности соответствующей деятельности. В правовом обеспечении валютного контроля можно выделить следующие ключевые направления:

1) организационное обеспечение валютного контроля путем создания соответствующих организационных структур и наделения их властными полномочиями в пределах возложенных на них функций в этой области, установления взаимосвязей между данными структурами;

2) определение правовых форм взаимоотношений участников валютных операций между собой и с органами (агентами) валютного контроля, использование которых позволит осуществлять валютный контроль наиболее эффективно;

3) установление мер ответственности за нарушение норм валютного законодательства.

Для того чтобы обеспечить соблюдение правил совершения валютных операций, законодательство РФ предусмотрело создание системы органов и агентов валютного контроля как составной части механизма валютного регулирования.

Органами валютного контроля в Российской Федерации являются Правительство РФ, Центральный банк РФ, иные органы, предусмотренные действующим законодательством. Закон РФ «О валютном регулировании и валютном контроле» в ст. 11 определяет агентов валютного контроля как организации, которые в соответствии с законодательством РФ

² Там же. С. 175.

могут осуществлять функции валютного контроля и подотчетны соответствующим органам валютного контроля.

Специфическое отличие органов валютного контроля от их агентов заключается в наличии у них более широкого круга полномочий в этой области, в том числе возможности издавать в пределах своей компетенции нормативные акты, обязательные к исполнению всеми резидентами и нерезидентами в РФ, в подконтрольности валютных операций агентов валютного контроля органам валютного контроля.

Органы и агенты валютного контроля осуществляют контроль за проводимыми в Российской Федерации резидентами и нерезидентами валютными операциями, за соответствием этих операций законодательству, условиям лицензий (разрешений), за соблюдением актов органов валютного контроля, проводят проверки валютных операций резидентов и нерезидентов в Российской Федерации. Центральным органом федеральной исполнительной власти, образованным для реализации функций Правительства РФ по валютному контролю, является **Федеральная служба России по валютному и экспортному контролю**. Ее правовой статус определяется Постановлением Правительства РФ от 16 июня 1993 г. «Вопросы Федеральной службы России по валютному и экспортному контролю», Указом Президента РФ от 24 сентября 1993 г. «О Федеральной службе России по валютному и экспортному контролю», Постановлением Правительства РФ от 15 ноября 1993 г. «Об утверждении Положения о Федеральной службе России по валютному и экспортному контролю». Главной задачей ФС ВЭК РФ является проведение единой общегосударственной политики в области организации контроля и надзора за соблюдением законодательства РФ в сфере валютных, экспортных и иных внешнеэкономических операций. ФС ВЭК РФ в рамках своей компетенции обеспечивает контроль и надзор за соблюдением законодательства РФ центральными органами федеральной исполнительной власти, организациями, предприятиями, банками, физическими лицами, участвующими в регулировании и осуществлении валютных, экспортно-импортных и иных внешнеэконо-

мических операций. Для реализации стоящих перед ней задач в области валютного контроля ФС ВЭК РФ осуществляет следующие функции: контролирует соблюдение резидентами и нерезидентами законодательства РФ, регулирующего проведение валютных операций, выполнение резидентами обязательств перед государством в иностранной валюте; контролирует полноту поступления в установленном порядке средств в иностранной валюте по внешнеэкономическим операциям; организует с участием других органов и агентов валютного контроля, заинтересованных центральных органов федеральной исполнительной власти проверки полноты и объективности учета и отчетности по валютным, экспортно-импортным и иным внешнеэкономическим операциям, а также проверки операций нерезидентов в валюте Российской Федерации; проводит анализ и обобщает практику валютного контроля, в том числе в зарубежных странах, и представляет предложения по развитию и совершенствованию законодательства РФ в этой области; представляет в органы представительной и исполнительной власти отчеты об организации валютного контроля и результатах своей деятельности; участвует в создании единой информационной системы по валютному контролю и межведомственному обмену ею; руководит деятельностью территориальных органов по валютному контролю; обеспечивает взаимодействие с органами валютного контроля иностранных государств; осуществляет иные функции, связанные с валютным контролем, предусмотренные законодательством Российской Федерации.

В целях реализации общегосударственной политики в области валютного контроля на местах Постановлением Правительства РФ от 3 февраля 1994 г. «О территориальных органах по валютному и экспортному контролю» была утверждена схема размещения территориальных органов по валютному и экспортному контролю на территории Российской Федерации.

³ Там же. С. 227.

⁴ Там же. С. 230.

Для решения своих задач и выполнения возложенных на нее функций ФС ВЭК РФ осуществляет межотраслевую координацию и регулирование по вопросам, находящимся в ее ведении. С этой точки зрения наибольшее значение имеет взаимодействие ФС ВЭК РФ с ЦБ РФ и уполномоченными банками, таможенными органами, Министерством внешних экономических связей РФ, налоговыми и правоохранительными органами.

В заключение можно отметить, что специфика правового статуса коммерческих банков как участников валютных операций выражается в том, что уполномоченные банки являются крупнейшими операторами валютного рынка, опосредующими деятельность на нем других участников валютных операций. Особенность роли, которую играют уполномоченные банки на валютном рынке, предопределяет особый подход к правовому регулированию операций уполномоченных банков с валютными ценностями и создает предпосылки для стремления государства использовать их в качестве агентов валютного контроля.

Коммерческие банки совершают разнообразные сделки с ценными бумагами. Среди операций банков с ценными бумагами можно выделить:

1) эмиссию коммерческими банками акций и облигаций;

2) выпуск коммерческими банками других ценных бумаг (сертификатов и векселей);

3) сделки с акциями и облигациями собственной эмиссии на вторичном рынке ценных бумаг (такие сделки могут совершаться как через фондовую биржу, так и на внебиржевом рынке);

4) сделки с ценными бумагами других эмитентов в качестве инвестора (от своего имени и за свой счет);

5) сделки с ценными бумагами других эмитентов по поручению и за счет клиента в качестве посредника (профессионального участника рынка ценных бумаг);

6) банк может взять на себя обязательство по первичному размещению выкупленного им выпуска ценных бумаг эмитента (такая операция называется андеррайтингом, банк-посредник - андеррайтером).

Для того, чтобы разобраться во всем этом многообразии сделок с ценными бумагами, необходимо изучить общие положения о ценных бумагах, правовые особенности эмиссионных и неэмиссионных ценных бумаг, а также правовое регулирование рынка ценных бумаг.

Глава 9

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ЦЕННЫХ БУМАГАХ

Теория ценных бумаг разрабатывается российской цивилистической наукой уже на протяжении нескольких веков. Однако и на сегодняшний день справедливым остается замечание проф. Г.Ф. Шершеневича о том, что «понятие о ценных бумагах не успело до сих пор проясниться ни в жизни, ни в науке, ни в законодательстве».

М.М. Агарков считал, что «понятие ценной бумаги получается в результате анализа функций, выполняемых в гражданском и торговом обороте юридическими документами»¹.

Юридические документы, то есть документы, содержание которых удостоверяет те или иные юридически значимые факты или основанные на них правоотношения, выполняют в обороте различные функции в зависимости от того, каково значение документа для соответствующего правоотношения.

Письменное удостоверение определенных юридических фактов может иметь значение доказательства в судебном процессе. Документ приобретает значение только в случае судебного спора, в котором ему принадлежит роль доказательства наряду с другими допущенными процессуальным правом доказательствами или преимущественно перед ними.

В других случаях документу присваивается не только процессуальное, но и материально-правовое значение. Закон или воля сторон устанавливают, что наличность документа необходима для возникновения соответствующего правоотношения. Составление документа входит в состав сделки, составляет ее необходимую часть.

Равным образом материально-правовые функции принадлежат документу тогда, когда он имеет значение при осуществлении выраженного в нем права. В отношении це-

лого ряда бумаг (вексель, чек, акция и т. д.) предъявление бумаги необходимо для осуществления выраженного в ней права. Такие документы называются ценными бумагами². Все эти бумаги, столь разнообразные по своему содержанию, объединяются общим для всех признаком — необходимостью их предъявления для осуществления выраженного в них права.

Права, которые составляют содержание ценных бумаг, могут принадлежать к различным категориям субъективных прав. Чаще всего они принадлежат к обязательственным правам. Обязательно-правовое содержание имеют вексель, облигация и др. Вещно-правовое содержание (но вместе с тем и обязательно-правовое) имеют распорядительные товарные документы (например, коносамент).

В содержании ценной бумаги может быть сделано указание на хозяйственную сделку и включены условия этой сделки или текст ценной бумаги может быть сформулирован совершенно независимо от хозяйственной сделки. В первом случае ценная бумага будет *каузальной* (например, коносамент), во втором — *абстрактной* (например, вексель).

Необходимость предъявления бумаги для осуществления выраженного в ней права имеет двоякое значение. Предъявление бумаги, во-первых, необходимо кредитору для легитимации его в качестве субъекта выраженного в ней права. В частности, для истребования от должника по бумаге исполнения его обязательства кредитор должен предъявить бумагу. Без бумаги кредитор может быть лишен возможности осуществить свое право требования. Должник имеет право отказать в исполнении, если бумага ему не предъявлена.

Во-вторых, лицо, обязанное по бумаге, может выполнять свою обязанность только в отношении предъявителя бумаги. Исполнив обязательство легитимному держателю бумаги, должник погашает его. Таким образом, легитимация держа-

² Габов А. Вопросу о признаках ценной бумаги // Законодательство и экономика. 1999. № 2. С. 46.

⁶ Там же. С. 45.

теля ценной бумаги в качестве субъекта соответствующего права имеет значение как в интересах самого держателя, который уполномочен выступить с соответствующим притязанием, так и в интересах обязанного лица, который, исполнив свою обязанность предъявителю, надлежащим образом легитимированному согласно положениям об отдельных видах ценных бумаг, освобождает себя от ответственности перед действительным субъектом права, если держатель таковым не был.

Предъявление ценной бумаги всегда необходимо для осуществления выраженного в ней права. Но не всегда достаточно одного предъявления. Например, держатель векселя должен быть легитимирован как предъявлением самой бумаги, так и непрерывным рядом передаточных надписей.

Зависимость, существующая между ценной бумагой и выраженным в ней правом приводит к тому, что передача этого права предполагает и передачу прав на бумагу. Только тот, кто имеет *право на бумагу*, может в силу этого права распорядиться ею с целью осуществления *права из бумаги*. Право на бумагу и право из бумаги, как правило, имеют одну и ту же судьбу.

Ценные бумаги, благодаря своему основному свойству — необходимости предъявления документа для осуществления выраженного в нем права, которое, как было указано выше, предполагает тесную зависимость между правом на бумагу и правом из бумаги, — позволяют распределить риски между участниками правоотношения по-иному, чем это предусмотрено общими положениями гражданского права.

Особенно характерными для ценных бумаг являются те риски, которые связаны с осуществлением выраженных в них прав. Бумага может быть предъявлена к оплате лицом, не являющимся действительным субъектом права, например, лицом, неправомерно завладевшим ею. С точки зрения общих начал гражданского права должник освобождает себя от обя-

⁷ Там же. С. 43.

зательства только исполнением действительному кредитору. ***Распределение в этом случае риска иначе, чем это имеет место по общим правилам гражданского права, составляет непосредственную и прямую цель института ценных бумаг***³. Должник освобождается от ответственности перед действительным кредитором, если он учинил исполнение предъявителю бумаги, надлежащим образом легитимированному согласно положениям об отдельных видах ценных бумаг.

Право, выраженное в бумаге, при своем возникновении и при последовательных переходах бумаги из рук в руки каузально связано с отношениями между составителем бумаги и первым ее приобретателем, а также между каждым последующим приобретателем и его предшественником. Эти отношения известны их участникам. Но приобретатель может не знать тех отношений, в которых он не участвует. Если предоставить должнику по бумаге право приводить против требований предъявителя бумаги возражения, вытекающие из отношений, с которыми бумага была связана при ее выпуске и обращении, то тем самым на предъявителя будет возложен риск не получить удовлетворения. Если же ограничить обязанное лицо в праве предъявлять эти возражения, то риск будет переложен на него и он обязан будет в соответствующих случаях исполнить то, что на основании общих положений гражданского права он не должен был исполнить. *Ограничение возражений должника составляет особенность института ценных бумаг.*

Таким образом, *сущность института ценных бумаг заключается в том, что им создается иное распределение риска между участниками соответствующих правоотношений, чем то, которое имеет место на основании общих правил гражданского права.* Основной задачей учения о ценных бумагах является выяснение специфически присущего им распределения риска с точки зрения закона и рассмотрение вопроса, как целесообразно их распределить⁴.

³ Савенков В. Ценные бумаги в России. М., 1998. С. 109.

Многообразие ценных бумаг делает необходимым как для теории, так и для практики, их классификацию. Задачей юридической классификации является разделение явлений, объединяемых общими родовыми признаками, на такие виды, с которыми связаны юридически значимые особенности. Наибольшее значение как в доктрине, так и в законодательстве придается разделению ценных бумаг на бумаги на предъявителя, ордерные и именные. Это деление проводится в зависимости от способа обозначения в бумаге управомоченного по ней лица.

Предъявительской является такая ценная бумага, в которой не указывается конкретное лицо, которому следует произвести исполнение. Лицом, управомоченным на осуществление выраженного в такой ценной бумаге права, является любой держатель ценной бумаги, который лишь должен ее предъявить. Указанный вид ценных бумаг обладает повышенной оборотоспособностью, так как для передачи другому лицу прав, удостоверяемых ценной бумагой, достаточно простого ее вручения этому лицу и не требуется выполнения каких-либо формальностей.

Именной ценной бумагой признается документ, составленный на имя конкретного лица, который только и может осуществить выраженное в нем право. Такие ценные бумаги обычно могут переходить к другим лицам, но это связано с выполнением целого ряда формальностей, в порядке, установленном для уступки требований (цессии). Лицо, передающее право по именной ценной бумаге, несет ответственность за недействительность соответствующего требования, но не за его исполнение.

Ордерная ценная бумага так же, как и именная, составляется на имя определенного лица, которое может осуществить соответствующее право не только самостоятельно, но и назначить своим распоряжением (ордером, приказом) дру-

⁹ Агарков М.М. Учение о ценных бумагах. М., 1993. С. 10.

¹⁰ Мельничук Г. О правовых границах рынка ценных бумаг, валютного и товарного рынков // Рынок ценных бумаг. 1999. № 21. С. 50.

гое управомоченное лицо. Передача прав по такой ценной бумаге осуществляется путем совершения на бумаге передаточной надписи, именуемой индоссаментом. Индоссамент может быть бланковым (без указания лица, которому должно быть произведено исполнение) или ордерным (с указанием лица, которому или приказу которого должно быть произведено исполнение). Количество индоссаментов не ограничивается, то есть каждый новый владелец такой бумаги может передать ее другому лицу, в связи с чем оборотоспособность ордерных ценных бумаг очень высока. Надлежащим держателем данной бумаги будет то лицо, имя которого стоит последним в ряду индоссаментов (а при бланковом индоссаменте — любой держатель бумаги). Индоссант (лицо, сделавшее передаточную надпись) несет ответственность не только за действительность права, но и за его осуществление. Все индоссанты несут солидарную ответственность перед держателем ценной бумаги, если они не сделали специальной оговорки «без оборота на меня», которая устраняет их ответственность.

Таким образом, именной бумагой является бумага, составленная на имя определенного лица, ордерной — бумага, составленная на имя и приказу определенного лица, и бумагой на предъявителя — без указания имени владельца бумаги.

Иногда вместо способа обозначения управомоченного лица деление проводят в зависимости от способа передачи бумаги. Таким образом, бумаги на предъявителя переходят путем простой передачи самого документа, ордерные — путем индоссамента (передаточной надписи, учиненной на самом документе) и именные — на основании уступки соответствующего права (цессии).

Наряду с рассмотренным делением ценных бумаг возможна их классификация и по иным основаниям. С учетом того, на каких началах производится выпуск ценных бумаг, выделяются эмиссионные и неэмиссионные ценные бумаги.

¹¹ Там же. С. 51.

¹² Там же.

Эмиссионная ценная бумага одновременно характеризуется следующими признаками:

- размещается выпусками;
- закрепляет совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удовлетворению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением формы и порядка, установленных Законом РФ «О рынке ценных бумаг»;
- имеет равный объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

Неэмиссионные ценные бумаги регулируются специальным законодательством. Так, выдача векселей производится по нормам Закона «О переводном и простом векселе», выдача закладных — Закона «Об ипотеке», складских свидетельств, чеков — Гражданским кодексом, депозитных и сберегательных сертификатов — нормативными актами ЦБ РФ. Таким образом, выдача и обращение этих ценных бумаг не связывается с Законом «О рынке ценных бумаг». Вследствие этого выдача неэмиссионных ценных бумаг не требует процедуры эмиссии (проспектов эмиссии, регистрации выпусков и отчетов об итогах выпусков). Не требуется также публичного раскрытия информации о выданных ценных бумагах.

В международном праве выделяют также следующие виды ценных бумаг:

Денежные — дают право требования выдачи определенной денежной суммы (вексель, чек, облигация, сберегательный сертификат).

Инвестиционные — дают право участия в каком-либо товариществе (акционерном обществе) (паи, акции).

Товарные (товарораспорядительные) — дают право на получение определенного товара (коносамент, складское свидетельство, варрант).

Обеспечительные — обеспечивают исполнение обязательств (банковская гарантия, варрант).

В науке гражданского права выделяют *признаки*, свойственные ценным бумагам. Однако особенности правового регулирования каждой ценной бумаги таковы, что не позво-

Рабоов А. Указ. соч. С. 48.

ляют считать ни один из этих признаков общим для всех ценных бумаг без оговорок и ограничений.

Признак публичной достоверности заключается в том, что законом предельно ограничен круг тех оснований, опираясь на которые должник вправе отказаться от исполнения лежащей на нем обязанности. Допускаются лишь возражения по формальным основаниям, в частности ссылка на пропуск срока представления ценной бумаги к исполнению либо оспаривание ценной бумаги со ссылкой на ее подделку или подлог. При этом следует согласиться с А. Габовым⁵ в том, что формулировка п. 2 ст. 147 ГК: «Владелец ценной бумаги, обнаруживший подлог или подделку ценной бумаги, вправе предъявить к лицу, передавшему ему бумагу, требование о надлежащем исполнении обязательства, удостоверенного ценной бумагой, и о возмещении убытков», — некорректна и относится, очевидно, только к ордерным ценным бумагам. Если представить, что лицо приобрело акцию, выпущенную в документарной форме — в виде сертификата и он впоследствии оказался подложным, возникает вопрос: надлежащего исполнения каких обязательств, удостоверенных акцией, может потребовать неудачливый акционер? Например, права голоса на собрании акционеров? Следует признать, что в данном случае риск переносится на держателя ценной бумаги и он не сможет воспользоваться нормой п. 2 ст. 147 ГК, если эта бумага не ордерная.

К *признакам* ценной бумаги относят также *необходимость составления ее в установленной форме и с соблюдением обязательных реквизитов* (ст. 142 ГК РФ). Однако наличие обязательных реквизитов характерно только для документар-

⁵ Выпуск ценных бумаг — это совокупность ценных бумаг одного эмитента, обеспечивающих одинаковый объем прав владельцам и имеющих одинаковые условия эмиссии (первичного размещения). Все бумаги одного выпуска должны иметь один государственный регистрационный номер, то есть цифровой (буквенный, знаковый) код, который идентифицирует конкретный выпуск эмиссионных ценных бумаг.

ных ценных бумаг, причем за исключением некоторых именных документарных бумаг⁶. Для примера можно взять документарные именные акции. Если сертификат акции не будет содержать не только одного, но и группы реквизитов (или вообще всех обязательных реквизитов), от этого акционер не перестанет быть таковым. Все его права учитываются в реестре владельцев именных ценных бумаг и даже в этом случае полностью сохраняются.

Еще одним *признаком* ценной бумаги является то, что осуществление воплощенного в ней субъективного гражданского права возможно, как уже говорилось ранее, лишь *при предъявлении* ценной бумаги. Этот признак, очевидно, не распространяется на бездокументарные ценные бумаги. Восстановление прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя и ордерным ценным бумагам производится судом в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством (ст. 148 ГК РФ).

С экономической точки зрения ценные бумаги воплощают права на определенные ресурсы (деньги, недвижимость, промышленную продукцию и т. д.), способные являться объектом собственности. Права на эти ресурсы могут отделяться от них и существовать в самостоятельной вещной форме — в виде ценных бумаг. С появлением ценных бумаг происходит как бы раздвоение ресурсов: с одной стороны, существует реальный ресурс, с другой — право на него, выраженное в ценной бумаге⁷.

В мировой финансовой системе существует большой класс ценных бумаг, называемых *производными*, или *дериватами*. Применение понятия «производный» по отношению к этим ценным бумагам основано на том, что они дают своему владельцу право совершения в будущем определенной сделки (покупки или продажи) в отношении других ценных бумаг либо другого базового актива (валюта, золото, нефть,

² Эмитент — юридическое лицо или органы исполнительной власти, либо органы местного самоуправления, несущие от своего имени обязательства перед владельцами ценных бумаг по осуществлению прав, закрепленных ими.

индекс акций), указанных в данной производной ценной бумаге. Как правило, производные ценные бумаги существуют в виде двусторонних договоров между ее владельцем и эмитентом. Обращение большинства производных ценных бумаг сосредоточено на биржах. Однако некоторые сделки, порождающие такие ценные бумаги, могут осуществляться непосредственно между контрагентами. Вследствие того, что права, обусловленные производными ценными бумагами, обычно могут быть осуществлены их владельцем в будущем, рынок производных ценных бумаг получил название *рынка срочных контрактов* или просто *срочного рынка*.

Все производные ценные бумаги можно подразделить на три основных вида: форвардные, фьючерсные, опционные контракты. Характеристика этих видов срочных сделок дана в Законе «О товарных биржах и биржевой торговле», а также в Письме ГКАП и Комиссии по товарным биржам «О форвардных, фьючерсных и опционных биржевых сделках». Однако вышеуказанные документы во многом противоречивы, например, не причисляют срочные контракты к ценным бумагам, что противоречит мировой практике⁸. Поэтому целесообразно дать характеристику каждому виду, несколько отличающую от толкования в нормативных актах РФ (принятую в мировой практике), сравнив затем с российским законодательством для уяснения особенностей.

Форвардный контракт (форвард) — это двусторонний договор, по которому стороны обязуются совершить сделку в отношении базового актива в определенный срок в будущем по зафиксированной в договоре цене. Срок исполнения контракта, объем базового актива, порядок исполнения и другие существенные условия форварда определяются по соглашению сторон. Обычно форвардные контракты используются предприятиями для защиты от неблагоприятной ситуации на рынке (экспортер может застраховаться от падения курса иностранной валюты, импортер — от его роста, фермер — от падения цены на его продукцию и т. д.). На биржах форварды практически не обращаются и продать их очень сложно. Как правило, исполнение форвардного

контракта должно заканчиваться поставкой базового актива.

Фьючерсные контракты (фьючерс) — это двусторонний договор, по которому стороны обязуются совершить сделку в отношении базового актива в определенный срок в будущем по зафиксированной в договоре цене. Фьючерсы обращаются только на биржах, причем одной из сторон фьючерсного контракта всегда выступает биржа. Срок исполнения контракта, объем базового актива, порядок исполнения и другие существенные условия фьючерса определяются условиями торгов данным видом фьючерсов на конкретной бирже и являются стандартными. В отличие от форвардов, исполнение фьючерсных контрактов редко заканчивается поставкой базового актива. Обычно расчеты по фьючерсу заканчиваются выплатой одной стороной другой стороне договора разницы между фактической ценой базового актива на реальном (спотовом) рынке в день исполнения фьючерса и ценой, зафиксированной во фьючерсном контракте (ценой исполнения фьючерса). Однако по желанию владельца фьючерса может быть предусмотрена реальная поставка базового актива. В течение срока обращения фьючерса любая из сторон может прекратить свои обязательства по контракту, либо продав его, либо купив фьючерс, предусматривающий обратную сделку для того же количества базового актива.

В российской литературе активно обсуждается вопрос о возможности отнесения расчетного фьючерса к ценным бума-

³ Владелец — лицо, которому ценные бумаги принадлежат на праве собственности или ином вещном праве. Номинальный держатель ценных бумаг — лицо, зарегистрированное в системе ведения реестра и не являющееся владельцем в отношении этих ценных бумаг. Номинальный держатель обязан совершать все необходимые действия, направленные на получение лицом, в интересах которого осуществляется держание бумаг, всех выплат, которые причитаются по этим ценным бумагам, по поручению владельца ценных бумаг и в соответствии с договором осуществлять сделки и операции с ценными бумагами, осуществлять учет ценных бумаг.

гам, высказываются различные аргументы. В частности, представляется обоснованной точка зрения Г. Мельничука, считающего, что отнесение фьючерсных контрактов к ценным бумагам не согласуется с теорией ценных бумаг. По мнению М. Агаркова, «в ценной бумаге не может быть выражено правоотношение, в котором обе стороны взаимно приобретают права и обязанности, так как сторона, не владеющая бумагой, не может осуществить принадлежащее ей право»⁹. Учет в ценной бумаге прав и обязанностей нескольких лиц делает такую сделку многосторонней и лишает ценную бумагу свойства оборачиваемости, так как влечет зависимость существования обязательства от взаимоотношений сторон сделки. Данное обстоятельство является основанием, препятствующим признанию фьючерсного контракта (прав и обязанностей) ценной бумагой¹⁰.

Опционный контракт (опцион) — это двусторонний договор, по которому одна сторона (продавец) обязуется, а другая сторона (покупатель) имеет право (но не обязательство) совершить сделку в отношении базового актива в определенный срок в будущем по зафиксированной в договоре цене. То есть, в отличие от фьючерса, в опционных контрактах одна из сторон при неблагоприятной конъюнктуре рынка может отказаться от совершения сделки, и за это право отказа уплачивает продавцу опциона определенную сумму, называемую премией опциона. Опционы в основном обращаются на биржах, порядок их обращения и исполнения устанавливается так же, как и для фьючерсов. Опцион, дающий право его покупателю совершить в отношении базового актива сделку покупки, называется опционом на покупку, или опционом «call». Опцион, дающий право его покупателю совершить в отношении базового актива сделку продажи, называется опционом на продажу, или опционом «put». Все опционы делятся на европейские и американские. Покупатель европейского опциона имеет право совершить сделку в любой день в течение срока действия опциона, а покупатель американского опциона — только в день исполнения опциона. Большинство существующих опционов американские.

Как отмечалось ранее, российское законодательство не относит опционы к ценным бумагам. Однако издание ФКЦБ постановления «Об опционном свидетельстве, его применении и утверждении стандартов эмиссии опционных свидетельств и их проспектов эмиссии» положило начало расширению числа ценных бумаг посредством издания подзаконных актов¹¹.

В пункте 1 данного Постановления определено, что «опционным свидетельством является именная ценная бумага, которая закрепляет право ее владельца... на покупку (опцион на покупку) или продажу (опцион на продажу) ценных бумаг (базисного актива) эмитента опционных свидетельств или третьих лиц». Согласно п. 4 Постановления «моментом осуществления прав владельца опционного свидетельства является заключение договора купли-продажи ценных бумаг, составляющих базисный актив опционных свидетельств», то есть совершение сделки с ценными бумагами¹².

Подводя итог, следует отметить следующее:

1. Классическое определение и понимание института ценных бумаг, разработанное выдающимся ученым-цивилистом М.М. Агарковым, на протяжении двадцатого века претерпело изменения, связанные с развитием экономики и законодательства (например, появились бездокументарные ценные бумаги, производные ценные бумаги). Эти новшества поставили перед учеными новые вопросы и усложнили и без того непростую задачу сформулировать общие для всех ценных бумаг признаки. Следует согласиться с А. Габовым, что единственным, видимо, признаком, по которому можно говорить о том, что данный финансовый инструмент есть ценная бумага, является признак формальный — указание на это в законе или отнесение документа к ценным бумагам в установленном этим законом порядке (ст. 143 ГК РФ)¹³. Все остальные признаки не могут быть признаны общими для всех ценных бумаг без оговорок и ограничений.

2. Сущность института ценных бумаг заключается в том, что им создается иное распределение риска между участниками соответствующих правоотношений, чем то, которое имеет место на основании общих правил гражданского права.

Данное определение дал М.М. Агарков, отметив при этом, что с каждым видом ценной бумаги связываются различные правоотношения, поэтому характер риска и условия его распределения также различны для каждого вида ценной бумаги. Остается только присоединиться к этой точному и емкому определению.

3. Современная классификация ценных бумаг не выходит за рамки традиционной (ценные бумаги могут быть именными, ордерными и на предъявителя; эмиссионными и неэмиссионными). Новшеством являются производные ценные бумаги, правовое регулирование которых осуществляется на уровне подзаконных нормативных актов и нуждается в серьезной детальной проработке.

Глава 10

ЭМИССИОННЫЕ ЦЕННЫЕ БУМАГИ

1. Понятие эмиссионных ценных бумаг, процедура эмиссии

В соответствии со ст. 1 ФЗ от 22.04.96 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» **эмиссионная ценная бумага** — любая ценная бумага, в том числе бездокументарная, которая характеризуется одновременно следующими признаками:

- закрепляет совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных Федеральным законом формы и порядка;

- размещается выпусками¹;

- имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги;

- закрепляют совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удовлетворению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных действующим законодательством формы и порядка.

Форма и порядок удостоверения, уступки и осуществления прав, закрепленных эмиссионными ценными бумагами,

⁴ Перечень регистрирующих органов, осуществляющих государственную регистрацию выпусков ценных бумаг на территории Российской Федерации: Утв. распоряжением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 28 мая 1997 г. № 268-р // Вестник ФКЦБ РФ. 1997. № 4.

определяются ФЗ РФ «О рынке ценных бумаг» и указываются в решении о выпуске ценных бумаг.

Эмиссионные ценные бумаги могут выпускаться в одной из следующих форм:

- именные ценные бумаги документарной формы выпуска (именные документарные ценные бумаги);
- именные ценные бумаги бездокументарной формы выпуска (именные бездокументарные ценные бумаги);
- ценные бумаги на предъявителя документарной формы выпуска (документарные ценные бумаги на предъявителя).

ФЗ «О рынке ценных бумаг» предусматривает, что при документарной форме эмиссионных ценных бумаг сертификат и решение о выпуске ценных бумаг являются документами, удостоверяющими права, закрепленные ценной бумагой. Данная формулировка некорректна, поскольку права держателей должны удостоверяться самими ценными бумагами, а не производными от них ценными бумагами — сертификатами. Кроме того, из этого положения вытекает, что к каждой ценной бумаге должно быть приложено решение о ее выпуске. Это нереально, и требуется, по нашему мнению, внести в закон изменения, уточняющие, что документами, удостоверяющими права, закрепленные ценной бумагой, являются соответствующие ценные бумаги, содержащие все реквизиты.

При бездокументарной форме эмиссионных ценных бумаг решение о выпуске ценных бумаг является документом, удостоверяющим права, закрепленные ценной бумагой.

Выбранная эмитентом форма² ценных бумаг должна однозначно определяться в его учредительных документах и

⁵ Ст. 20 ФЗ от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 17. Ст. 1918.

⁶ О порядке присвоения выпускам ценных бумаг государственных регистрационных номеров см.: Распоряжение Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 26 февраля 1997 г. № 61-р // Российская газета. 1997. 17 мая.

(или) решении о выпуске ценных бумаг и проспекте эмиссии ценных бумаг.

Невыполнение эмитентом указанных требований является основанием для отказа в регистрации выпуска ценных бумаг.

При выпуске эмиссионных ценных бумаг в документарной форме их владельцу может выдаваться один сертификат на все приобретаемые им ценные бумаги, содержащий указания на их общее количество, категорию и номинальную стоимость.

Сертификат эмиссионной ценной бумаги — это документ, выпускаемый эмитентом и удостоверяющий совокупность прав на указанное в нем количество ценных бумаг.

Сертификат эмиссионной ценной бумаги должен содержать следующие обязательные реквизиты:

- полное наименование эмитента и его юридический адрес;
- вид ценных бумаг;
- государственный регистрационный номер эмиссионных ценных бумаг;
- порядок размещения эмиссионных ценных бумаг;
- обязательство эмитента обеспечить права владельца при соблюдении владельцем требований законодательства Российской Федерации;
- указание количества эмиссионных ценных бумаг, удостоверяемых этим сертификатом;
- указание общего количества выпущенных эмиссионных ценных бумаг с данным государственным регистрационным номером;
- указание на то, выпущены ли эмиссионные ценные бумаги в документарной форме с обязательным централизованным хранением или в документарной форме без обязательного централизованного хранения;
- указание на то, являются ли эмиссионные ценные бумаги именными или на предъявителя;
- печать эмитента;
- подписи руководителей эмитента и подпись лица, выдавшего сертификат;

- другие реквизиты, предусмотренные законодательством Российской Федерации для конкретного вида ценных бумаг.

Обязательным реквизитом сертификата именной эмиссионной ценной бумаги является имя (наименование) ее владельца.

Владелец или номинальный держатель³ именных эмиссионных ценных бумаг, выпущенных в документарной форме, может отказаться от получения сертификата.

Факт выдачи или отказа от получения сертификата должен быть отражен в системе ведения реестра.

Один сертификат может удостоверить право на одну, несколько или все эмиссионные ценные бумаги с одним государственным регистрационным номером. Общее количество эмиссионных ценных бумаг, зафиксированных во всех выпущенных эмитентом сертификатах, не должно превышать количества ценных бумаг, зафиксированного в решении о выпуске эмиссионных ценных бумаг.

Эмитент при принятии решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг в документарной форме может определить, что сертификаты выпускаемых им ценных бумаг могут выдаваться на руки владельцам (без обязательного централизованного хранения) либо подлежат обязательному хранению в депозитариях и не могут выдаваться на руки всем владельцам (с обязательным централизованным хранением).

Не допускается введение обязательного централизованного хранения ценных бумаг для акций акционерных обществ, выпущенных в документарной и бездокументарной форме.

Для документарной формы выпуска эмиссионных ценных бумаг без обязательного централизованного хранения эмитент может также принять решение о введении обязательного централизованного хранения только при условии, если все ценные бумаги выпуска оказались к моменту принятия решения сданными клиентами в депозитарии.

Сертификаты эмиссионных ценных бумаг без обязательного централизованного хранения могут передаваться на хранение в депозитарии на основании депозитарного договора.

Эмиссионные ценные бумаги на предъявителя могут выпускаться только в документарной форме. Именные эмиссионные ценные бумаги могут выпускаться как в документарной, так и в бездокументарной форме. Форма эмиссионных ценных бумаг определяется эмитентом. Эмиссионные ценные бумаги с одним государственным регистрационным номером выпускаются в одной форме. Форма эмиссионных ценных бумаг может быть изменена по решению органа управления эмитента, принявшего решение о выпуске, только с согласия всех владельцев ценных бумаг данного выпуска и после регистрации такого решения в уполномоченном государственном органе.

Ценные бумаги, выпущенные иностранными эмитентами, допускаются к обращению или первичному размещению на рынке ценных бумаг Российской Федерации после регистрации проспекта эмиссии этих ценных бумаг в Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Ценные бумаги, выпущенные эмитентами, зарегистрированными в Российской Федерации, допускаются к обращению за пределами Российской Федерации по решению Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Эмиссионные ценные бумаги, выпуск которых не прошел регистрацию в соответствии с требованиями Федерального закона, не подлежат размещению.

Процедура эмиссии ценных бумаг — последовательность действий эмитента по размещению эмиссионных ценных бумаг, установлена ФЗ РФ «О рынке ценных бумаг» и

⁷ Положение о порядке возврата владельцам ценных бумаг денежных средств (иного имущества), полученных эмитентом в счет оплаты ценных бумаг, выпуск которых признан несостоявшимся или недействительным: Утв. Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 8 сентября 1998 г. № 36 // Вестник ФКЦБ РФ. 1998. № 7.

нормативными актами Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

В соответствии со ст. 19 ФЗ «О рынке ценных бумаг» процедура эмиссии ценных бумаг, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации, включает следующие этапы:

- принятие эмитентом решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг;
- регистрацию выпуска эмиссионных ценных бумаг;
- для документарной формы выпуска — изготовление сертификатов ценных бумаг;
- размещение эмиссионных ценных бумаг;
- регистрацию отчета об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг.

При эмиссии ценных бумаг регистрация проспекта эмиссии производится при размещении эмиссионных ценных бумаг среди неограниченного круга владельцев или заранее известного круга владельцев, число которых превышает 500, а также в случае, когда общий объем эмиссии превышает 50 тысяч минимальных размеров оплаты труда.

При регистрации проспекта эмиссии ценных бумаг процедура эмиссии дополняется следующими этапами:

- подготовкой проспекта эмиссии эмиссионных ценных бумаг;
- регистрацией проспекта эмиссии эмиссионных ценных бумаг;

⁸ О некоторых вопросах раскрытия информации на рынке ценных бумаг см.: Постановление ФКЦБ от 29 ноября 1999 г. № 10 (вступает в силу с 1 июля 2000 г.) // Вестник ФКЦБ РФ. 2000. № 2; Распоряжением ФКЦБ от 17 февраля 1998 г. № 133-р утвержден Порядок распространения информации о ценных бумагах. Текст официально опубликован не был. Используется по системе ГАРАНТ.

⁹ Положение о ежеквартальном отчете эмитента эмиссионных ценных бумаг: Утв. Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 11 августа 1998 г. № 31 // Вестник ФКЦБ РФ. 1998. № 6.

- раскрытием всей информации, содержащейся в проспекте эмиссии;
- раскрытием всей информации, содержащейся в отчете об итогах выпуска.

Запрещается производить эмиссию ценных бумаг, производных по отношению к эмиссионным ценным бумагам, итоги выпуска которых не прошли регистрацию.

Рассмотрим каждый из этапов эмиссии ценных бумаг.

Решение о выпуске эмиссионных ценных бумаг должно содержать:

- полное наименование эмитента и его юридический адрес;
- дату принятия решения о выпуске ценных бумаг;
- наименование уполномоченного органа эмитента, принявшего решение о выпуске;
- вид эмиссионных ценных бумаг;
- отметку о государственной регистрации и государственный регистрационный номер ценных бумаг;
- права владельца, закрепленные одной ценной бумагой;
- порядок размещения эмиссионных ценных бумаг;
- обязательство эмитента обеспечить права владельца при соблюдении владельцем установленного законодательством Российской Федерации порядка осуществления этих прав;
- указание количества эмиссионных ценных бумаг в данном выпуске;
- указание общего количества выпущенных эмиссионных ценных бумаг с данным государственным регистрационным номером и их номинальную стоимость;
- указание формы ценных бумаг (документарная или бездокументарная, именная или на предъявителя);
- печать эмитента и подпись руководителя эмитента;

¹⁰ Положение о порядке раскрытия информации о существенных фактах, затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность эмитента эмиссионных ценных бумаг: Утв. Постановлением ФКЦБ РФ от 12 августа 1998 г. № 32 // Вестник ФКЦБ РФ. 1996. № 3.

- другие реквизиты, предусмотренные законодательством Российской Федерации для конкретного вида эмиссионных ценных бумаг.

При документарной форме эмиссионных ценных бумаг эмитенту необходимо дополнительно представить описание (образец) сертификата.

Решение о каждом выпуске эмиссионных ценных бумаг должно быть зарегистрировано отдельно.

Эмитент не вправе изменить зарегистрированное решение о выпуске ценных бумаг в части объема прав по одной эмиссионной ценной бумаге, установленных этим решением.

Решение о выпуске ценных бумаг составляется в двух или трех экземплярах, заверенных в регистрирующем органе. Один экземпляр хранится в регистрирующем органе, второй — у эмитента, а третий передается на хранение регистратору (если таковой имеется). В случае расхождений в тексте между экземплярами решения истинным считается текст документа, хранящегося в регистрирующем органе.

Владельцы ценных бумаг имеют право знакомиться с решениями о выпуске ценных бумаг, хранящихся у эмитента и регистратора.

Федеральный закон запрещает ограничивать доступ владельцев ценных бумаг к подлинникам зарегистрированного решения.

Эмиссионная ценная бумага закрепляет имущественные права в том объеме, в котором они установлены в решении о выпуске данных ценных бумаг и в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В случае расхождений между текстом решения о выпуске ценных бумаг и данными, приведенными в сертификате эмиссионной ценной бумаги, владелец имеет право требовать осуществления прав, закрепленных этой ценной бумагой, в

¹¹ См. Положение о порядке опубликования сведений о приобретении акционерным обществом более 20 процентов голосующих акций другого акционерного общества: Утв. Постановлением ФКЦБ РФ от 14 мая 1996 года № 10 // Вестник ФКЦБ РФ. 1998. № 6.

объеме, установленном сертификатом. Эмитент несет ответственность за несовпадение данных, содержащихся в сертификате эмиссионной ценной бумаги, с данными, содержащимися в решении о выпуске ценных бумаг, в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Второй этап — регистрация выпуска эмиссионных ценных бумаг.

Регистрацию выпуска ценных бумаг осуществляют регистрирующие органы, перечень которых на территории Российской Федерации устанавливается Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг⁴. В зависимости от эмитента и общего объема номинальной стоимости ценных бумаг одного выпуска регистрацию осуществляет Министерство финансов Российской Федерации, Центральный банк Российской Федерации, Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг и ее региональные отделения.

Для регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг эмитент обязан представить следующие документы:

- заявление на регистрацию;
- решение о выпуске эмиссионных ценных бумаг;
- проспект эмиссии (если регистрация выпуска ценных бумаг сопровождается регистрацией проспекта эмиссии);
- копии учредительных документов (при эмиссии акций для создания акционерного общества);
- документы, подтверждающие разрешение уполномоченного органа исполнительной власти на осуществление выпуска эмиссионных ценных бумаг (в случаях, когда необходимость такого разрешения установлена законодательством Российской Федерации)⁵.

Эмитент и должностные лица органов управления эмитента, на которые уставом и (или) внутренними документами эмитента возложена обязанность отвечать за полноту и достоверность информации, содержащейся в указанных документах, несут ответственность за исполнение по данным обязательствам в соответствии с законодательством Российской Федерации.

При регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг этому выпуску присваивается государственный регистрационный номер. Порядок присвоения государственного регистрационного номера устанавливается регистрирующим органом⁶.

Регистрирующий орган обязан зарегистрировать выпуск эмиссионных ценных бумаг или принять мотивированное решение об отказе в регистрации не позднее чем через 30 дней с даты получения документов, представляемых на регистрацию.

Регистрирующий орган имеет право отказать в регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг. Перечень оснований для такого отказа предусмотрен ст. 21 ФЗ «О рынке ценных бумаг» и является исчерпывающим.

Основаниями для отказа в регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг являются:

- нарушение эмитентом требований законодательства Российской Федерации о ценных бумагах, в том числе наличие в представленных документах сведений, позволяющих сделать вывод о противоречии условий эмиссии и обращения эмиссионных ценных бумаг законодательству Российской Федерации и несоответствии условий выпуска эмиссионных ценных бумаг законодательству Российской Федерации о ценных бумагах;

- несоответствие представленных документов и состава содержащихся в них сведений требованиям Федерального закона «О рынке ценных бумаг»;

- внесение в проспект эмиссии или решение о выпуске ценных бумаг (в иные документы, являющиеся основанием для регистрации выпуска ценных бумаг) ложных сведений либо сведений, не соответствующих действительности (недостоверных сведений).

Решение об отказе в регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг и проспекта эмиссии может быть обжаловано в суд, если регистрация осуществляется при учреждении акционерного общества и учредителями являются физические лица, в арбитражный суд — если учредителями являются

юридические лица либо осуществляется дополнительная эмиссия ценных бумаг.

После регистрации выпуска ценных бумаг следующим этапом процедуры эмиссии является размещение их на рынке ценных бумаг.

Количество размещаемых эмиссионных ценных бумаг не должно превышать количества, указанного в учредительных документах и проспектах о выпуске ценных бумаг.

Эмитент может разместить меньшее количество эмиссионных ценных бумаг, чем указано в проспекте эмиссии. Фактическое количество размещенных ценных бумаг указывается в отчете об итогах выпуска, представляемом на регистрацию.

На любом этапе эмиссии до даты регистрации отчета об итогах выпуска ценных бумаг Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг или иной регистрирующий орган может признать выпуск несостоявшимся при наличии следующих обстоятельств:

- нарушение эмитентом в ходе эмиссии ценных бумаг требований законодательства Российской Федерации (в том числе нераскрытие эмитентом информации в соответствии с требованиями федеральных законов и правовых актов Российской Федерации, нормативных актов Федеральной комиссии; осуществление недобросовестной рекламы ценных бумаг, нарушение условий размещения ценных бумаг, установленных в решении о выпуске и (или) проспекте эмиссии; признание в судебном порядке недействительными решений уполномоченных органов эмитента о размещении или выпуске ценных бумаг; отсутствие у эмитента с числом владельцев именных ценных бумаг более 500 регистратора; другие нарушения);

- обнаружение в документах, на основании которых был зарегистрирован выпуск ценных бумаг, недостоверной информации;

- наличие нарушений порядка ведения реестра владельцев именных ценных бумаг, в том числе повлекших приостановление действия или аннулирование лицензии у регист-

ратора, осуществляющего ведение реестра владельцев имен-
ных ценных бумаг соответствующего эмитента;

- непредставление эмитентом в регистрирующий орган отчета об итогах выпуска ценных бумаг после истечения срока размещения ценных бумаг;

- отказ регистрирующего органа в регистрации отчета об итогах выпуска ценных бумаг;

- неразмещение предусмотренной решением о выпуске ценных бумаг доли, при неразмещении которой их выпуск признается несостоявшимся;

- неразмещение хотя бы одной ценной бумаги выпуска;

- в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о ценных бумагах.

Доля неразмещенных ценных бумаг из числа, указанного в проспекте эмиссии, при которой эмиссия считается несостоявшейся, устанавливается Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг.

Последствием признания эмиссии несостоявшейся является возврат инвесторам их средств, потраченных на приобретение ценных бумаг, в порядке, установленном Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг⁷.

Эмитент обязан закончить размещение выпускаемых эмиссионных ценных бумаг по истечении одного года с даты начала эмиссии, если иные сроки размещения эмиссионных ценных бумаг не установлены законодательством Российской Федерации. Необходимо отметить, что действующее законодательство не определяет, что считать датой начала эмиссии. По нашему мнению, такой датой следует считать дату принятия эмитентом решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг, поскольку принятие такого решения является первым этапом эмиссии.

Запрещается размещение ценных бумаг нового выпуска ранее чем через две недели после обеспечения всем потенциальным владельцам, то есть лицам, которые могут приобрести ценные бумаги, возможности доступа к информации о выпуске, которая должна быть раскрыта в соответствии с требованиями ФЗ «О рынке ценных бумаг» и постановлениями Фе-

деральной комиссии по рынку ценных бумаг. Информация о цене размещения ценных бумаг может раскрываться в день начала размещения ценных бумаг.

Порядок раскрытия информации — обеспечение ее доступности всем заинтересованным лицам, независимо от целей получения данной информации по процедуре, гарантирующей ее нахождение и получение, определяется главой 7 ФЗ «О рынке ценных бумаг», Положением о системе раскрытия информации на рынке ценных бумаг, утвержденным Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 9 января 1997 г. № 2, Положением о порядке и объеме раскрытия информации открытыми акционерными обществами при размещении акций и ценных бумаг, конвертируемых в акции, путем подписки, утвержденным Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 20 апреля 1998 г. № 9, Положением ЦБР от 2 июля 1998 г. № 43-П «О раскрытии информации Банком России и кредитными организациями — участниками финансовых рынков»⁸.

Эмитент, публично размещающий эмиссионные ценные бумаги, обязан осуществлять раскрытие информации о своих ценных бумагах и своей финансово-хозяйственной деятельности в следующих формах:

1. Составление ежеквартального отчета по ценным бумагам. Ежеквартальный отчет должен быть принят уполномоченным органом эмитента, представлен в Федеральную комиссию по рынку ценных бумаг или уполномоченный ею государственный орган в виде брошюры, которая предоставляется всем владельцам ценных бумаг по их требованию, за плату, не превышающую расходы на ее изготовление⁹. Ежеквартальный отчет эмитента должен содержать следующие данные:

- коды, присвоенные регистрирующим органом сообщениям о раскрытых в отчетном квартале существенных фактах, затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность эмитента;

- данные о финансово-хозяйственной деятельности эмитента: бухгалтерский баланс, счета прибылей и убытков на конец отчетного квартала;

- факты, повлекшие увеличение чистой прибыли или убытков эмитента более чем на 20 процентов в течение отчетного квартала по сравнению с предыдущим кварталом;

- данные о формировании и использовании резервного и других специальных фондов эмитента.

Ежеквартальный отчет составляется по итогам каждого завершеного квартала не позднее 30 календарных дней после его окончания. Ежеквартальный отчет должен быть утвержден уполномоченным органом эмитента.

2. Сообщение о существенных событиях и действиях, затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность эмитента. Публикуется эмитентом не позднее 5 дней с момента осуществления событий или совершения действий в печатных средствах массовой информации, распространяемых тиражом, доступным для большинства владельцев ценных бумаг эмитента¹⁰.

Сообщениями о существенных фактах, затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность эмитента, признаются сведения:

- об изменениях в списке лиц, входящих в органы управления эмитента (за исключением общего собрания участников в обществах с ограниченной ответственностью и общего собрания акционеров в акционерных обществах);

- об изменениях в размере участия лиц, входящих в органы управления эмитента, в уставном капитале эмитента, а также его дочерних и зависимых обществ и об участии этих лиц в капитале других юридических лиц, если они владеют более чем 20 процентами указанного капитала;

- об изменениях в списке владельцев (акционеров) эмитента, владеющих 20 процентами и более уставного капитала эмитента;

- об изменениях в списке юридических лиц, в которых данный эмитент владеет 20 процентами и более уставного капитала¹¹;

- о реорганизации эмитента, его дочерних и зависимых обществ;
- о начисленных и (или) выплачиваемых доходах по ценным бумагам эмитента;
- о погашении ценных бумаг;
- о выпусках ценных бумаг, приостановленных или признанных несостоявшимися;
- о появлении в реестре эмитента лица, владеющего более чем 25 процентами его эмиссионных ценных бумаг любого отдельного вида.

Запрещается при публичном размещении или обращении выпуска эмиссионных ценных бумаг предоставлять преимущество при приобретении ценных бумаг одним потенциальным владельцам перед другими. Настоящее положение не применяется в следующих случаях:

- 1) при эмиссии государственных ценных бумаг;
- 2) при предоставлении акционерам акционерных обществ преимущественного права выкупа новой эмиссии ценных бумаг в количестве, пропорциональном числу принадлежащих им **акций** в момент принятия решения об эмиссии;
- 3) при введении эмитентом ограничений на приобретение ценных бумаг нерезидентами.

Заключительным этапом эмиссии ценных бумаг является регистрация отчета об итогах выпуска.

Не позднее 30 дней после завершения размещения эмиссионных ценных бумаг эмитент обязан представить отчет об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг в регистрирующий орган.

¹² Андеррайтер — лицо, принявшее на себя обязанность разместить ценные бумаги от имени эмитента или от своего имени, но за счет и по поручению эмитента. Андеррайтерами могут быть только профессиональные участники рынка ценных бумаг, имеющие лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление брокерской деятельности.

Отчет об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг должен содержать следующую информацию:

- 1) даты начала и окончания размещения ценных бумаг;
- 2) фактическую цену размещения ценных бумаг (по видам ценных бумаг в рамках данного выпуска);
- 3) количество размещенных ценных бумаг;
- 4) общий объем поступлений за размещенные ценные бумаги, в том числе:

а) объем денежных средств в рублях, внесенных в оплату размещенных ценных бумаг;

б) объем иностранной валюты, внесенной в оплату размещенных ценных бумаг, выраженной в валюте Российской Федерации по курсу Центрального банка Российской Федерации на момент внесения;

в) объем материальных и нематериальных активов, внесенных в качестве платы за размещенные ценные бумаги, выраженных в валюте Российской Федерации.

Для акций в отчете об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг дополнительно указывается список владельцев, владеющих пакетом эмиссионных ценных бумаг, размер которого определяется Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг.

Регистрирующий орган рассматривает отчет об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг в двухнедельный срок и при отсутствии связанных с выпуском ценных бумаг нарушений регистрирует его. Регистрирующий орган отвечает за полноту зарегистрированного им отчета.

Как уже было отмечено, процедура эмиссии дополняется еще четырьмя этапами, в случае если при эмиссии, в соответствии с действующим законодательством, необходима регистрация проспекта эмиссии.

При регистрации проспекта эмиссии эмитент прежде всего осуществляет его подготовку. В соответствии со ст. 22 ФЗ «О рынке ценных бумаг» проспект эмиссии должен содержать:

- данные об эмитенте;

- данные о финансовом положении эмитента (эти сведения не указываются в проспекте эмиссии при создании акционерного общества, за исключением случаев преобразования в него юридических лиц иной организационно-правовой формы);

- сведения о предстоящем выпуске эмиссионных ценных бумаг.

Данные об эмитенте включают в себя:

а) полное и сокращенное наименование эмитента или имени и наименования учредителей;

б) юридический адрес эмитента;

в) номер и дату свидетельства о государственной регистрации в качестве юридического лица;

г) информацию о лицах, владеющих не менее чем 5 процентами уставного капитала эмитента;

д) структуру руководящих органов эмитента, указанную в его учредительных документах, в том числе список всех членов совета директоров, правления или органов управления эмитента, выполняющих аналогичные функции на момент принятия решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг, с указанием фамилии, имени, отчества, всех должностей каждого его члена в настоящее время и за последние пять лет, а также долей в уставном капитале эмитента тех из них, кто лично является его участником;

е) список всех юридических лиц, в которых эмитент обладает более чем 5 процентами уставного капитала;

ж) список всех филиалов и представительств эмитента, содержащий их полные наименования, дату и место регистрации, юридические адреса, фамилии, имена, отчества их руководителей.

В проспекте эмиссии при выпуске акций в процессе создания акционерного общества, за исключением случаев преобразования в него юридического лица иной организационно-правовой формы указываются только сведения о наименовании эмитента или его учредителях, данные о свидетельстве о государственной регистрации и юридический адрес эмитента.

Данные о финансовом положении эмитента включают:

- бухгалтерские балансы (для эмитентов, являющихся банками, бухгалтерские балансы по счетам второго порядка) и отчеты о финансовых результатах деятельности эмитента, включая отчет об использовании прибыли, по установленным формам за последние три завершенных финансовых года либо за каждый завершенный финансовый год с момента образования, если этот срок менее трех лет;

- бухгалтерский баланс эмитента (а для эмитентов, являющихся банками, бухгалтерский баланс по счетам второго порядка) по состоянию на конец последнего квартала перед принятием решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг;

- отчет о формировании и об использовании средств резервного фонда за последние три года;

- размер просроченной задолженности эмитента кредиторами и по платежам в соответствующий бюджет на дату принятия решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг;

- данные об уставном капитале эмитента (величина уставного капитала, количество ценных бумаг и их номинальная стоимость, владельцы ценных бумаг, доля которых в уставном капитале превышает установленные антимонопольным законодательством Российской Федерации нормативы);

- отчет о предыдущих выпусках эмиссионных ценных бумаг эмитента, включающий в себя виды выпущенных эмиссионных ценных бумаг, номер и дату государственной регистрации, название регистрирующего органа, объем выпуска, количество выпущенных эмиссионных ценных бумаг, условия выплаты доходов, другие права владельцев.

Сведения о предстоящем выпуске ценных бумаг должны содержать следующую информацию:

- о ценных бумагах (форма и вид ценных бумаг с указанием порядка хранения и учета прав на ценные бумаги), об общем объеме выпуска, о количестве эмиссионных ценных бумаг в выпуске;

- об эмиссии ценных бумаг (дата принятия решения о выпуске, наименование органа, принявшего решение о выпуске, ограничения на потенциальных владельцев, место, где

потенциальные владельцы могут приобрести эмиссионные ценные бумаги; при хранении сертификатов эмиссионных ценных бумаг и (или) учете прав на эмиссионные ценные бумаги в депозитарии — наименование и юридический адрес депозитария);

- о сроках начала и окончания размещения эмиссионных ценных бумаг;

- о ценах и порядке оплаты приобретаемых владельцами эмиссионных ценных бумаг;

- о профессиональных участниках рынка ценных бумаг или об их объединениях, которых предполагается привлечь к участию в размещении выпуска ценных бумаг на момент регистрации проспекта эмиссии (наименование, юридический адрес, функция, выполняемая при размещении ценных бумаг);

- о получении доходов по эмиссионным ценным бумагам (порядок выплаты доходов по эмиссионным ценным бумагам и методика определения размера доходов);

- о наименовании органа, осуществившего регистрацию выпуска эмиссионных ценных бумаг.

Подготовленный эмитентом проспект эмиссии должен быть зарегистрирован в регистрирующем органе.

Эмитент обязан обеспечить всем заинтересованным лицам доступ к информации, содержащейся в проспекте эмиссии, и опубликовать уведомление о порядке раскрытия информации в периодическом печатном издании с тиражом не менее 50 тысяч экземпляров.

Эмитент, а также профессиональные участники рынка ценных бумаг, осуществляющие размещение эмиссионных ценных бумаг, обязаны обеспечить любым потенциальным владельцам возможность доступа к раскрываемой информации до приобретения ценных бумаг.

В тех случаях, когда хотя бы один выпуск эмиссионных ценных бумаг эмитента сопровождался регистрацией проспекта эмиссии, эмитент обязан раскрыть информацию о своих ценных бумагах и своей финансово-хозяйственной деятельности.

Запрет на выпуск ценных бумаг по мотивам нецелесообразности не допускается. В регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг может быть отказано при наличии оснований, предусмотренных в статье 21 настоящего Федерального закона:

- нарушение эмитентом требований законодательства о ценных бумагах, в том числе наличие в представленных документах сведений, позволяющих сделать вывод о противоречии условий эмиссии и обращения эмиссионных ценных бумаг законодательству Российской Федерации и несоответствии условий выпуска эмиссионных ценных бумаг законодательству РФ о ценных бумагах;

- несоответствие представленных документов и состава содержащихся в них сведений требованиям ФЗ «О рынке ценных бумаг»;

- внесение в проспект эмиссии или решение о выпуске ценных бумаг (иные документы, являющиеся основанием для регистрации выпуска ценных бумаг) ложных сведений либо сведений, не соответствующих действительности (недостовверных сведений).

Выпуск эмиссионных ценных бумаг может быть приостановлен или признан несостоявшимся. При этом Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» и Постановление ФКЦБ устанавливают разные основания для такого приостановления или признания. ФЗ «О рынке ценных бумаг» указывает, что основания приостановления эмиссии и признания ее несостоявшейся являются одинаковыми. ФКЦБ делает между этими основаниями различия. По нашему мнению, поскольку понятия «приостановление эмиссии» и «признание эмиссии несостоявшейся» являются различными, то и основания каждого из этих действий регистрирующего органа не могут быть одинаковыми.

Действия, выражающиеся в нарушении процедуры эмиссии и являющиеся основанием для отказа регистрирующего органа в регистрации выпуска эмиссионных ценных бумаг, признания выпуска эмиссионных ценных бумаг несостояв-

шимися или приостановления эмиссии ФЗ «О рынке ценных бумаг», называются недобросовестной эмиссией.

В соответствии с Положением о порядке эмиссии и признания выпуска ценных бумаг несостоявшимся или недействительным, утвержденным Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 31.12.97 № 45, эмиссия ценных бумаг может быть приостановлена при обнаружении регистрирующим органом следующих нарушений:

- нарушение эмитентом в ходе эмиссии требований законодательства Российской Федерации (в том числе нераскрытие эмитентом информации в соответствии с требованиями федеральных законов и правовых актов Российской Федерации, нормативных актов Федеральной комиссии; осуществление недобросовестной рекламы ценных бумаг; нарушение условий размещения ценных бумаг, установленных в решении о выпуске и/или проспекте эмиссии; признание в судебном порядке недействительными решений уполномоченных органов эмитента о размещении или выпуске ценных бумаг; отсутствие у эмитента с числом владельцев именных ценных бумаг более 500 регистратора; другие нарушения);

- обнаружение в документах, на основании которых был зарегистрирован выпуск ценных бумаг, недостоверной информации;

- наличие нарушений порядка ведения реестра владельцев именных ценных бумаг, в том числе повлекших приостановление действия или аннулирование лицензии у регистратора, осуществляющего ведение реестра владельцев именных ценных бумаг соответствующего эмитента;

- в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о ценных бумагах.

При выявлении нарушений установленной процедуры эмиссии регистрирующий орган может также приостановить эмиссию до устранения нарушений в пределах срока размещения ценных бумаг. Возобновление эмиссии осуществляется по специальному решению регистрирующего органа.

Эмиссия ценных бумаг может быть приостановлена, а выпуск ценных бумаг признан несостоявшимся на любом этапе процедуры эмиссии ценных бумаг до даты регистрации отчета об итогах выпуска этих ценных бумаг.

До принятия решения о признании выпуска ценных бумаг несостоявшимся в целях проведения проверки эмитента или защиты прав владельцев ценных бумаг должно быть осуществлено приостановление эмиссии ценных бумаг за исключением случаев, предусмотренных Положением.

Приостановить эмиссию, признать выпуск ценных бумаг несостоявшимся, а также произвести аннулирование выпусков ценных бумаг вправе регистрирующие органы, к компетенции которых отнесена государственная регистрация выпусков ценных бумаг на территории Российской Федерации.

Федеральная комиссия вправе приостанавливать эмиссию и признавать выпуск ценных бумаг несостоявшимся, государственная регистрация выпуска которых осуществлена иным регистрирующим органом с уведомлением этого регистрирующего органа.

Федеральная комиссия, иной регистрирующий орган уведомляют о приостановлении эмиссии ценных бумаг: эмитента; андеррайтера¹² ценных бумаг, эмиссия которых приостановлена; регистратора, осуществляющего ведение реестра владельцев именных ценных бумаг, эмиссия которых приостановлена; организаторов торговли.

Уведомление о приостановлении эмиссии ценных бумаг осуществляется в срок не позднее следующего дня после даты принятия решения о приостановлении эмиссии ценных бумаг по телефону, телефаксу, с использованием иных средств электронной связи (предварительное уведомление), с обязательным направлением письменного подтверждения в срок не позднее 3 дней с даты принятия такого решения (последующее уведомление).

Если приостановление осуществляет иной регистрирующий орган, то он обязан не позднее 3 дней после даты принятия решения о приостановлении эмиссии ценных

бумаг направить копию уведомления об этом в Федеральную комиссию.

В случае принятия Федеральной комиссией решения о приостановлении эмиссии ценных бумаг Федеральная комиссия обязана направить копию уведомления об этом в иной регистрирующий орган не позднее 3 дней после даты принятия такого решения.

Уведомление о приостановлении эмиссии ценных бумаг должно содержать следующие сведения:

- наименование органа, принявшего решение о приостановлении эмиссии ценных бумаг;
- дату принятия решения о приостановлении эмиссии ценных бумаг;
- полное наименование эмитента ценных бумаг, эмиссия которых приостановлена;
- вид, категорию (тип), форму ценных бумаг, государственный регистрационный номер их выпуска, орган, осуществивший государственную регистрацию выпуска ценных бумаг, эмиссия которых приостановлена;
- основания приостановления эмиссии ценных бумаг;
- запрет совершать сделки по размещению этих ценных бумаг, запрет на осуществление рекламы ценных бумаг этого выпуска, запрет регистратору принимать передаточные распоряжения в отношении сделок по размещению ценных бумаг, эмиссия которых приостановлена, а также осуществлять иные действия, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами и правовыми актами Российской Федерации, нормативными актами Федеральной комиссии.

Федеральная комиссия, иной регистрирующий орган в срок не позднее 5 дней с даты принятия решения о приоста-

¹³ См. Положение о порядке возврата владельцам ценных бумаг денежных средств (иного имущества), полученных эмитентом в счет оплаты ценных бумаг, выпуск которых признан несостоявшимся или недействительным: Утв. Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 8 сентября 1998 г. № 36 // Вестник ФКЦБ РФ. 1998. № 7.

новлении эмиссии ценных бумаг раскрывает информацию о факте приостановления эмиссии ценных бумаг в средствах массовой информации, путем опубликования сообщения, содержащего все сведения, аналогичные сведениям, содержащимся в уведомлении.

В случае принятия решения о приостановлении эмиссии ценных бумаг орган, принявший такое решение, после установления фактов нарушения направляет эмитенту предписание об устранении нарушений законодательства Российской Федерации о ценных бумагах. Предписание должно содержать сведения, аналогичные сведениям, содержащимся в уведомлении, а также указание о необходимых мерах и сроках устранения нарушений.

Федеральная комиссия, иной регистрирующий орган вправе для выяснения всех обстоятельств, повлекших приостановление эмиссии ценных бумаг, проводить проверки и запрашивать у эмитента необходимые документы и информацию.

Эмитент, эмиссия ценных бумаг которого приостановлена, обязан в течение срока размещения, установленного в решении о выпуске ценных бумаг, либо срока, установленного в предписании, устранить нарушения и направить в орган, принявший решение о приостановлении эмиссии, а также в Федеральную комиссию отчет об устранении выявленных нарушений.

Если нарушения невозможно устранить в течение срока размещения, установленного в решении о выпуске ценных бумаг, либо в течение срока, установленного в предписании, орган, принявший решение о приостановлении эмиссии, может разрешить возобновление эмиссии при наличии обязательства со стороны эмитента устранить нарушение после регистрации отчета об итогах выпуска ценных бумаг. В этом

¹⁴ Более подробно об этих проблемах см.: Сперанский В. Недействительная и несостоявшаяся эмиссия ценных бумаг // Российская юстиция. 2000. № 2; Мельникова Е. Недобросовестная эмиссия // Рынок ценных бумаг. 1999. № 19. С. 45—48.

случае эмитент обязан представить протокол об устранении нарушений, содержащий сроки и обязанности эмитента по устранению нарушений.

В случае неисполнения эмитентом обязанности по устранению нарушений, изложенных в протоколе, Федеральная комиссия или иной регистрирующий орган могут обратиться в суд о признании выпуска недействительным.

Эмиссия ценных бумаг может быть возобновлена по письменному разрешению Федеральной комиссии или иного регистрирующего органа только по результатам рассмотрения отчета эмитента об устранении нарушений, повлекших приостановление эмиссии ценных бумаг. Указанный отчет рассматривается в срок не позднее 10 дней с даты его получения.

Федеральная комиссия или иной регистрирующий орган направляют в письменном виде в срок не позднее 3 дней с даты принятия решения уведомление о разрешении возобновления эмиссии ценных бумаг всем лицам, которые были уведомлены о приостановлении эмиссии ценных бумаг.

Письменное уведомление о разрешении возобновления эмиссии ценных бумаг должно содержать следующие сведения:

- наименование органа, принявшего решение о возобновлении эмиссии ценных бумаг;
- дату принятия решения о возобновлении эмиссии ценных бумаг;
- полное наименование эмитента ценных бумаг, эмиссия которых возобновлена;
- вид, категорию (тип), форму ценных бумаг, государственный регистрационный номер их выпуска, орган, осуществивший государственную регистрацию выпуска ценных бумаг, эмиссия которых возобновлена;
- указание на прекращение действия ограничений на совершение сделок по размещению этих ценных бумаг, на осуществление рекламы ценных бумаг этого выпуска, запрета регистратору принимать передаточные распоряжения в отношении сделок по размещению ценных бумаг, эмиссия

которых приостановлена, а также осуществление иных действий.

Орган, принявший решение о возобновлении эмиссии ценных бумаг, в срок не позднее 5 дней с даты принятия такого решения публикует информацию о факте возобновления эмиссии ценных бумаг в средствах массовой информации.

Выпуск ценных бумаг может быть признан несостоявшимся Федеральной комиссией или иным регистрирующим органом в следующих случаях:

- нарушение эмитентом в ходе эмиссии ценных бумаг требований законодательства Российской Федерации (в том числе нераскрытие эмитентом информации в соответствии с требованиями федеральных законов и правовых актов Российской Федерации, нормативных актов Федеральной комиссии; осуществление недобросовестной рекламы ценных бумаг, нарушение условий размещения ценных бумаг, установленных в решении о выпуске и/или проспекте эмиссии; признание в судебном порядке недействительными решений уполномоченных органов эмитента о размещении или выпуске ценных бумаг; отсутствие у эмитента с числом владельцев именных ценных бумаг более 500 регистратора; другие нарушения);

- обнаружение в документах, на основании которых был зарегистрирован выпуск ценных бумаг, недостоверной информации;

- наличие нарушений порядка ведения реестра владельцев именных ценных бумаг, в том числе повлекших приостановление действия или аннулирование лицензии у регистратора, осуществляющего ведение реестра владельцев именных ценных бумаг соответствующего эмитента;

- непредставление эмитентом в регистрирующий орган отчета об итогах выпуска ценных бумаг после истечения срока размещения ценных бумаг;

- отказ регистрирующего органа в регистрации отчета об итогах выпуска ценных бумаг;

- неразмещение предусмотренной решением о выпуске ценных бумаг доли, при неразмещении которой их выпуск признается несостоявшимся;

- неразмещение хотя бы одной ценной бумаги выпуска;
- в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о ценных бумагах.

Выпуск ценных бумаг может быть признан несостоявшимся Федеральной комиссией или иным регистрирующим органом также в случае, если эмитентом в указанный в предписании срок не устранены нарушения, которые явились основанием для приостановления эмиссии ценных бумаг (и которые должны были быть устранены в пределах срока размещения, установленного в решении о выпуске ценных бумаг).

В случае принятия Федеральной комиссией решения о признании выпуска ценных бумаг несостоявшимся она обязана уведомить об этом иной регистрирующий орган.

Уведомление о признании выпуска ценных бумаг несостоявшимся Федеральной комиссией осуществляется на следующий день после принятия такого решения по телефону, телефаксу, с использованием иных средств электронной связи, с обязательным направлением письменного подтверждения в срок не позднее 3 дней с даты принятия такого решения.

Федеральная комиссия и иной регистрирующий орган в случае, если это необходимо в целях защиты прав владельцев ценных бумаг, вправе признать выпуск ценных бумаг несостоявшимся без применения процедуры приостановления эмиссии ценных бумаг.

В соответствии со ст. 26 ФЗ «О рынке ценных бумаг» возможно признание выпуска эмиссионных ценных бумаг недействительным. Однако Федеральный закон не определяет основания такого признания. Данный пробел восполняется Постановлением Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 31 декабря 1997 г. № 45, в соответствии с которым выпуск ценных бумаг может быть признан недействительным по решению суда в следующих случаях:

- нарушение эмитентом в ходе эмиссии ценных бумаг требований законодательства Российской Федерации;
- обнаружение в документах, на основании которых был зарегистрирован выпуск ценных бумаг, недостоверной информации;

- в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о ценных бумагах.

Обратиться с исковым заявлением о признании выпуска ценных бумаг недействительным могут Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг, иной регистрирующий орган, орган государственной налоговой службы, прокурор, а также иные государственные органы и заинтересованные лица в случаях и в порядке, установленных законодательством Российской Федерации.

Выпуск ценных бумаг может быть признан недействительным по иску Федеральной комиссии в случаях, если:

- эмиссия ценных бумаг повлекла за собой введение в заблуждение владельцев этих ценных бумаг, имеющее существенное значение;

- цели эмиссии ценных бумаг противоречат основам правопорядка и нравственности;

- в иных случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о ценных бумагах.

При этом Федеральная комиссия вправе обратиться в суд с требованием о признании недействительным выпуска ценных бумаг, государственная регистрация которого осуществлена иным регистрирующим органом.

Регистрирующие органы вправе обратиться в суд с требованием о признании недействительными выпусков ценных бумаг эмитентов, государственная регистрация выпусков ценных бумаг которых отнесена к их компетенции.

Если решение суда о признании выпуска недействительным, принято по иску иных лиц, то при вступлении такого решения в силу эмитент ценных бумаг обязан уведомить об этом Федеральную комиссию и иной регистрирующий орган, к полномочиям которого отнесена государственная регистрация выпусков ценных бумаг данного эмитента, а также направить в указанные органы копию решения суда.

Уведомление о признании выпуска ценных бумаг недействительным осуществляется в срок не позднее следующего дня после вступления в силу такого решения суда по телефону, телефаксу, с использованием иных средств электронной

связи (предварительное уведомление), с обязательным направлением письменного подтверждения в срок не позднее 3 дней с даты вступления этого решения в силу (последующее уведомление).

Уведомление о признании выпуска ценных бумаг недействительным должно содержать следующие сведения:

- полное наименование эмитента ценных бумаг, выпуск ценных бумаг которого признан недействительным;
- наименование суда, дату принятия судебного акта о признании выпуска ценных бумаг недействительным;
- вид, категорию (тип), форму ценных бумаг, государственный регистрационный номер их выпуска, орган, осуществивший государственную регистрацию выпуска ценных бумаг, признанного недействительным;
- основания признания выпуска ценных бумаг недействительным.

Эмитент обязан в срок не позднее 5 дней с даты признания выпуска ценных бумаг недействительным опубликовать сведения об этом в средствах массовой информации.

С даты вступления в законную силу решения суда о признании выпуска ценных бумаг недействительным запрещается совершение эмитентом сделок с этими ценными бумагами.

Обязанность по уведомлению регистратора, андеррайтеров, организаторов торговли, распространителей рекламы ценных бумаг, выпуск которых признан недействительным, и ответственность за их неуведомление возлагается на эмитента этих ценных бумаг.

С даты получения предварительного уведомления о признании выпуска ценных бумаг недействительным регистратор не вправе принимать передаточные распоряжения в отношении этих ценных бумаг, а также осуществлять иные действия, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами и правовыми актами Российской Федерации, нормативными актами Федеральной комиссии.

В случае признания выпуска эмиссионных ценных бумаг недействительным все ценные бумаги данного выпуска

подлежат возврату эмитенту, а средства, полученные эмитентом от размещения этих ценных бумаг, должны быть возвращены владельцам. Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг, а также сами владельцы ценных бумаг, выпуск которых признан недействительным для возврата средств, затраченных на их приобретение, вправе обратиться в суд¹³.

Все издержки, связанные с признанием выпуска эмиссионных ценных бумаг недействительным или несостоявшимся и возвратом средств владельцам, относятся на счет эмитента.

В случае нарушения, выражающегося в выпуске ценных бумаг в обращение в количестве сверх объявленного в проспекте эмиссии, эмитент обязан обеспечить выкуп и погашение ценных бумаг, выпущенных в обращение сверх количества, объявленного к выпуску.

Если эмитент в течение двух месяцев не обеспечит выкуп и погашение ценных бумаг, выпущенных в обращение сверх количества, объявленного к выпуску, то Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг вправе обратиться в суд о взыскании средств, неосновательно полученных эмитентом. Следует отметить, что действующее законодательство не определяет, в чью пользу должны взыскиваться в этом случае средства. По нашему мнению, средства должны взыскиваться в пользу владельцев ценных бумаг, выпущенных сверх количества объявленного к выпуску.

Рассматривая вопросы недобросовестной эмиссии, хотелось бы обратить внимание на следующее. ФЗ «О рынке ценных бумаг» впервые на уровне закона закрепил понятие недобросовестной эмиссии. Вместе с тем этот закон содержит большое число норм, отсылающих к нормативным актам Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Огромное число нормативных актов Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг и пробелы в законодательстве породили немало проблем, основными из которых являются различное толкование используемых терминов, одинаковые основания признания выпуска ценных бумаг несостоявшимся и недействительным, неограниченная возможность регистрирующего органа для произвольного рассмотре-

ра результатов заключенных между эмитентом и приобретателями и исполненных ими гражданско-правовых сделок, различных круг лиц, имеющих право оспаривать эмиссию, предусмотренный постановлением ФКЦБ и круг истцов, предусмотренный законом, необходимость более четкой регламентации правовых оснований признания выпуска ценных бумаг недействительным¹⁴.

2. ВИДЫ ЭМИССИОННЫХ ЦЕННЫХ БУМАГ

Акции

Акция — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая права ее владельца на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, на участие в управлении акционерным обществом и на часть имущества, остающегося после его ликвидации (ст. 2 ФЗ РФ «О рынке ценных бумаг»).

Выпуск акций осуществляется акционерным обществом.

Акционерным обществом признается коммерческая организация, уставный капитал которой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные права участников общества (акционеров) по отношению к обществу.

Акционерное общество имеет уставный капитал, который представляет собой суммарную номинальную стоимость приобретаемых акционерами акций.

Денежная сумма, обозначенная на акции, называется номинальной стоимостью акции. Цена, по которой акция продается (покупается) на рынке ценных бумаг, именуется курсовой стоимостью акции. Эта цена отличается от цены, обо-

¹⁴ Шапкина Г.С. Арбитражно-судебная практика применения Федерального закона «Об акционерных обществах». М., 1997. С. 53.

значенной на самой акции; она может быть выше и ниже ее номинальной стоимости.

Пропорционально количеству и номиналу акций осуществляется расчет доли, причитающейся акционерам общества в случае его ликвидации.

При учреждении акционерного общества его акции размещаются среди учредителей. Ими могут быть физические и юридические лица, которые приняли решение об учреждении акционерного общества.

Государственные органы и органы местного самоуправления не могут выступать учредителями общества, если иное не установлено федеральными законами. Акционерное общество может быть учреждено одним лицом, однако оно не может иметь в качестве единственного учредителя другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица. В случае учреждения акционерного общества одним учредителем все акции данного общества должны быть приобретены его единственным учредителем.

Учредители заключают между собой письменный договор о создании общества. В договоре определяется: порядок совместной деятельности учредителей по учреждению общества; права и обязанности учредителей по созданию общества; размер уставного капитала общества; категории и типы акций, подлежащих размещению среди учредителей, а также размер и порядок их оплаты.

При учреждении общества акции должны быть полностью оплачены в течение срока, определенного уставом общества. Однако не менее 50 % уставного капитала должно быть оплачено к моменту государственной регистрации общества. Форма оплаты акций при учреждении общества определяется договором о создании акционерного общества или его уставом.

В соответствии со ст. 99 ГК РФ открытая подписка на акции акционерного общества, то есть размещение ценных бумаг среди неограниченного заранее круга лиц, не допускается до полной оплаты уставного капитала.

Таким образом, учредители акционерного общества, полностью оплатившие акции в момент учреждения акционерного общества, размещают их путем подписки, то есть на основании договоров, в том числе купли-продажи, мены, среди неограниченного заранее круга лиц.

Оплата акций может производиться не только деньгами и ценными бумагами, но и другими вещами и имущественными правами, имеющими денежную оценку. Оплата акций при их приобретении неденежными средствами осуществляется в полном размере, если иное не установлено договором о создании общества. Федеральный закон «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» (1999 г.) позволяет оплачивать открытую эмиссию акций, предусмотренную неденежными средствами, также деньгами по усмотрению инвестора. Запрещено обращение и совершение сделок с акциями до момента полной оплаты инвестором их стоимости при размещении и до регистрации отчета об итогах выпуска.

Общество может увеличить уставный капитал путем увеличения номинальной стоимости акций или размещения дополнительных акций. Дополнительные акции могут быть размещены обществом только в пределах количества объявленных акций, установленного уставом общества. Решение вопроса об увеличении уставного капитала путем размещения дополнительных акций может находиться в компетенции общего собрания акционеров или в компетенции совета директоров. Общее собрание акционеров может принять решение об увеличении уставного капитала путем размещения дополнительных акций одновременно с решением об увеличении количества объявленных акций. Совет директоров акционерного общества принимает такое решение, только если уставом общества предусмотрено наличие объявленных акций.

Решением об увеличении уставного капитала общества путем размещения дополнительных акций должно содержать сведения о количестве размещаемых дополнительных обыкновенных акций и каждого типа привилегированных акций

в пределах количества объявленных акций этой категории (типа), о сроках и условиях их размещения, в том числе о цене размещения дополнительных акций общества для акционеров, имеющих преимущественное право приобретения размещаемых акций.

Дополнительные акции, которые выпускаются обществом и подлежат оплате деньгами, должны быть оплачены при их приобретении в размере не менее 25 % номинальной стоимости.

Акция может быть выпущена как в документарной (бумажной, материальной) форме, так и в бездокументарной форме — в виде соответствующих записей на счетах. При документарной форме выпуска акций возможна замена акции сертификатом, который представляет собой свидетельство о владении названным в нем лицом определенного количества акций. При полной оплате акционер получает один сертификат на все количество приобретенных им акций. ФЗ «О рынке ценных бумаг» предусматривает, что при документарной форме ценных бумаг документами, удостоверяющими права, закрепленные ценной бумагой, являются сертификат и решение о выпуске ценных бумаг. Кроме того, действующее законодательство предусматривает специальные реквизиты только для сертификата акций. По нашему мнению, это пробел в действующем законодательстве, поскольку сертификат является производной ценной бумагой и законодатель должен в первую очередь определить реквизиты акции.

Акционерное общество может быть открытым (ОАО) или закрытым (ЗАО), что находит отражение в его уставе и наименовании.

Акционеры открытого общества могут передавать принадлежащие им акции в собственность другим лицам без согласия других акционеров этого общества.

Открытое общество вправе проводить (наряду с открытой подпиской на выпускаемые им акции) и закрытую под-

¹⁶ См.: Ценные бумаги: Учебник / Под ред. В.И. Колесникова, В.С. Торкановского. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Финансы и статистика, 2000. С. 78.

писку, за исключением случаев, когда возможность проведения закрытой подписки ограничена уставом общества или требованиями правовых актов Российской Федерации. Решение о размещении акций и ценных бумаг, конвертируемых в акции, посредством закрытой подписки на них, принимается квалифицированным большинством общего собрания акционеров. Акционерное общество обязано выкупить у противников закрытой подписки их акции, при этом акционер, не согласный с проведением закрытой подписки, вовсе не обязан продавать свои акции.

Число акционеров открытого общества не ограничено; минимальный уставный капитал такого общества должен составлять не менее тысячекратной суммы минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на дату регистрации общества. Следовательно, сумма номинальной стоимости всех выпущенных и реализованных акций должна быть не менее указанной в законе суммы (ст. 25, 26 ФЗ «Об акционерных обществах»).

Акции закрытого акционерного общества распределяются только среди его учредителей (число акционеров не должно превышать пятидесяти) или среди заранее определенного круга лиц. Если число акционеров ЗАО превысит 50 человек, общество в течение года должно преобразоваться в ОАО. Иначе общество подлежит ликвидации в судебном порядке.

Закрытое акционерное общество, минимальный уставный капитал которого не менее стократной суммы минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на дату государственной регистрации общества, не вправе проводить открытую подписку на выпускаемые им акции.

Эмитентом акций могут выступать только акционерные общества.

Эмиссия акций осуществляется:

- при акционировании, то есть при учреждении акционерного общества и размещении акций среди его учредителей;

- при увеличении размеров первоначального уставного капитала акционерного общества, то есть при последующих выпусках акций.

Государственная регистрация выпуска акций не может быть произведена до полной оплаты уставного капитала общества (за исключением выпуска акций, размещаемых среди учредителей при учреждении общества) и до регистрации отчетов об итогах всех ранее зарегистрированных выпусков акций и внесения изменений в устав АО.

Акции могут быть различных видов.

В зависимости от способа указания законного держателя ценных бумаг акции могут быть: *именными* и *на предъявителя*.

Согласно Федеральному закону «Об акционерных обществах» все акции общества являются именными. Владелец акции должен быть внесен в реестр акционерного общества. В реестре акционеров указываются сведения о каждом акционере, количестве и категориях (типах) принадлежащих ему акций, а также дата их приобретения.

Запись в реестр акционеров общества вносится по требованию акционера не позднее трех дней с момента представления документов. Не допускается отказ от внесения записи в реестр акционеров общества, за исключением случаев, предусмотренных действующим законодательством Российской Федерации. В противном случае держатель реестра не позднее пяти дней с момента предъявления требования о внесении записи в реестр направляет лицу, требующему этой записи, уведомление об отказе с указанием причин отказа.

Держателем реестра акционеров может выступать общество, которое занимается выпуском (эмитент) и размещением акций, или специализированный регистратор. Если в акционерном обществе число владельцев обыкновенных акций превышает 500 человек, то такое общество обязано поручить ведение и хранение реестра специализированному регистратору и нести ответственность за его ведение и хранение.

ФЗ «Об акционерных обществах» не предусматривает выпуска акций на предъявителя, однако ФЗ «О рынке ценных

бумаг» разрешает выпуск акций на предъявителя в определенном отношении к величине уставного капитала эмитента в соответствии с нормативом, установленным Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг. Таким образом, имеется противоречие между двумя законами. По нашему мнению, предпочтение необходимо отдать ФЗ «Об акционерных обществах», поскольку акция — это ценная бумага, выпускаемая именно акционерными обществами. ФЗ «О рынке ценных бумаг» регламентирует общий порядок выпуска и размещения всех эмиссионных ценных бумаг, в то время как ФЗ «Об акционерных обществах» — это специальный закон, учитывающий специфику акционерных обществ и выпускаемых ими ценных бумаг.

ФЗ «Об акционерных обществах» выделяет два вида акций: *размещенные* и *объявленные*. Размещенными считаются акции, уже приобретенные акционерами. Количество и номинальная стоимость их определяются уставом общества. Это фактически проданные акции, сумма их по номинальной стоимости составляет величину уставного капитала общества.

Объявленными являются акции, которые акционерное общество может выпустить дополнительно к размещенным. В этом случае уставный капитал увеличивается на размер номинальной стоимости размещенных дополнительных акций в рамках объявленных после регистрации и утверждения итогов выпуска дополнительных акций.

Данные об объявленных акциях должны содержаться в уставе общества с указанием количества и номинальной стоимости акций, которые общество вправе размещать дополнительно к первоначально размещенным, права, предоставляемые каждой категорией (типом) акций. Они включаются в устав учредителями при его утверждении в период создания общества либо общим собранием акционеров — путем внесения необходимых изменений и дополнений в этот документ.

Решения об увеличении уставного капитала общества путем размещения дополнительных акций, а также о размещении ценных бумаг, конвертируемых в акции, могут при-

ниматься как общим собранием акционеров, так и советом директоров, когда это отнесено к его компетенции, только в тех рамках, которые определены в уставе в отношении объявленных акций (ст. 27 Закона).

Количество размещаемых обществом ценных бумаг, конвертируемых в акции определенной категории, в течение срока обращения должно превышать количество объявленных акций, соответствовать категории или, по крайней мере, быть равным ему (п. 2 ст. 27 ФЗ «О акционерных обществах»).

Как верно отмечает Г.С. Шапкина, «термин «объявленные акции» носит в известной мере условный характер, до реального размещения дополнительно выпущенных акций они как ценные бумаги не существуют.

Введение этого понятия и установление порядка «объявления» акций имеет целью обеспечение определенного контроля за деятельностью органов управления по дополнительному размещению акций и других ценных бумаг (например, облигаций), конвертируемых в акции¹⁵.

В зависимости от объема прав, предоставляемых акцией ее владельцам, акции делятся на *обыкновенные* и *привилегированные*.

Каждая обыкновенная акция общества предоставляет акционеру — ее владельцу одинаковый объем прав:

- участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса по всем вопросам его компетенции;
- право на получение дивидендов;
- в случае ликвидации общества, право на получение части имущества (ст. 31 ФЗ «Об акционерных обществах»).

Указанный перечень прав, предоставляемых акционерам обыкновенной акцией, не является исчерпывающим.

Для осуществления соответствующих прав владелец обыкновенной акции должен быть включен в список акционеров, составленный на основании данных реестра общества, на дату, установленную в зависимости от указаний, содержащихся в уставе.

По законодательству РФ эта дата не может быть установлена ранее даты принятия решения о проведении общего со-

брания акционеров и более чем за 60 дней до даты проведения собрания.

Акционер общества, владеющий не менее чем 2 % голосующих акций, имеет право не позднее 30 дней после окончания финансового года общества (если уставом общества не установлен более поздний срок) внести не более двух предложений в повестку дня годового собрания акционеров, а также выдвинуть кандидатов в совет директоров и ревизионную комиссию общества в пределах количественного состава этого органа.

Голосование на общем собрании акционеров осуществляется по принципу «одна голосующая акция общества равна одному голосу», кроме случаев проведения кумулятивного голосования по выборам членов совета директоров общества.

При кумулятивном голосовании на каждую голосующую акцию должно приходиться количество голосов, равное общему числу членов совета директоров. Акционер вправе в этом случае отдать все голоса по принадлежащим ему акциям за одного кандидата, но может и распределить их между несколькими кандидатами, баллотирующимися в совет директоров. Акция не предоставляет права голоса до ее полной оплаты. Исключение составляют акции, приобретаемые учредителями при создании общества.

Другое право владельцев обыкновенных акций — право на получение дивидендов. Владельцы акций получают дивиденды до тех пор, пока общество, выпустившее акции, успешно функционирует.

Дивиденды по акциям выплачиваются из чистой прибыли общества за текущий год. Решение о выплате годовых дивидендов, их размере и форме выплаты принимается общим собранием акционеров по рекомендации совета директоров. При этом размер дивиденда не может превышать размера, рекомендованного советом директоров, однако предложенный им размер дивиденда может быть уменьшен общим собранием. В список лиц на получение годовых дивидендов должны быть включены акционеры (номинальные держате-

ли акций), внесенные в реестр акционеров общества на день составления списка лиц, имеющих право участвовать в годовом собрании акционеров.

Решение о выплате ежеквартальных и полугодовых дивидендов по акциям принимается советом директоров общества. Право получения промежуточных дивидендов имеют акционеры (номинальные держатели акций), включенные в реестр акционеров общества не позднее чем за 10 дней до даты принятия решения о выплате дивидендов.

Акционерное общество не вправе принимать решение о выплате (объявлении) дивидендов по акциям в следующих случаях:

- до полной оплаты уставного капитала общества;
- до выкупа принадлежащих акционерам акций, которые должны быть выкуплены обществом;
- если в результате выплаты дивидендов у общества могут появиться признаки несостоятельности (банкротства), а также если на момент выплаты дивидендов общество уже обладает указанными признаками;
- если стоимость чистых активов общества меньше его уставного капитала и резервного фонда (либо станет меньше их размера в результате выплаты дивидендов).

Акционерное общество также не имеет права принимать решение о выплате (объявлении) дивидендов по обыкновенным и привилегированным акциям, величина дивиденда по которым не определена, если не принято решение о выплате установленных уставом АО дивидендов по всем типам привилегированных акций в полном размере.

Дивиденды по акциям выплачиваются, как правило, деньгами. Однако уставом общества могут быть предусмотрены также выплаты дивидендов либо посредством передачи акционеру в собственность дополнительных акций и облигаций, либо путем распределения доходов в имущественной форме (как правило, общество выплачивает такие дивиденды в случае своей ликвидации).

В мировой практике существует тип обыкновенных акций, которые приравнены к привилегированным по выпла-

те дивидендов: владелец такой акции получает фиксированный, заранее установленный в соответствии с условиями выпуска дивиденд, и к этим регулярным суммам в конце года выплачивается по итогам работы корпорации еще дополнительный дивиденд (экстра-дивиденд)¹⁶. Российскому законодательству такой вид акций не известен.

Владельцы обыкновенных акций имеют право на получение части имущества в случае ликвидации общества.

Ликвидационная комиссия выявляет обязательства перед кредиторами, и после завершения расчетов с ними имущество ликвидируемого общества распределяется среди акционеров. При этом владельцы обыкновенных акций получают свою долю в имуществе ликвидируемого общества только после удовлетворения всех прочих законно предъявленных претензий. После расчетов со всеми кредиторами по требованию акционеров осуществляется выкуп акций общества.

Акционерное общество обязано информировать акционеров о наличии у них права требовать выкупа обществом принадлежащих им акций. Это право возникает у тех акционеров, которые либо не принимали участие в общем собрании акционеров, на котором рассматривались следующие вопросы, либо голосовали против принятых по ним решений:

- о реорганизации акционерного общества;
- о заключении крупной сделки, связанной с приобретением или отчуждением имущества общества стоимостью более 50 % балансовой стоимости активов общества на дату принятия такого решения;
- об увеличении уставного капитала общества без предоставления акционерам права в первую очередь приобрести выпускаемые акции.

Для того чтобы акционер имел возможность реализовать свое право требовать выкупа имеющихся у него акций, акционерное общество обязано сообщить ему о наличии у него такого права, цене и порядке выкупа. Такое сообщение направляется акционерам исполнительным органом акционерного общества, после того как совет директоров определит дату про-

ведения общего собрания с повесткой дня, содержащей вопросы, принятие решений по которым может повлечь возникновение у акционеров права требовать выкупа акций.

Требование о выкупе акций заявляется акционером письменно в течение 45 дней после принятия общим собранием таких решений. В требовании указывается место жительства (место нахождения) акционера и количество акций, которые он требует выкупить. В течение 30 дней по окончании срока, установленного для заявления требований о выкупе акций, общество обязано выкупить акции у акционеров.

Выкуп акций осуществляется по цене, указанной в сообщении о проведении общего собрания, где принимается решение о выкупе акций.

На выкуп акций общество направляет средства в размере 10 % стоимости чистых активов на дату принятия решения, которое повлекло возникновение у акционеров права требовать выкупа акций. Если количество заявлений на выкуп акций превышает то количество, которое общество может выкупить с учетом указанного ограничения, акции выкупаются пропорционально заявленным требованиям.

Акции, выкупленные обществом в случае его реорганизации, подлежат обязательному погашению при их выкупе.

Акции, выкупленные обществом в иных случаях, кроме рассмотренных, могут быть реализованы новым владельцам не позднее одного года с момента их выкупа. Акции, выкупленные обществом, поступают в его распоряжение и находятся на балансе акционерного общества. Но они являются неголосующими и, следовательно, не учитываются при подсчете голосов в определении кворума общего собрания, не предоставляют иных прав, связанных с созывом и проведением общего собрания. По этим акциям не начисляются дивиденды.

Акции должны быть реализованы в течение года с момента их выкупа. В противном случае общее собрание должно принять одно из решений:

- уменьшить уставный капитал общества путем погашения выкупленных акций. При этом нужно следить, чтобы уставный капитал не оказался меньше минимального размера,

установленного Федеральным законом «Об акционерных обществах». В противном случае общество будет подлежать ликвидации;

- не уменьшая величины уставного капитала общества, погасить выкупленные акции, но при этом увеличить номинальную стоимость акций, оставшихся в обращении. Решение о погашении акций, как правило, сопровождается одновременным решением общего собрания о повышении номинальной стоимости обращающихся акций.

После выкупа акций по требованию акционеров общество выплачивает начисленные, но невыплаченные дивиденды по привилегированным акциям, а также стоимость этих акций исходя из стоимости имущества, приходящегося на одну акцию в момент ликвидации общества (ликвидационная стоимость). Затем имущество ликвидируемого общества распределяется между владельцами обыкновенных акций.

Привилегированные акции могут быть нескольких типов с разным номиналом и неодинаковым объемом прав, предоставляемых их держателям, но привилегированные акции одного типа обязательно должны иметь одинаковую номинальную стоимость и предоставлять их владельцам одинаковый объем прав (п. 1 ст. 32 ФЗ «Об акционерных обществах»).

Закон ограничивает общее количество привилегированных акций (и их совокупную номинальную стоимость), которые могут выпускаться обществом, двадцатую пятую процентами уставного капитала общества.

Закон допускает возможность конвертации привилегированных акций определенного типа в обыкновенные акции. Такая конвертация должна быть предусмотрена в уставе, причем устав в таком случае может предусмотреть наличие права голоса по привилегированным акциям.

По общему правилу акционеры — владельцы привилегированных акций общества не имеют права голоса на общем собрании акционеров.

Привилегированные акции предоставляют владельцам право на получение фиксированного дивиденда и стоимости акций при ликвидации общества.

Размер дивиденда и стоимость акции, по которой она будет выкуплена при ликвидации общества (ликвидационная стоимость), должны быть определены в уставе АО. Размер дивиденда и ликвидационная стоимость определяются в твердой денежной сумме, либо в уставе может быть установлен порядок их определения. В уставе также должна быть установлена очередность выплаты дивидендов и ликвидационной стоимости по каждому типу привилегированных акций.

Владелец привилегированной акции имеет право участвовать в общем собрании акционеров с правом решающего голоса по следующим вопросам:

- реорганизация и ликвидация общества;
- внесение изменений и дополнений в устав общества, ограничивающих или изменяющих права акционеров — владельцев привилегированных акций.

Право голоса владелец привилегированных акций получает и в том случае, если на годовом собрании акционеров принимается решение о невыплате или неполной выплате установленных дивидендов.

Законом об акционерных обществах предусматривается выпуск одного или нескольких типов привилегированных акций. Закон выделяет два типа привилегированных акций: *кумулятивные* и *конвертируемые*.

Кумулятивными считаются такие акции, по которым невыплаченный или не полностью выплаченный дивиденд, размер которого определен в уставе, накапливается и выплачивается впоследствии. Например, если при эмиссии привилегированных акций было установлено, что дивиденд по ним выплачивается в размере 14 % к номиналу, а по решению общего собрания акционеров он в текущем году не выплачивается, то в следующем календарном периоде размер дивиденда по кумулятивной привилегированной акции составит 28 %. Выпуск таких акций может привлечь инвесторов возможно-

стью увеличения своих доходов. Купивший такую акцию имеет возможность получить дивиденды за весь период, в течение которого они не выплачивались.

Кроме того, владелец кумулятивной привилегированной акции получает право голоса на тот период, в течение которого он не получает дивиденд, и теряет это право с момента выплаты всех накопленных по указанной акции дивидендов в полном размере.

Однако такое право акционеры могут реализовать, начиная с собрания, следующего за годовым общим собранием, на котором должно было быть принято решение о выплате накопленных дивидендов по указанным акциям в полной сумме, но решение принято не было или же было принято решение о неполной выплате дивидендов.

При выпуске кумулятивных привилегированных акций эмитент обязан установить срок аккумуляции дивидендов. Это период, в течение которого дивиденды по данному типу акций могут не выплачиваться, накапливаясь к последующей выплате. В течение этого срока владелец такой акции не приобретает права голоса.

Некумулятивные привилегированные акции не позволяют накапливать невыплаченные дивиденды. Владельцы этих акций теряют дивиденды без какой-либо компенсации, если акционерное общество не объявляло их выплату.

Конвертируемые привилегированные акции могут обмениваться на обыкновенные акции или привилегированные акции иных типов данного общества на условиях, определенных в уставе общества. Условия разрабатываются при подготовке выпуска указанных акций.

Уставом общества может быть предусмотрено право голоса по акциям, если осуществляется конвертация привилегированных акций в обыкновенные. Владелец такой привилегированной акции обладает количеством голосов, не превышающим количество голосов по обыкновенным акциям, в которые может быть конвертирована принадлежащая ему привилегированная акция.

Неконвертируемые привилегированные акции не могут обмениваться на обыкновенные акции или привилегированные акции иных типов.

Облигации

В соответствии со ст. 816 ГК РФ облигацией признается ценная бумага, удостоверяющая право ее держателя на получение от лица, выпустившего облигацию, в предусмотренный ею срок номинальной стоимости облигации или иного имущественного эквивалента. Облигация предоставляет ее держателю также право на получение фиксированного в ней процента от номинальной стоимости облигации либо иные имущественные права.

Таким образом, облигация включает в себя два главных элемента:

- обязательство эмитента вернуть держателю облигации по истечении оговоренного срока сумму, указанную на лицевой стороне облигации;
- обязательство эмитента выплачивать держателю облигации фиксированный доход в виде процента от ее номинальной стоимости или иного имущественного эквивалента.

Разница между акциями и облигациями заключается в следующем:

- 1) с помощью акций формируется уставный капитал акционерного общества, а с помощью облигаций — заемный капитал;
- 2) акции могут выпускаться лишь акционерными обществами, а облигации — иными хозяйствующими, да и не только хозяйствующими (например, РФ, ее субъектами, муниципальными образованиями) субъектами;
- 3) облигации, в отличие от акций, имеют ограниченный срок обращения, по истечении которого гасятся. Акция же сохраняется в течение всего срока деятельности акционерного общества;

4) облигации имеют преимущество перед акциями при реализации имущественных прав их владельцев. Если возникает вопрос о выплате процентов по облигациям и дивидендов по акциям, то сначала выплачиваются проценты и лишь затем дивиденды;

5) при ликвидации акционерного общества акционеры получают только ту часть имущества, которая останется после выплаты всех долгов, в том числе и по облигационным займам;

6) акции предоставляют их владельцам определенный объем прав, в том числе право на участие в управлении компанией-эмитентом, облигации, будучи инструментом займа, такого права не дают.

Путем выпуска облигаций мобилизуются средства правительством, различными государственными органами и органами местного самоуправления. К организации и размещению облигационных займов прибегают и компании, когда у них возникает потребность в дополнительных финансовых средствах.

Выпуск облигаций имеет определенные привлекательные черты для компании-эмитента: посредством их размещения могут быть мобилизованы дополнительные ресурсы без угрозы вмешательства их держателей в управление финансово-хозяйственной деятельностью заемщика.

В ГК РФ выпуск и размещение облигаций рассматривается как способ заключения договора займа (ст. 816 ГК РФ). Право на эмиссию облигаций может быть предоставлено только кредитоспособным эмитентам.

Облигации имеют нарицательную (номинальную) и рыночную цену. Номинальная стоимость облигации напечатана на самой облигации и обозначает сумму, которая берется займы и подлежит возврату по истечении срока облигационного займа. Номинальная цена является базовой величиной для расчета принесенного облигацией дохода. Процент по облигации устанавливается к номиналу, прирост (уменьшение) стоимости облигации рассчитывается как разница

между номинальной стоимостью, по которой облигация будет погашена, и ценой покупки облигации.

Если для акций номинальная стоимость — величина довольно условная, акции продаются, и покупаются преимущественно по рыночной цене, то для облигаций номинальная цена является очень важным параметром, значение которого не меняется на протяжении всего срока облигационного займа. Именно по изначально фиксированной величине номинала облигации будут гаситься по окончании срока их обращения.

С момента эмиссии облигаций и до погашения они продаются и покупаются по установившимся на рынке ценам. Рыночная цена в момент эмиссии может быть ниже номинала, равна номиналу и выше номинала. В дальнейшем рыночная цена облигаций определяется исходя из ситуации, сложившейся на рынке облигаций и финансовом рынке в целом к моменту продажи, а также из двух главных элементов самого облигационного займа. Этими элементами являются:

- перспектива получить при погашении номинальную стоимость облигации (чем ближе к моменту покупки облигации срок ее погашения, тем выше ее рыночная стоимость);
- право на регулярный фиксированный доход (чем выше доход, приносимый облигацией, тем выше ее рыночная стоимость).

Рыночная цена облигации зависит и от ряда других условий, важнейшим из которых является надежность (степень риска) вложений.

Поскольку номиналы у разных облигаций существенно различаются между собой, то часто возникает необходимость в сопоставимом измерителе рыночных цен облигаций. Таким показателем является курс. Курсом облигации называется значение рыночной цены облигации, выраженное в процентах к ее номиналу.

В зарубежной литературе помимо перечисленных (номинальной и рыночной) приводится еще одна стоимостная характеристика облигаций — их выкупная цена, по кото-

рой эмитент по истечении срока займа погашает облигации. Выкупная цена может совпадать с номинальной, а может быть выше ее или, наоборот, ниже ее. Российское законодательство исключает существование выкупной цены, так как ст. 2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» закрепляет право держателя на получение от эмитента ее номинальной стоимости. Это означает, что облигации могут погашаться (выкупаться) только по номинальной стоимости.

Облигации приносят своим держателям доход, который складывается из следующих элементов:

- периодически выплачиваемых процентов;
- изменения стоимости облигации за соответствующий период;
- дохода от реинвестиций полученных процентов.

Как правило, проценты по облигациям выплачиваются 1—2 раза в год. При этом чем чаще производятся выплаты процентов, тем больший потенциальный доход приносит облигация, так как полученные процентные выплаты могут быть реинвестированы.

Размер процентов по облигациям зависит прежде всего от надежности облигаций, иначе говоря, от того, кто является ее эмитентом. Чем устойчивее компания-эмитент и надежнее облигация, тем ниже предлагаемый процент. Кроме того, существует зависимость между процентным доходом и сроком обращения облигации: чем больше отдален срок погашения, тем выше должен быть процент, и наоборот.

Облигации обладают большей, по сравнению с другими видами ценных бумаг, надежностью. Доходы по облигациям меньше подвергнуты циклическим колебаниям и не так зависимы от конъюнктуры рынка, как, например, доходы по акциям.

Облигации могут выпускаться коммерческими организациями, РФ, субъектами РФ, органами местного самоуправления.

Эмиссия облигаций и иных эмиссионных ценных бумаг некоммерческими организациями допускается только в

случаях, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, при наличии обеспечения, определенного указанными нормативными актами.

Порядок выпуска облигаций акционерными обществами регламентируется Федеральным законом «Об акционерных обществах», а обществами с ограниченной ответственностью — ФЗ от 08.02.98 № 98 «Об обществах с ограниченной ответственностью».

В соответствии с ФЗ «Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью» при выпуске облигаций обществами должны быть соблюдены следующие условия:

- номинальная стоимость всех выпущенных обществом облигаций не должна превышать размер уставного капитала общества либо величину обеспечения, предоставленного обществу третьими лицами для целей выпуска;

- выпуск облигаций допускается после полной оплаты уставного капитала;

- выпуск облигаций без обеспечения допускается на третьем году существования общества и при условии надлежащего утверждения к этому времени двух годовых балансов общества;

- общество не вправе размещать облигации, конвертируемые в акции общества, если количество объявленных акций общества меньше количества акций, право на приобретение которых предоставляют облигации.

Выпуск и размещение облигаций осуществляется по решению совета директоров общества, если уставом не определен иной порядок принятия такого решения.

В решении о выпуске облигаций должны быть четко сформулированы и определены условия их выпуска (номи-

¹⁷ См.: Ценные бумаги: Учебник / Под ред. В.И. Колесникова, В.С. Торкановского. С. 98; Рынок ценных бумаг: Учебник / Под ред. В.А. Галанова, А.И. Басова. М.: Финансы и статистика, 1996. С. 37—41.

нальная стоимость, обусловленный процент от номинала и т. д.), форма, сроки и условия погашения облигаций.

Возможно размещение облигаций (за исключением конвертируемых) частями в течение нескольких сроков (траншами), но не позднее одного года со дня утверждения решения об их выпуске. В решении о выпуске облигаций, размещаемых путем подписки, может быть определена доля (не ниже 75 % выпуска) облигаций, при неразмещении которой эмиссия данного выпуска будет считаться несостоявшейся.

Облигации в соответствии с решением об их выпуске могут погашаться как в денежной форме, так и имуществом. Погашаются облигации либо единовременно, либо в определенные сроки по сериям. В случае недостатка у акционерного общества прибыли облигации погашаются из резервного фонда, создаваемого в размере, предусмотренном обществом, но не менее 15 % его уставного капитала. Фонд формируется из чистой прибыли акционерного общества путем ежегодных отчислений в размере не менее 5 %.

Существует большое разнообразие облигаций, которые можно классифицировать по различным признакам.

1. В зависимости от эмитента различают облигации:

- государственные;
- муниципальные;
- корпораций;
- иностранные.

2. В зависимости от сроков, на которые выпускается займ, все многообразие облигаций условно можно разделить на две большие группы:

2.1. Облигации с некоторой оговоренной датой погашения, которые в свою очередь делятся:

- на краткосрочные;
- среднесрочные;
- долгосрочные.

Временные рамки, ограничивающие перечисленные облигационные группы, для каждой страны различны и определяются законодательством, действующим в этой стране, и сложившейся практикой. Например, в США к краткосрочным

обычно относят облигации со сроком обращения от 1 года до 3 лет, к среднесрочным — от 3 до 7 лет, долгосрочным — свыше 7 лет. Российское законодательство содержит указания о сроках обращения только государственных долговых обязательств.

2.2. Облигации без фиксированного срока погашения включают в себя:

- бессрочные;
- отзывные облигации — могут быть востребованы (отозваны) эмитентом до наступления срока погашения. При выпуске облигаций эмитент устанавливает условия такого востребования: по номиналу или с премией;
- облигации с правом досрочного погашения — предоставляют инвестору право на возврат облигации эмитенту до наступления срока погашения и получение за нее номинальной стоимости;
- продлеваемые облигации — предоставляют инвестору право продлить срок погашения и продолжать получать проценты в течение этого срока;
- отсроченные облигации — дают эмитенту право на отсрочку погашения.

3. В зависимости от способа обозначения владельца облигации могут быть:

- именные, право владения которыми подтверждается внесением имени владельца в текст облигации и в реестр, который ведет эмитент. Утраченные именные облигации возобновляются обществом за определенную плату;
- на предъявителя, право владения которыми подтверждается простым предъявлением облигации. Права владельца утраченной облигации на предъявителя восстанавливаются судом в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством РФ.

Облигация на предъявителя имеет, как правило, купонный лист, состоящий из нескольких купонов, на основании

¹⁸ См.: Рынок ценных бумаг: Учебник / Под ред. В.А. Галанова, А.И. Басова. С. 49.

которых производится выплата процентов. Для получения очередного процентного платежа владелец облигации предъявляет один из купонов к оплате (купон представляет собой отрывной талон, на котором напечатана процентная ставка).

Купонная ставка, то есть определенный заранее процент от номинальной стоимости, который вправе получить владелец облигации и который обязуется выплачивать эмитент, устанавливается последним в расчете на год. Вместе с тем купонная ставка может выплачиваться и чаще, например раз в полгода, раз в квартал.

По способам выплаты купонного дохода облигации подразделяются:

- на облигации с фиксированной купонной ставкой;
- облигации с плавающей купонной ставкой, когда купонная ставка зависит от уровня банковского процента;
- облигации с равномерно возрастающей купонной ставкой по годам займа. Такие облигации еще называются индексируемыми, они обычно эмитируются в условиях инфляции;
- облигации с минимальным или нулевым купоном (мелкопроцентные или беспроцентные облигации). Рыночная цена по таким облигациям устанавливается ниже номинальной, то есть предполагает скидку. Доход по этим облигациям выплачивается в момент погашения по номинальной стоимости и представляет разницу между номинальной и рыночной ценой;
- облигации с оплатой по выбору. Владелец этой облигации может доход получить как в виде купонного дохода, так и облигациями нового выпуска;
- облигации смешанного типа. Часть срока облигационного займа владелец облигации получает доход по фиксированной купонной ставке, а часть срока — по плавающей ставке.

4. По целям облигационного займа облигации подразделяются:

- на обычные, выпускаемые для рефинансирования имеющейся у эмитента задолженности или для привлечения до-

полнительных финансовых ресурсов, которые будут использованы на проведение различных многочисленных мероприятий;

- целевые, средства от продажи которых направляются на финансирование конкретных инвестиционных проектов или конкретных мероприятий (например, строительство моста, проведение телефонной сети и т. п.).

5. По методу погашения номинала могут быть:

- облигации, погашение номинала которых производится разовым платежом;

- облигации с распределенным по времени погашением, когда за определенный отрезок времени погашается некоторая доля номинала;

- облигации с последовательным погашением фиксированной доли общего количества облигаций (лотерейные или тиражные займы).

6. В зависимости от того, какие выплаты производятся эмитентом по облигационному займу, различают:

- облигации, по которым производится только выплата процентов, а капитал не возвращается, точнее, эмитент указывает на возможность их выкупа, не связывая себя конкретным сроком. К этой группе облигаций бессрочного займа относятся, например, английские консоли, выпущенные еще в середине XVIII века и обращающиеся до настоящего времени;

- облигации, по которым лишь возвращается капитал по номинальной стоимости, но не выплачиваются проценты. Это так называемые облигации с нулевым купоном;

- облигации, по которым проценты не выплачиваются до момента погашения облигации, а при погашении инвестор получает номинальную стоимость облигации и совокупный процентный доход. К таким облигациям можно отнести сберегательные сертификаты серии Е, выпускаемые в США;

¹⁹ См.: Там же. С. 53—55.

²⁰ См.: Ценные бумаги: Учебник / Под ред. В.И. Колесникова, В.С. Торкановского. С. 105.

- облигации, по которым возвращается капитал по номинальной стоимости, а выплата процентов не гарантируется и находится в прямой зависимости от результатов деятельности компании-эмитента, то есть от того, получает компания прибыль или нет;

- облигации, дающие право их владельцам на получение периодически выплачиваемого фиксированного дохода и номинальной стоимости облигации — в будущем, при ее погашении. Этот вид облигаций наиболее распространен в современной практике во всех странах.

7. По характеру обращения облигации бывают:

- неконвертируемые;

- конвертируемые, предоставляющие их владельцу право обменивать их на акции того же эмитента (как на обыкновенные, так и на привилегированные) по определенной цене и в определенный срок. Важное значение для держателей конвертируемых облигаций имеют конверсионный коэффициент и конверсионная цена. Конверсионный коэффициент показывает, какое количество акций можно получить в обмен на такую облигацию. Конверсионный коэффициент 10 : 1 означает, что при конверсии одной облигации можно получить 10 акций. Конверсионная цена представляет собой отношение номинальной цены облигации, например 100000 рублей, к конверсионному проценту (10) и в данном случае равняется 10000 рублей.

8. В зависимости от обеспечения облигации делятся на два класса:

8.1. Обеспеченные залогом:

- обеспечиваются физическими активами: в виде имущества или иного вещного права; в виде оборудования (облигации с подобным залогом чаще всего выпускаются транспортными организациями, которые в качестве обеспечения используют суда, самолеты и т. п.).

Облигации под залог физических активов (как в виде вещного имущества, так и в виде оборудования) включают в себя: облигации под первый заклад; второзакладные облигации, или облигации под второй заклад.

Облигации под второй заклад стоят на втором месте после первозакладных и называются еще общезакладными;

- облигации с залогом фондовых бумаг — обеспечиваются находящимися в собственности эмитента ценными бумагами какой-либо другой компании (не эмитента);

- облигации с залогом пула закладных (ипотек). Такие же облигации выпускаются кредитором, на обеспечении у которого находится пул ипотек под выданные им ссуды под недвижимость. Поступление платежей по этим ссудам является источником погашения и выплаты процентов по облигационному займу, обеспеченному пулом закладных.

8.2. Необеспеченные залогом:

- облигации, не обеспеченные какими-либо материальными активами. Они подкрепляются обещанием этой компании выплатить проценты и возместить всю сумму займа по наступлении срока погашения;

- облигации под конкретный вид доходов эмитента. По этим облигациям эмитент обязуется выплачивать проценты и погашать займ за счет каких-либо конкретных доходов;

- облигации под конкретный инвестиционный проект. Средства, полученные от реализации данных облигаций, направляются эмитентом на финансирование какого-либо инвестиционного проекта. Доходы, полученные от реализации этого проекта, эмитент использует на погашение займа и выплату процентов;

- гарантированные облигации. Облигации не обеспечиваются залогом, но выполнение обязательств по займу гарантируется не компанией-эмитентом, а другими компаниями. Чаще всего гарантом является более сильная с экономической точки зрения компания, что делает данные облигации более надежными;

- облигации с распределенной или переданной ответственностью. По этим облигациям обязательства по данному

²¹ См.: Там же.

²² См.: Там же.

займу либо распределяются между некоторым числом компаний, включая эмитента, либо целиком принимают на себя другие компании, исключая эмитента;

- застрахованные облигации. Данный облигационный займ компания-эмитент страхует в частной страховой компании на случай возникновения каких-либо затруднений в выполнении обязательств по этому займу.

9. В зависимости от степени защищенности вложений инвесторов различают:

- облигации, достойные инвестиций, — надежные облигации, выпускаемые компаниями с твердой репутацией, имеющие хорошее обеспечение;

- макулатурные облигации, носящие спекулятивный характер¹⁷.

Государственные ценные бумаги и их виды (ГКО, ОФЗ, КО, ОВВЗ, ОГСЗ)

Государственные ценные бумаги — это долговые ценные бумаги, эмитентом которых выступает государство.

Каждая государственная ценная бумага получает свое собственное название, позволяющее отличать ее от других видов ценных бумаг.

Выпуском в обращение ценных бумаг государство пытается решать следующие задачи:

- *финансирование дефицита государственного бюджета* на неинфляционной основе, то есть без дополнительного выпуска денег в обращение;

- *финансирование целевых государственных программ* в области жилищного строительства, инфраструктуры, социального обеспечения и т. п.;

- *регулирование экономической активности*: денежной массы в обращении, воздействие на цены и инфляцию, на расходы и направления инвестирования, экономический рост, платежный баланс и т. д.

Ценные бумаги государства должны иметь, как правило, два очень крупных преимущества перед любыми другими ценными бумагами и активами: во-первых, *самый высокий относительный уровень надежности* для вложения средств и соответственно минимальный риск потери основного капитала и доходов по нему, во-вторых, *наиболее льготное налогообложение* по сравнению с другими ценными бумагами или направлениями вложений капитала. Часто на ГЦБ отсутствуют налоги на операции с ними и на получаемые доходы.

К сожалению, в нашей стране указанные преимущества не всегда имеются при выпуске государственных ценных бумаг.

Размещение государственных ценных бумаг обычно осуществляется:

- *через центральные банки или министерства финансов.* Основными инвесторами в зависимости от вида выпускаемых облигаций являются: население, пенсионные и страховые компании и фонды, банки, инвестиционные компании и фонды;

- *в бумажной (бланковой) или безбумажной формах (в виде записей на счетах в уполномоченных депозитариях;*

- *разнообразными методами:* аукционные торги, открытая продажа всем желающим по установленным ценам, закрытое распространение среди определенного круга инвесторов и т. д.

Все выпускаемые государством ценные бумаги можно классифицировать по различным основаниям:

по виду эмитента:

- ценные бумаги центрального правительства;
- ценные бумаги субъектов РФ;
- ценные бумаги государственных учреждений;
- ценные бумаги, которым придан статус государственных;

по форме обращаемости:

²³ См.: Там же.

- ценные бумаги, обращение которых не ограничено;
 - ценные бумаги, ограниченные в обращении;
- по срокам обращения:
- краткосрочные, выпускаемые на срок обычно до 1 года;
 - среднесрочные, выпускаемые на срок обычно от 1 до 5—10 лет;
 - долгосрочные, то есть выпускаемые на срок обычно свыше 10—15 лет;
- по способу выплаты (получения) доходов:
- процентные ценные бумаги;
 - дисконтные ценные бумаги, которые размещаются по цене ниже номинальной, и эта разница (дисконт) образует доход по облигации;
 - индексируемые облигации, номинальная стоимость которых возрастает, например, на индекс инфляции;
 - выигрышные, доход по которым выплачивается в форме выигрышей;
 - комбинированные облигации, по которым доход образуется за счет комбинации ранее перечисленных способов¹⁸.

Государственные краткосрочные бескупонные облигации (ГКО)

В начале 1992 года Банк России приступил к разработке и осуществлению проекта по созданию современного рынка государственных ценных бумаг в России, который был бы способен выполнять функции, свойственные аналогичным рынкам в странах с рыночной экономикой. При этом предполагалось значительно сократить объемы, а впоследствии отказаться от прямого кредитования Министерства финансов РФ. В ходе этой работы к началу 1993 года были созданы условия для полноценного функционирования рынка государственных облигаций.

Выпуск облигаций решено было начать с эмиссии ценных бумаг со сроком обращения, равным трем месяцам, постепенно вводя новые финансовые инструменты большого срока обращения. Эти ценные бумаги получили название государственных краткосрочных бескупонных облигаций

(ГКО). При этом для всех видов операций было решено использовать электронную безбумажную технологию.

Был разработан пакет нормативных документов, которые регулировали весь спектр правовых отношений участников, все стороны технологии размещения ГКО, погашения облигаций, вторичных торгов, работы депозитария и проведения расчетов. На Московской межбанковской валютной бирже была развернута компьютерная система, обеспечивающая проведение такого рода торгов. Под функционирование рынка была создана соответствующая инфраструктура. Ее компонентами являлись:

- Министерство финансов РФ, выступающее эмитентом ГКО;

- Банк России, выполняющий функции агента Министерства финансов РФ по обслуживанию выпуска, дилера, контролирующего органа и организатора рыночных расчетов;

- более 170 официальных дилеров, осуществляющих на рынке собственные и брокерские операции;

- Московская межбанковская валютная биржа, выполняющая функции торговой системы, расчетной системы и депозитария.

Министерство финансов РФ, выпуская в обращение ГКО, получало денежные средства, необходимые для финансирования бюджетного дефицита. Эти средства заимствовались на рыночных условиях. С ростом масштабов рынка постоянно увеличивались объемы средств, привлекаемых эмитентом.

Банк России обеспечивал организационную сторону функционирования рынка ГКО: проводил размещение и погашение облигаций, подготовку необходимых документов и перечисление денежных средств на счет Министерства финансов РФ. Кроме того, Банк России активно участвовал в работе рынка ГКО в качестве дилера.

В качестве официальных дилеров выступали коммерческие банки, финансовые компании, брокерские фирмы, которые преследовали на рынке ГКО свои собственные инвести-

⁴ См.: Рынок ценных бумаг: Учебник / Под ред. В.А. Галанова, А.И. Басова. М., 1996. С. 60—64.

ционные цели и цели своих клиентов. В качестве клиентов выступали российские и иностранные юридические и физические лица¹⁹.

Первоначально ГКО были для государства эффективны. Однако по мере роста объема эмиссии ГКО, росли и расходы бюджета на обслуживание этого долга. К лету 1998 г. они достигли примерно 1/3 всех доходов бюджета. Стало очевидно, что государство не может нести подобные расходы и ситуация вышла из-под контроля. Весной 1998 г. началось бегство нерезидентов с рынка ГКО (им принадлежало 30 % всей эмиссии ГКО). Объявленный 17 августа 1998 г. дефолт по ГКО нанес сильнейший удар по коммерческим банкам (общая сумма инвестиций которых в ГКО превышала 30 млрд руб.). Многие инвесторы, в том числе и физические лица, были разорены. Рынок ГКО практически перестал существовать²⁰.

Облигации федерального займа с переменным купонным процентом (ОФЗ)

Эти облигации выпускались в соответствии с Генеральными условиями выпуска и обращения облигаций федеральных займов, утвержденными постановлением Правительства РФ № 458 от 15 мая 1995 г. ОФЗ с переменным купонным доходом являлись именными среднесрочными государственными ценными бумагами и предоставляли их владельцам право на получение номинальной стоимости облигации при ее погашении и на получение купонного дохода в виде процента к номинальной стоимости облигации.

Эмитентом выступало Министерство финансов РФ, устанавливающее для каждого отдельного выпуска облигаций его объем, порядок расчета купонного дохода, определявшегося на основе доходности по ГКО, дату размещения, дату погашения, сроки выплаты купонного дохода, а также ограничения для потенциальных владельцев.

²⁵ Письмо ЦБР от 10 февраля 1992 г. № 14-3-20 // Нормативные акты по банковской деятельности. Вып. 4—5. М., 1994.

Величина купонного дохода рассчитывается отдельно для каждого периода его выплаты и объявляется по первому купону не позднее чем за семь дней до даты начала размещения, по следующим купонам, включая последний, — не позднее чем за семь дней до даты выплаты дохода по предшествующему купону. Все операции с ОФЗ, включая расчеты и учет прав на облигации, осуществляются через учреждения Банка России. Размещение ОФЗ, как и ГКО, производится на аукционе через уполномоченных дилеров, а вторичные торги — на ММВБ. Первый выпуск ОФЗ со сроком обращения 378 дней состоялся в июне 1995 г.

Разразившийся в августе 1998 г. финансовый кризис, последовавший за ним дефолт, приостановили функционирование рынка ОФЗ.

Государственный сберегательный займ (ГСЗ) был выпущен в обращение в августе 1995 г. Объем займа — 10 трлн руб., которые государство намерено было получить до 1998 г., выпустив его облигации десятью сериями по 1 трлн руб. каждая (владельцы облигаций Российского внутреннего выигрышного займа 1992 г. имеют право обменять их на облигации нового займа). ГСЗ выпускался в документарной форме, в виде облигаций на предъявителя, с процентным доходом, который для первого их выпуска был равен 102,7 % годовых. Облигации займа свободны в обращении, их владельцами могут быть как юридические, так и физические лица (резиденты и нерезиденты). Номиналы облигаций — 100 и 500 тыс. неденоминированных рублей.

«Расчетная» цена облигаций ГСЗ зависит от дня покупки и определяется как сумма номинальной цены и накопленного на день совершения операции купонного дохода. Естественно, что рыночная цена будет отличаться от расчетной (на нее влияют различные факторы).

Рынок ГСЗ переживает в настоящее время немалые трудности. Хотя выплаты по ГСЗ продолжаются, кризисные моменты на этом рынке, связанные с общим экономическим по-

ложением страны и инфляцией, нарастают. Перспективы его остаются неясными²¹.

Казначейские обязательства (КО)

Возникновение их связано с ростом задолженности государства предприятиям различных отраслей хозяйства и форм собственности. К марту 1994 г. задолженность составила около 11 трлн руб., при этом каждый рубль государственного долга стимулировал 2—3 руб. долгов самих предприятий. Чтобы решить эту проблему, не прибегая к инфляционным методам, Правительство РФ поставило целью переоформить 10 % этой задолженности в особые долговые ценные бумаги. Такими бумагами стали КО.

КО выпускаются сроком на один год в безбумажной форме — в виде записей на счетах «депо» в уполномоченных депозитариях. Время с момента выпуска до начала погашения варьируется от 50 до 360 дней в зависимости от серии. По всем сериям КО установлен единый доход — 40 % годовых.

Владельцы КО вправе производить с ними следующие операции: погашать кредиторскую задолженность, оплачивать без ограничений товары и услуги, продавать их юридическим и физическим лицам-резидентам, совершать залоговые операции, обменивать на казначейские налоговые освобождения и, наконец, погашать с получением процентов. Для выполнения большей части этих операций КО должны пройти определенное для каждой серии количество индоссаментов (3—5). Выпуск КО начался в сентябре 1994 г., к 1 июня 1995 г. в обращении находилось КО на сумму 46 трлн руб.

Рынок КО просуществовал недолго. Заменяя в обращении наличные деньги, КО усиливали инфляцию. Поэтому их выпуск, в том числе по требованию МВФ, был прекращен и они исчезли из обращения²².

Облигации внутреннего валютного займа (ОВВЗ)

В результате банкротства Внешэкономбанка СССР (ВЭБ) на его счетах оказались «замороженными» средства юриди-

ческих и физических лиц. Согласно Указу Президента РФ, задолженность ВЭБ перед юридическими лицами покрывалась облигациями внутреннего валютного займа со сроком погашения от 1 года до 15 лет. Выпущен заем был в мае 1993 г. общим объемом 7,9 млрд долл. Номинал облигаций: 1000, 10000 и 100000 долл. Облигации были выпущены пятью сериями. Облигации ВЭБ выпускают документарными бумагами на предъявителя. Эмитент облигации — Министерство финансов РФ. Частью каждой облигации является комплект купонов, по которым производятся годовые выплаты процентов. Купонная ставка — 3 % годовых — выплачивается 14 мая каждого года.

На 1 июня 1995 г. было размещено облигаций на сумму 7,4 млрд долл. При обмене вкладов ВЭБ на облигации преимущество было отдано коммерческим банкам, совместным предприятиям и благотворительным фондам: им были выданы облигации ближних серий. Торговля облигациями ВЭБ производится как в России, так и за рубежом.

В 1997 г. ежемесячный объем этой торговли на межбанковском рынке составлял 8,5—9,5 млрд долл. (общий объем эмиссии облигаций достиг к этому времени 13,6 млрд долл.). Главные участники торговли — иностранные инвесторы.

Азиатский, а затем и российский финансовые кризисы 1998 г. сильно отразились на рынке ОВВЗ: инвестированный в эти облигации иностранный капитал стал уходить в более благополучные регионы. Сейчас само существование этого рынка поставлено под сомнение. Если ситуация не изменится, не будет дополнительных эмиссий, то рынок ОВВЗ исчезнет сам собой.

Рассмотренные государственные ценные бумаги являются главными, но не единственными бумагами подобного рода на российском фондовом рынке. Постепенно уходят из обращения ценные бумаги СССР и Российского внутреннего выигрышного займа 1992 г. Рынок государственных ценных бумаг в России всегда будет подвижным, отражающим существующие в стране экономические и политические реалии.

Об этом свидетельствует финансовый кризис, разразившийся в августе 1998 г. Он был связан прежде всего с ростом дефицита бюджета и увеличением государственного долга. Летом 1998 г. долг достиг 80 % к уровню ВВП, а его процентное обслуживание — 35 % всех доходов бюджета. Подобное бремя страна не могла нести. Неизбежными стали девальвация рубля и дефолт по внутренним и внешним долгам государства. Для рынка ценных бумаг это означало катастрофу. Все виды государственных ценных бумаг оказались обесцененными, а доверие инвесторов к ним было подорвано. Кризис рынка государственных ценных бумаг принял затянувшийся характер, подорвал банковскую систему страны, ухудшил положение населения.

В настоящее время правительством предприняты попытки восстановить доверие и вернуть в обращение некоторые ценные бумаги²³.

Муниципальные ценные бумаги

Муниципальные ценные бумаги — это способ привлечения финансовых ресурсов органами местного самоуправления государственной власти в случае дефицита местного бюджета или на внебюджетные цели путем выпуска долговых ценных бумаг.

Цели. Местные органы власти могут привлекать дополнительные финансовые средства на цели, обусловленные функциями этих органов, которые группируются следующим образом:

- покрытие временного дефицита местного бюджета;
- финансирование бесприбыльных объектов, требующих единовременных крупных средств, которыми не располагает местный бюджет: строительство, реконструкция и ремонт объектов социального назначения (школы, больницы, музеи, библиотеки и др.).

²⁶ Порядок ведения бухгалтерского учета операций, связанных с выпуском и погашением, кредитными организациями сберегательных и депозитных сертификатов установлен в Положении ЦБР от 30 декабря 1999 г. № 103-П, вступающем в силу с 1 марта 2000 г. Использовано по системе ГАРАНТ.

теки и т. п.); строительство, реконструкция и ремонт объектов местной инфраструктуры (дороги, мосты, водосети и т. п.);

- финансирование прибыльных проектов, вложения в которые окупаются в течение нескольких лет за счет получаемой ими прибыли;

- финансирование проектов строительства, ремонта и реконструкции жилья, как правило, на основе их самоокупаемости, то есть затраты компенсируются выручкой от продажи всего или части построенного жилищного фонда.

Формы муниципальных займов. Существуют две главные формы муниципальных займов:

- выпуск муниципальных ценных бумаг;
- кредит.

Муниципальные ценные бумаги обычно выпускаются в виде муниципальных облигаций, реже — векселей, что противоречит юридической природе векселя, так как он является не эмиссионной ценной бумагой.

Кредиты могут предоставляться либо по бюджетной линии — бюджетные кредиты вышестоящих бюджетов, либо коммерческими банками. В последнем случае кредиты местным органам власти обычно не отличаются от аналогичных кредитов другим предприятиям и организациям.

При выборе формы займа решающее значение имеет, с одной стороны, его стоимость, то есть та плата, которую местный орган власти должен заплатить за привлекаемые ресурсы, а с другой — наличие в нужных размерах финансовых ресурсов на соответствующем рынке капиталов.

В мировой практике выпуск муниципальных ценных бумаг является основной формой муниципального займа, поскольку это обходится дешевле, чем кредит в коммерческих банках, за счет предоставляемых по этим ценным бумагам налоговых льгот.

Муниципальные ценные бумаги имеют статус государственных ценных бумаг с точки зрения вопросов налогообложения для юридических и физических лиц, а также порядка эмиссии и обращения.

Инвесторы. Основными покупателями муниципальных ценных бумаг выступают: местное население, коммерческие

банки, страховые и пенсионные фонды, другие организации и предприятия.

Механизм выпуска и обращения. Решение о муниципальном займе и форме его выпуска, обычно в форме муниципальных облигаций, принимает руководящий орган местного самоуправления. Размещение муниципального облигационного займа осуществляется через посредство одного или нескольких уполномоченных на это коммерческих банков или других коммерческих структур. Выбор таких посредников для размещения муниципальных займов должен осуществляться на конкурсной основе с учетом минимизации расходов местного органа власти на выпуск и обращение облигаций. Уполномоченный банк (или банки) через свои отделения, отделения других банков или другие финансовые компании, с которыми он в свою очередь заключает договоры на размещение муниципального займа, реализует муниципальные облигации их конечным держателям, в первую очередь населению, различного рода финансовым фондам и др. Обычно муниципальные облигации являются свободно обращаемыми, то есть их держатели могут свободно продавать и покупать облигации на биржевом или внебиржевом рынках ценных бумаг в течение всего срока, на который выпущен облигационный займ. По окончании срока облигации выкупаются (погашаются) эмитентом по их нарицательной стоимости (с выплатой соответствующего дохода, если это предусмотрено условиями займа).

На муниципальные облигации распространяются положения, касающиеся облигаций вообще как одного из видов ценных бумаг. Размещение их осуществляется в соответствии с действующим законодательством (закрытая или открытая подписка), и эти облигации наравне с другими ценными бумагами могут продаваться и покупаться на соответствующем биржевом или внебиржевом рынке²⁴.

Сберегательный и депозитный сертификат

Понятие, условия выпуска и обращения сберегательных (депозитных) сертификатов определяются ст. 844 ГК РФ и

Письмом ЦБР от 10 февраля 1992 г. № 14-3-20, утвердившем Положение «О сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций» (в редакции от 31 августа 1998 г.)²⁵.

Положением устанавливаются единые для всех кредитных организаций Российской Федерации правила по выпуску и оформлению сберегательных и депозитных сертификатов.

В соответствии со ст. 844 сберегательный (депозитный) сертификат является ценной бумагой, удостоверяющей сумму вклада, внесенного в банк, и права вкладчика (держателя сертификата) на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в банке, выдавшем сертификат, или в любом филиале этого банка.

Необходимо отметить, что понятие сберегательного (депозитного) сертификата, изложенное в ГК РФ, и понятие сберегательного (депозитного) сертификата, изложенное в Положении ЦБР, отличаются. Согласно ГК РФ эмитентом сберегательного (депозитного) сертификата является банк, а согласно Положению — кредитная организация. Понятие «банк» и «кредитная организация» не являются тождественными.

Кредитная организация — юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные федеральным законом. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

Банк — кредитная организация, которая имеет 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.

Таким образом, понятие «кредитная организация» является более широким, чем понятие «банк». Помимо банков, суще-

ствуют еще и небанковские кредитные организации, которые могут осуществлять только строго определенные операции.

Право выдачи сберегательного сертификата предоставляется банкам при следующих условиях:

- осуществление банковской деятельности в течении не менее двух лет;

- публикации годовой отчетности (баланса и отчета о прибылях и убытках), подтвержденной аудиторской фирмой;

- соблюдение банковского законодательства и нормативных актов Банка России;

- выполнение обязательных экономических нормативов;

- наличие резервного фонда в размере не менее 15 процентов от фактически оплаченного уставного капитала;

- выполнение обязательных резервных требований.

Кредитная организация вправе размещать сберегательные (деPOSITные) сертификаты только после регистрации условий выпуска и обращения сертификатов (далее — «условия выпуска») в территориальном учреждении Банка России (Главном управлении, Национальном банке, Операционном управлении-2 при Банке России: далее — «регистрирующие органы») и внесения их в Реестр условий выпуска и обращения сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организаций в Департаменте контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России.

Для регистрации условий выпуска кредитная организация должна представить в регистрирующий орган следующие документы:

- условия выпуска и обращения сертификатов;

- бланк сертификата;

- нотариально заверенную копию лицензии кредитной организации на осуществление банковских операций;

- свидетельство о государственной регистрации кредитной организации (при выпуске сберегательных сертификатов);

²⁷ См.: Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный). 2-е изд., испр. и доп. / Рук. авт. кол. и отв. ред. проф. О.Н. Садилов. М.: НОР-МА, 1997. С. 413—414.

- баланс и расчет обязательных экономических нормативов на последнюю отчетную дату перед принятием решения о выпуске сертификатов.

Кредитная организация, выпускающая сертификаты, должна утвердить условия выпуска и обращения своих сертификатов.

Условия выпуска представляются для каждого типа сертификатов отдельно.

Страницы условий выпуска и бланк сертификата должны быть пронумерованы, прошнурованы и скреплены печатью кредитной организации.

На бланке сертификата должны содержаться следующие обязательные реквизиты:

- наименование «сберегательный (или депозитный) сертификат»;

- номер и серия сертификата;

- дата внесения вклада или депозита;

- размер вклада или депозита, оформленного сертификатом (прописью и цифрами);

- безусловное обязательство кредитной организации вернуть сумму, внесенную в депозит или на вклад, и выплатить причитающиеся проценты;

- дата востребования суммы по сертификату;

- ставка процента за пользование депозитом или вкладом;

- сумма причитающихся процентов (прописью и цифрами);

- ставка процента при досрочном предъявлении сертификата к оплате;

- наименование, местонахождение и корреспондентский счет кредитной организации, открытый в Банке России;

- для именного сертификата: наименование и местонахождение вкладчика — юридического лица и фамилия, имя, отчество и паспортные данные вкладчика — физического лица;

- подписи двух лиц, уполномоченных кредитной организацией на подписание такого рода обязательств, скрепленные печатью кредитной организации.

Отсутствие в тексте бланка сертификата какого-либо из обязательных реквизитов делает этот сертификат недействительным.

Кредитная организация, выпускающая сертификат, может включить в него иные дополнительные условия и реквизиты, которые не противоречат законодательству Российской Федерации, вышеназванному Положению и содержанию обязательных реквизитов.

Именной сберегательный (депозитный) сертификат должен иметь место для оформления уступки требования (цессии), а также может иметь дополнительные листы — приложения к именному сертификату, на которых оформляются цессии.

Дополнительные листы (приложения), являющиеся принадлежностью сертификата, должны быть пронумерованы.

Бланк сертификата должен содержать все основные условия выпуска, оплаты и обращения сертификата (условия и порядок уступки требования), восстановления прав по сертификату при его утрате.

Изготовление бланков сберегательных и депозитных сертификатов, как именных, так и на предъявителя, а также дополнительных листов (приложений) к именным сертификатам производится только полиграфическими предприятиями, получившими от Министерства финансов Российской Федерации лицензию на производство бланков ценных бумаг в соответствии с техническими требованиями к ценным бумагам и их реквизитам, установленными Министерством финансов Российской Федерации. Бланки приложений к именному сертификату изготавливаются одновременно с бланком сертификата.

Бланк сертификата заполняется кредитной организацией на пишущей машинке или от руки чернилами, шариковой ручкой или типографским способом. Сумма прописью должна начинаться с прописной буквы в начале строки. Слово «рублей» указывается вслед за суммой прописью без оставления свободного места. В случае расхождения в обозначении сумм прописью и цифрами действительной считается сумма прописью.

Проставление подписей и печатей кредитной организации на сертификате типографским способом не допускается.

Сертификаты должны иметь корешки, составляемые по форме, определенной положением, утвержденным письмом ЦБ РФ от 10.02.92 № 14-3-20 (в ред. от 31.08.98).

При выписке сертификата кредитная организация заполняет все реквизиты корешка сертификата. Корешок сертификата подписывается владельцем сертификата или его уполномоченным лицом согласно доверенности, оформленной в соответствии с действующим законодательством, отделяется от сертификата и хранится кредитной организацией.

Хранение бланков сертификатов и дополнительных листов (приложений) к именным сертификатам осуществляется кредитной организацией в порядке, установленном нормативными актами Банка России.

Поправки и пометки при заполнении сертификата не допускаются.

Исправление ошибки при оформлении цессии именного депозитного сертификата должно быть подтверждено надписью «Исправлено» с проставлением даты исправления, заверено подписями и печатями cedenta и цессионария.

Внесение исправлений при оформлении цессии именного сберегательного сертификата оформляется нотариально либо в кредитной организации, выдавшей сертификат.

Учет бланков сертификатов, а также операций, совершаемых с сертификатами, осуществляется в соответствии с Правилами ведения бухгалтерского учета в кредитных организациях, расположенных на территории Российской Федерации, утвержденными Банком России²⁶.

Условия выпуска должны содержать ссылку на дату принятия решения о выпуске сертификатов и наименование органа кредитной организации, принявшего такое решение и утвердившего данные условия, быть подписаны ее руководителем и в двухнедельный срок с даты принятия решения о выпуске представлены в трех экземплярах в регистрирующие органы по месту нахождения корреспондентского счета кредитной организации.

Срок рассмотрения условий выпуска регистрирующим органом, а также документов, поданных в соответствии с Положением, не должен превышать двух недель.

В случае возврата регистрационных документов на доработку срок рассмотрения доработанных документов начинается исчисляться заново с момента представления доработанных документов в регистрирующий орган.

Внесение изменений и/или дополнений в зарегистрированные территориальными учреждениями Банка России условия выпуска и/или макет бланка сертификата кредитными организациями производится путем регистрации новых условий выпуска согласно Положения.

С момента регистрации новых условий выпуска сертификатов кредитная организация не вправе размещать сертификаты в соответствии с ранее зарегистрированными условиями выпуска.

Основанием для отказа в регистрации условий выпуска могут быть:

- несоответствие условий выпуска действующему законодательству, нормативным актам Банка России и настоящему Положению;

- несвоевременное представление кредитной организацией условий выпуска, а также документов, указанных в Положении, в регистрирующий орган;

- существенное ухудшение финансового положения кредитной организации и отнесение кредитной организации к 3-й или 4-й классификационной группе в порядке, установленном нормативными актами Банка России;

- применение территориальными учреждениями Банка России санкций к кредитным организациям в виде ограничения, запрета на проведение операций по привлечению денежных средств во вклады в соответствии с нормативными актами Банка России;

¹ Ценные бумаги: Учебник / Под ред. В.И. Колесникова. М., 2000. С. 40.

² Там же. С. 42.

- реклама выпуска сертификатов до регистрации условий выпуска;
- иные случаи, предусмотренные действующим законодательством Российской Федерации.

Регистрирующий орган регистрирует в отдельном журнале условия выпуска с указанием наименования кредитной организации, выпускающей их в обращение, даты принятия ею решения о выпуске сертификатов, даты представления условий выпуска в регистрирующий орган, а также прочие сведения о выпуске.

Один экземпляр зарегистрированных условий выпуска с макетами сертификатов направляется регистрирующим органом не позднее следующего дня с момента их регистрации в Департамент контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России для внесения в Реестр условий выпуска и обращения сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организаций.

Внесение условий выпуска в Реестр условий выпуска и обращения сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организаций осуществляется Департаментом контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России в течение трех недель с момента получения зарегистрированных условий выпуска от регистрирующего органа и при отсутствии замечаний к данным документам.

В случае возврата документов из Департамента контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России в регистрирующий орган последний передает указанные документы кредитной организации на доработку. Срок рассмотрения доработанных документов в регистрирующем органе начинается заново с момента их представления кредитной организацией.

На следующий день после получения уведомления Департамента контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России о внесении условий выпуска в Реестр условий выпуска и обращения сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организа-

ций регистрирующий орган выдает кредитной организации письмо о регистрации им условий выпуска и одну копию зарегистрированных условий выпуска.

Аннулирование государственной регистрации условий выпуска, зарегистрированных в установленном порядке, осуществляется Банком России и его территориальными учреждениями:

- по решению кредитной организации после изъятия из обращения и погашения выпущенных сертификатов на основании представленного кредитной организацией решения и подтверждения, что все сертификаты погашены. При этом решение об аннулировании условий выпуска принимает уполномоченный орган кредитной организации, принявший решение о выпуске сертификатов;

- на основании приказа Банка России о внесении записи о ликвидации кредитной организации в Книгу государственной регистрации кредитных организаций.

При реорганизации кредитной организации решение об аннулировании условий выпуска принимает кредитная организация, являющаяся правопреемником.

Территориальные учреждения Банка России письменно сообщают Департаменту контроля за деятельностью кредитных организаций на финансовых рынках Банка России об аннулировании регистрации условий выпуска для исключения их из Реестра условий выпуска и обращения сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организаций и о погашении всех выпущенных по аннулированным условиям выпуска сертификатов.

Сертификаты могут выпускаться как в разовом порядке, так и сериями.

Сертификаты могут быть именными или на предъявителя. Сертификаты на предъявителя передаются новому владельцу путем простого вручения, именные — путем заключения договора об уступке права требования (цессии). В соответствии с письмом ЦБР от 10.02.92 № 14-3-20 этот дого-

³ См.: Новоселова Л. Вексель в хозяйственном обороте. М., 1997. С. 79.

вор должен оформляться на оборотной стороне сертификата. Вместе с тем следует согласиться с авторами комментария к ГК РФ²⁷, что нет оснований полагать, что несоблюдение указанного правила должно приводить к недействительности договора об уступке права требования по депозитному (сберегательному) сертификату. Такой договор может быть составлен на отдельном листе и заключен другими способами, предусмотренными действующим законодательством.

Сертификат не может служить расчетным или платежным средством за проданные товары или оказанные услуги.

Денежные расчеты по купле-продаже депозитных сертификатов, выплате сумм по ним осуществляются в безналичном порядке, а сберегательных сертификатов — как в безналичном порядке, так и наличными средствами.

Сертификаты выпускаются в валюте Российской Федерации. Выпуск сертификатов в иностранной валюте не допускается.

Владельцами сертификатов могут быть резиденты и нерезиденты в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации и нормативными актами Банка России. Владельцами сберегательных сертификатов могут быть лишь граждане, а депозитных сертификатов — юридические лица.

Денежные обязательства, возникающие при выпуске и обращении сертификатов, могут быть оплачены нерезидентами только с рублевых счетов, открытых в уполномоченных банках в соответствии с Инструкцией Банка России от 16 июля 1993 г. № 16 «О порядке открытия и ведения уполномоченными банками счетов нерезидентов в валюте Российской Федерации».

Сертификаты должны быть срочными.

Процентные ставки по сертификатам устанавливаются уполномоченным органом кредитной организации.

⁴ См.: Агарков М.М. Основы банковского права. М., 1994. С. 89.

Проценты по первоначально установленной при выдаче сертификата ставке, причитающиеся владельцу по истечении срока обращения (когда владелец сертификата получает право востребования вклада или депозита по сертификату), выплачиваются кредитной организацией независимо от времени его покупки.

В случае досрочного предъявления сберегательного (депозитного) сертификата к оплате кредитной организацией выплачиваются сумма вклада и проценты, выплачиваемые по вкладам до востребования, если условиями сертификата не установлен иной размер процентов.

Если срок получения вклада (депозита) по сертификату просрочен, то кредитная организация несет обязательство оплатить означенные в сертификате суммы вклада и процентов по первому требованию его владельца. За период с даты востребования сумм по сертификату до даты фактического предъявления сертификата к оплате проценты не выплачиваются.

Кредитная организация не может в одностороннем порядке изменить (уменьшить или увеличить) обусловленную в сертификате ставку процентов, установленную при выдаче сертификата.

Кредитная организация начисляет проценты по сберегательным (депозитным) сертификатам на остаток задолженности по основному долгу, учитываемый на соответствующем лицевом счете на начало операционного дня. Начисление процентов по сертификату осуществляется кредитной организацией не реже одного раза в месяц и не позднее последнего рабочего дня отчетного месяца. Выплата процентов по сертификату осуществляется кредитной организацией одновременно с погашением сертификата при его предъявлении.

При наступлении даты востребования вклада или депозита кредитная организация осуществляет платеж против предъявления сертификата и заявления владельца с указанием счета, на который должны быть зачислены средства.

Средства от погашения депозитного сертификата могут направляться по заявлению владельца только на его корреспондентский, расчетный (текущий) счет.

Для граждан платеж может производиться как путем перевода суммы на счет, так и наличными деньгами.

Кредитная организация проверяет непрерывность ряда договоров уступки требования, а также соответствие наименования, печати и подписей уполномоченных лиц владельца в именном сертификате этим же реквизитам в заявлении на зачисление средств. При отсутствии лиц, поставивших подписи на сертификате, заявление может быть подписано другими уполномоченными лицами и сопровождаться соответствующей доверенностью.

Восстановление прав по утраченным сертификатам на предъявителя осуществляется в судебном порядке.

Восстановление прав по утраченным именным сертификатам осуществляется кредитной организацией, выпустившей их в обращение.

В случае утраты именного сертификата законный владелец вправе обратиться к кредитной организации, выдавшей сертификат, с письменным заявлением о выдаче дубликата. Если на заявленное требование законным держателем сертификата получен отказ, он вправе обжаловать его в судебном порядке.

⁵ См.: Грачев В. Ограниченный акцепт векселя // Хозяйство и право. 1996. № 12.

Глава 11

НЕЭМИССИОННЫЕ ЦЕННЫЕ БУМАГИ

1. Вексель

Вексель — ценная бумага, удостоверяющая ничем не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель) либо иного указанного в векселе плательщика (переводной вексель) по наступлении предусмотренного векселем срока уплатить определенную денежную сумму.

В мире существует две основные системы вексельного права. Одна из них основывается на Женевских вексельных конвенциях 1930 года. Вторая система основывается на английском законе о переводных векселях 1882 года. Россия входит в первую группу стран, так как в 1937 году было принято Положение о переводном и простом векселе на основе Женевской конвенции 1930 года. 21 февраля 1997 года Госдумой был принят ФЗ «О переводном и простом векселе», который установил, что на территории РФ действует Положение 1937 года.

Исторически вексель — первая форма ценной бумаги в хозяйственной жизни, применявшаяся как удобное средство оформления расчетных отношений, средство платежа, средство получения кредита, предоставляемого продавцами покупателям в товарной форме в виде отсрочки уплаты денег за проданные товары. Широкое применение такие документы получили в середине XII века в Италии, где банкиры-менялы наряду с разменом и принятием денег на хранение стали осуществлять операции по их переводу из одной страны в другую. Прообразом переводного векселя было сопроводительное письмо одного банкира-менялы другому с просьбой вып-

латить подателю письма (например, купцу, приехавшему на ярмарку) взамен уплаченных им денег соответствующую сумму в местной валюте¹.

Вексель — универсальный финансовый инструмент, который выполняет несколько экономических функций.

Прежде всего *посредством векселя можно оформить различные кредитные обязательства*. Например, при отсутствии у покупателя средств для оплаты товара непосредственно после поставки продавец предоставляет ему кредит в виде отсрочки платежа на определенный срок за плату в виде процента от суммы сделки. Отсрочка платежа оформляется векселем.

Вторая функция векселя — его использование в качестве средства обеспечения кредитных обязательств (например, путем получения банковского кредита под залог векселя).

Третья функция векселя заключается в том, что он служит средством платежа. При этом вексельное обращение способно многократно ускорять расчеты, поскольку в развитом коммерческом обороте вексель до своей оплаты проходит через десятки держателей, погашая их денежные обязательства и уменьшая потребность в наличных деньгах.

Четвертая функция — использование векселя в качестве инструмента рефинансирования и денежно-кредитного регулирования Банком России через механизм переучета векселей (коммерческие банки, учитывающие векселя своих клиентов, могут переучесть их в ЦБ РФ, который устанавливает процентную ставку — ставку рефинансирования, — а также определенные требования как к качеству переучитываемых векселей, так и к коммерческим банкам, осуществляющим переучет).

Векселя бывают *коммерческие и финансовые*².

Коммерческие векселя основаны на реальной сделке по купле-продаже товаров в кредит, выдача их влечет отсрочку платежа. Такие векселя еще называют товарными, покупателями.

Финансовые векселя выдаются при оформлении договора займа (кредита), когда одна сторона получает от другой не-

¹ См.: Ефимова Л. Банковское право. М., 1994. С. 241—242.

² См.: Шершеневич Г. Учебник торгового права. М., 1994. С. 88.

которую сумму денег, выдавая взамен вексель. Финансовый вексель, плательщиком по которому выступает банк, называется *банковским векселем*.

Векселя бывают *простые и переводные*.

Простой вексель — представляет собой ничем не обусловленное обещание уплатить определенную денежную сумму, оформленное в соответствии с предъявляемыми требованиями. В тексте простого векселя будут обозначены два лица. Первое — векселедатель, он же плательщик. Именно от него исходит обещание уплатить определенную денежную сумму. Это обещание дается в пользу другого лица — векселедержателя. Он является первоначальным вексельным кредитором по простому векселю.

Переводной вексель (тратта) — представляет собой обещанное в вексельную форму ничем не обусловленное предложение уплатить определенную денежную сумму. Чаще всего такое предложение об уплате делается в пользу третьего лица, поэтому в переводном векселе в большинстве случаев обозначено три лица. Первое — векселедатель или трассант, но в отличие от простого векселя векселедатель в этом случае не является плательщиком по векселю. Если в простом векселе лицо, составляющее его, обязывается произвести платеж само (в силу чего векселедатель и плательщик в простом векселе совпадают в одном лице), то в переводном векселе лицо, составившее вексель, предлагает другому лицу произвести платеж денежной суммы в соответствии с содержанием векселя. Лицо, к которому обращено предложение об уплате денежной суммы, именуется в переводном векселе плательщиком или трассатом. Лицо, в пользу которого должен быть совершен платеж, именуется первым векселедержателем или ремитентом.

Основные элементы, в совокупности составляющие вексельное обязательство, называются *вексельными реквизитами*.

⁸ См.: Балашова Ю., Казакова Н. Составление и применение векселя в торговом обороте. М., 1992. С. 18—19.

⁹ См.: Агарков М.М. Учение о ценных бумагах. М., 1994. С. 301.

Переводной вексель должен содержать следующие обязательные реквизиты:

1) наименование «вексель», включенное в текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен;

2) простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму;

3) наименование и адрес того, кто должен платить (плательщика-трассата);

4) наименование получателя платежа (ремитента), которому или приказу которого должен быть совершен платеж;

5) указание срока платежа;

6) указание места совершения платежа;

7) указание даты и места составления векселя;

8) наименование и подпись векселедателя (трассанта).

При отсутствии хотя бы одного из обязательных реквизитов документ не признается векселем.

Возможна классификация векселей и по другим основаниям: *дисконтные* — приобретаемые по цене ниже номинала; *процентные* — приобретаемые по номиналу, но предполагающие получение процента.

Основные черты векселя, которые отличают его от других ценных бумаг, — это безусловность, абстрактность, формальность³.

Безусловность означает, что обещание или приказ уплатить денежную сумму не могут быть обусловлены какими бы то ни было обстоятельствами. Безусловность не означает, что вексельный текст вообще не может содержать никаких условий. Например, переводной вексель содержит, с одной стороны, безусловное требование к трассату уплатить вексельную сумму по наступлении предусмотренного в векселе срока, а с другой стороны, он содержит условное обязательство трассанта. Векселедатель переводного векселя, выдавая и подписывая вексель, принимает на себя условное обязательство, то есть обязуется уплатить вексельную сумму в случае, если плательщик ее не заплатит. Но это не влияет на безусловность самого обязательства по уплате определенной суммы.

Абстрактность вексельного обязательства означает, что вексель действителен независимо от того, существует ли основание, породившее обязательство по уплате указанной в векселе денежной суммы. Абстрактность — это как бы самостоятельность вексельного обязательства, отрыв его от той товарной сделки, которая породила выставление векселя. Идея, лежащая в основе абстрактности векселя, состоит в том, что вексель, являясь оборотным документом, может служить самостоятельным средством расчетов; поэтому приобретатель векселя должен быть уверен, что платеж по векселю будет произведен независимо от тех проблем, которые могут возникнуть между участниками первоначальной товарной сделки⁴.

Формальность векселя означает, что вексельное обязательство должно быть облечено в форму письменного документа, содержащего все предусмотренные для векселя реквизиты. Формальность векселя отличается большой строгостью — при отсутствии любого из реквизитов, как уже отмечалось, документ лишается вексельной силы из-за императивных положений вексельного права, не принимающих во внимание существо обязательства и волю сторон.

Выражение плательщиком в установленной форме своего согласия оплатить переводной вексель называется *акцептом векселя*. Плательщик, выразивший таким образом свое согласие оплатить вексель, именуется акцептантом.

Основное юридическое значение акцепта состоит в том, что только после совершения акцепта трассат становится обязанным по векселю лицом. До тех пор пока вексель содержит лишь предложение уплатить, сделанное трассантом, в векселе отсутствует обязательство трассата и отсутствует уверенность в том, что вексель будет оплачен в установленный срок. Таким образом, пока обязанность трассата оплатить вексель не принята им на себя с отражением этого в самом векселе, она отсутствует, несмотря на любые предварительные внесексельные договоренности сторон вексельной сделки. Акцепт как самостоятельный акт выражения согласия оплатить

¹⁰ Ценные бумаги: Учебник / Под ред. В.И. Колесникова. М., 2000. С. 56.

вексель является атрибутом только переводного векселя. В простом векселе векселедатель, он же плательщик, уже выразил свое согласие оплатить вексель тем, что подписал его. В простом векселе подпись плательщика имеется с самого начала и является обязательным реквизитом векселя.

Обязанность акцептанта отличается от ответственности других обязанных по векселю лиц. Она носит безусловный характер, в отличие от обязанностей прочих обязанных по векселю лиц. К акцептанту векселедержатель должен обратиться с требованием об оплате векселя прежде, чем он обратится к надписателям и трассанту. Платеж по векселю, произведенный акцептантом, прекращает вексельное обязательство полностью и исключает ответственность по векселю других обязанных лиц. Если же платеж произведен кем-либо из индоссантов и других обязанных лиц, то такой платеж не прекращает вексельное обязательство полностью, а прекращает его лишь в части обязательства уплатившего лица и его последователей по векселю, но сохраняет ответственность предшествующих уплатившему должнику индоссантов и трассанта.

Форма акцепта. Акцепт должен быть совершен только в письменной форме, и он должен быть выполнен на самом векселе, а не на каких-либо добавочных листах. Внешне он должен представлять собой слово «акцептован» или равнозначное слово и подпись плательщика. Значение акцепта имеет также простая подпись плательщика (не сопровождаемая никакими словами) на лицевой стороне векселя (ст. 25 Положения). Проставление подписи акцептанта на векселе еще не достаточно для вступления акцепта в силу. Необходимо еще сообщить об этом векселедержателю, либо путем направления специального извещения, либо путем выдачи ему акцептованного векселя.

Таким образом, в акцепте различают *два этапа*: собственно акцепт и сообщение об акцепте. Последствия этих действий, согласно Положению, различны. Подпись, проставленная на векселе трассатом и свидетельствующая об акцепте, еще не означает, что произошел акцепт. У трассата еще сохраняет-

ся возможность и право зачеркнуть свою подпись, что будет равнозначно отказу от акцепта при условии, что зачеркивание произошло до возвращения векселя. Если же акцептовавший вексель плательщик письменно сообщил об акцепте векселедержателю или любому из надписателей, то он уже не вправе отказаться от акцепта.

Содержание акцепта. Акцепт векселя должен быть простым и ничем не обусловленным (ст. 26 Положения). Всякое изменение, произведенное акцептантом в содержании переводного векселя, рассматривается Положением как отказ от акцепта. Исключение составляет лишь ограничение акцепта частью вексельной суммы⁵.

Различаются:

1. *Общий акцепт* — простое согласие оплатить вексель на условиях, изложенных векселедателем.

2. *Квалифицированный акцепт* — изменяет содержание вексельного обязательства. Положение допускает в данном случае только ограничение обязательства трассата частью вексельной суммы.

Согласно правилам, установленным гл. 4 Положения, платеж по векселю может быть обеспечен **авалем** — вексельным поручительством. Суть его состоит в том, что за любое ответственное по векселю лицо может поручиться третье лицо — авалист. Аваль, именуясь поручительством в вексельном праве, отличается от общегражданского поручительства. Ст. 32 Положения предусматривает, что авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль. При этом обязательство авалиста действительно даже в том случае, если то обязательство, которое он гарантировал, окажется недействительным по любому иному основанию, чем дефект формы. Таким образом, обязательство авалиста имеет ограниченно акцессорный ха-

¹¹ См: Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс» // Публикация международной торговой палаты. 1990. № 460.

¹² См: ГК РФ. Часть первая. Комментарий / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1997.

рактар, а общагражданское поручительство отличается строго акцессорным характером и на него распространяются правила ст. 329 ГК РФ, по которой недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства. И исключений из этого правила для поручительства законом не предусмотрено. Поэтому пределы ответственности авалиста шире, чем пределы ответственности поручителя.

Аваль отличается не только от общагражданского поручительства, но и от обязательства других обязанных по векселю лиц. Обязательство каждого вексельного должника является самостоятельным, а обязательство авалиста частично зависит от судьбы обязательства, которое он гарантировал.

Содержанием обязательства авалиста является уплата вексельной суммы. Аваль может обеспечивать уплату как всей вексельной суммы, так и ее части. Авалистом может быть как постороннее лицо, так и участник вексельного обязательства. Таким образом, существование вексельной обязанности не мешает лицу принять на себя поручительство за оплату векселя другим обязанным по векселю лицом.

Аваль может быть дан на самом векселе, аллонже (*аллонж* — дополнительный лист бумаги, прикрепленный к векселю, на котором совершаются передаточные надписи, если на оборотной стороне векселя они не умецаются, а также дается аваль), и в виде отдельного документа. Авалист, оплативший вексель, имеет право требовать возмещения платежа с того лица, за которое он дал аваль, а также с лиц, ответственных перед последним.

Ст. 11 Положения предусматривает, что «всякий переводной вексель, даже выданный без прямой оговорки о приказе, может быть передан посредством индоссамента». Если векселедатель поместил в переводном векселе слова «не приказу» или какое-либо равнозначное выражение, то документ может быть передан лишь с соблюдением формы и с последствия-

¹³ См: Кодекс торгового мореплавания от 30.04.99 № 81-ФЗ.

ми обыкновенной цессии. Таким образом, вексель может быть передан:

- по индоссаменту (*индоссамент* — специальная передаточная надпись, учиненная на векселе (или аллонже), которая свидетельствует о передаче прав по векселю новому держателю векселя);

- в форме цессии.

Обычным способом передачи векселя является передача по индоссаменту. Передача векселя по цессии является исключением и имеет место лишь тогда, когда в силу специальной оговорки становится невозможной передача векселя как ордерной ценной бумаги. Основная разница между индоссаментом и цессией состоит в том, что при цессии cedent, уступивший требование цессионарию, отвечает только за действительность передаваемого требования, но не за его осуществимость⁶. Индоссант, передавший вексель индоссату, отвечает перед последним не только за действительность, но и за осуществимость требования, становясь регрессным должником по отношению к индоссату. Кроме того, цессия должна быть совершена в форме договора между прежним кредитором (цедентом) и новым кредитором (цессионарием), а индоссамент совершается в форме одностороннего распоряжения индоссанта.

Передать по индоссаменту можно любой вексель, который не содержит запрещения передачи⁷. Возможны два случая запрещения:

- 1) Запрещение сделано векселедателем. В этом случае индоссамент будет ничтожным. Такой вексель может быть передан только по цессии.

- 2) Запрет установлен векселедержателем. В этом случае вексель не лишается свойства передаваемости и может быть передан последующим держателям посредством индоссаментов, но запретительная оговорка будет освобождать от ответственности индоссанта, сделавшего эту оговорку.

Передача векселя по индоссаменту может преследовать различные *цели*:

- прежде всего вексель индоссируется с целью передачи индоссату права собственности на вексель;

- во-вторых, возможен препоручительный индоссамент в случае инкассирования векселей банками. Чаще всего такая необходимость возникает, когда плательщик находится далеко от векселедержателя и векселедержатель прибегает к помощи банка, который вместе со своими корреспондентами в месте нахождения плательщика содействует в получении акцепта на векселе либо в получении платежа с помощью инкассовой операции. Препоручительный индоссамент должен содержать оговорку «на инкассо». Такой индоссамент не передает право собственности на вексель;

- в-третьих, возможен залоговый индоссамент. Он также не передает права собственности на вексель, и после окончания залоговых отношений вексель возвращается обратно собственнику.

Принято выделять *два основных последствия совершения индоссамента*. Первое — передача прав по векселю от индоссанта к индоссату, второе — принятие индоссантом на себя ответственности перед индоссатом (и последующими векселедержателями) за неоплату векселя плательщиком. Юридические последствия индоссамента именуются *функциями*⁸ индоссамента.

Передаточная функция включает в себя два элемента: переход прав по векселю от индоссанта к индоссату и содержание (объем) передаваемых прав. Моментом перехода прав обычно считается момент выполнения надписи и передача векселя индоссату. Объем передаваемых прав может быть различным: права могут быть переданы в полном объеме или частично (препоручительный или залоговый).

*Гарантийная функция*⁹. Передав свои права вексельного кредитора индоссату, индоссант не выбывает из вексельного обязательства, так как несет регрессную ответственность. В случае если вексель не будет оплачен плательщиком, требование об оплате может быть предъявлено к индоссанту. Все лица, поставившие на векселе свою подпись, являются обя-

занными по векселю до тех пор, пока существует вексельное обязательство.

Существуют исключения, когда индоссамент не выполняет гарантийной функции:

- индоссант может избавить себя от регрессной ответственности, включив в текст индоссамента оговорку «без оборота на меня». Ценность такого векселя будет ниже, так как уменьшается число обязанных по векселю лиц;

- ответственность индоссанта перед векселедержателем исключается, если векселедержателем стал один из прежних индоссантов.

Оплата векселя в установленный срок погашает вексельное обязательство. В случае отказа от платежа по векселю векселедержатель может предъявить в суд иск к векселедателя (акцептанту по переводному векселю). Если переводной вексель не акцептован или не оплачен, векселедержатель имеет право требовать возмещения от векселедателя, индоссантов, авалистов, которые несут солидарную ответственность за уплату суммы векселедержателю. По выбору векселедержателя им может стать любое лицо независимо от порядка подписей на векселе.

Перед подачей иска в суд векселедержатель должен обязательно совершить *протест векселя*.

Протест векселя — действия нотариуса, официально подтверждающие факты, с которыми вексельное законодательство связывает наступление определенных правовых последствий. Протест совершается в неакцепте и неплатеже. Опротестованные векселя не принимаются к учету банками, не могут обеспечивать выдаваемых кредитов, не могут служить средством платежа.

Последствия совершения протеста векселя:

- судебные органы вправе вынести решение по искам, основанным на опротестованных векселях;

- наступает ответственность по простому векселю — надписателей, по переводному — надписателей и трассанта;

- векселедержатель, неся определенные издержки, вызванные совершением протеста векселя и неполучением пла-

тежа по нему, вправе требовать от обязанных лиц возмещения этих издержек.

В случае истечения сроков, установленных для совершения протеста, векселедержатель теряет свои права против индоссантов, векселедателя и других обязанных лиц, кроме акцептанта.

Векселедержатель, не получивший платежа по векселю, имеет право на взыскание в судебном порядке причитающихся ему денег с обязанных по векселю лиц.

Срок исковой давности составляет в таких случаях: для предъявления иска векселедержателя к акцептанту по переводному векселю — 3 года; к векселедателю по простому векселю или индоссанту переводного векселя — один год со дня совершения протеста.

Срок требований индоссантов друг к другу и к векселедателю — 6 месяцев со дня, в который индоссант оплатил вексель, или со дня предъявления к нему иска.

Эффективность использования векселей в экономике страны напрямую зависит от наличия развитого вексельного рынка.

Рынок векселей в России состоит из рынка финансовых векселей и рынка корпоративных (расчетных) векселей.

Банки эмитируют векселя с целью дополнительного привлечения средств, а также в качестве инструмента получения дохода, вытесняющего облигации, сертификаты и банковские депозиты вследствие более льготной системы налогообложения, а также вследствие отсутствия необходимости регистрации выпусков.

В вексельных расчетных схемах используются как корпоративные векселя (в основном, металлургических и нефтяных компаний), так и векселя крупных банков (прежде всего Сбербанк России)¹⁰.

На вексельном рынке действуют и общественные организации. Крупнейшая из них — АУВЕР (Ассоциация участников вексельного рынка), основные задачи которой — выработка стандартов и правил вексельного обращения, контроль за их выполнением, содействие развитию инфраструктуры рынка и создание его информационной базы, разрешение вексельных споров.

Формирование и развитие вексельного рынка невозможно без современной нормативной базы. Вексельное законодательство нуждается в дальнейшей корректировке с тем, чтобы превратить вексель в действительно удобный и универсальный инструмент кредитования, расчетов и денежно-кредитного регулирования, исключающий возможность необоснованных финансовых потерь участников вексельного обращения.

2. Коносамент

Коносаментом признается документ, удостоверяющий заключение договора морской перевозки и предоставляющий его держателю право распоряжаться указанным в нем грузом и получить груз после завершения перевозки. Основные правила обращения коносамента и его реквизиты содержатся в Кодексе торгового мореплавания РФ (1999 г.). Коносамент исполняет три основные функции: является доказательством передачи товара на борт судна для его перевозки, доказательством заключения договора перевозки груза, а также средством передачи во время перевозки прав на товар третьим лицам.

Морская перевозка грузов часто оформляется необоротными документами, аналогичными тем, которые используются при иных способах транспортировки товара. Такие документы именуются «морская накладная», «линейная накладная», «фрахтовая расписка», применяются также вариации подобных выражений.

Такого рода транспортные документы выполняют две первые из перечисленных выше функций. Они не предоставляют покупателю права продать товар во время перевозки. В этих документах обычно указывается наименование лица, правомочного получить товар в месте назначения¹¹. Названные перевозочные документы не признаются ценными бумагами. Особенностью коносамента как ценной бумаги является то, что он составляется в нескольких подлинных экземплярах.

Выдача груза по первому предъявленному экземпляру коносамента прекращает действие остальных экземпляров¹².

Коносамент может быть выдан на имя определенного получателя (именной коносамент), приказу отправителя или получателя (ордерный коносамент) либо на предъявителя. Ордерный коносамент, не содержащий указания о его выдаче приказу отправителя или получателя, считается выданным приказу отправителя.

До момента выдачи груза в порту назначения коносамент может быть передан отправителем груза другому лицу с соблюдением следующих правил:

- именной коносамент может передаваться в соответствии с правилами, установленными для уступки требования;
- ордерный коносамент может передаваться по именным или бланковым передаточным надписям;
- коносамент на предъявителя может передаваться посредством простого вручения.

Коносамент составляется перевозчиком на основании подписанного отправителем документа. Отправитель гарантирует перевозчику достоверность данных, предоставленных для включения в коносамент, и несет ответственность за убытки, причиненные перевозчику вследствие недостоверности таких данных.

Право перевозчика на возмещение отправителем убытков не устраняет ответственности перевозчика по договору морской перевозки груза перед любым лицом, иным, чем отправитель.

В коносамент должны быть включены следующие данные¹³:

- 1) наименование перевозчика и место его нахождения;
- 2) наименование порта погрузки согласно договору морской перевозки груза и дата приема груза перевозчиком в порту погрузки;
- 3) наименование отправителя и место его нахождения;
- 4) наименование порта выгрузки согласно договору морской перевозки груза;
- 5) наименование получателя, если он указан отправителем;

б) наименование груза, необходимые для идентификации груза основные марки, указание в соответствующих случаях на опасный характер или особые свойства груза, число мест или предметов и масса груза или обозначенное иным образом его количество. При этом все данные указываются так, как они представлены отправителем;

7) внешнее состояние груза и его упаковки;

8) фрахт в размере, подлежащем уплате получателем, или иное указание на то, что фрахт должен уплачиваться им;

9) время и место выдачи коносамента;

10) число оригиналов коносамента, если их больше чем один;

11) подпись перевозчика или действующего от его имени лица.

По соглашению сторон в коносамент могут быть включены также и иные данные и сделаны оговорки. Коносамент, подписанный капитаном судна, считается подписанным от имени перевозчика.

После того как груз погружен на судно, перевозчик по требованию отправителя выдает ему бортовой коносамент, в котором в дополнение к упомянутым данным должно быть указано, что груз находится на борту определенного судна или судов, а также должна быть указана дата (или даты) погрузки груза.

В случае если перевозчик до погрузки груза на судно выдал отправителю коносамент на принятый для перевозки груз или иной относящийся к данному грузу товарораспорядительный документ, отправитель должен по просьбе перевозчика возвратить такой документ в обмен на бортовой коносамент. Если содержание коносамента чем-либо не удовлетворяет отправителя, последний вправе потребовать внесения в него дополнений.

Перевозчик может удовлетворить требования отправителя к содержанию бортового коносамента посредством дополнения любого ранее выданного документа при условии, если дополненный таким образом документ включает в себя

¹⁴ ГК РФ. Часть вторая. Комментарий / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 487.

все данные, которые должны содержаться в бортовом коносаменте.

В случае если в коносаменте содержатся данные, которые касаются наименования груза, его основных марок, числа мест или предметов, массы или количества груза и в отношении которых перевозчик или выдающее коносамент от его имени другое лицо знает или имеет достаточные основания считать, что такие данные не соответствуют фактически принятому грузу или погруженному грузу при выдаче бортового коносамента либо у перевозчика или другого такого лица не было возможности проверить указанные данные, перевозчик или другое выдающее коносамент лицо должны внести в коносамент оговорку, конкретно указывающую на неточности, основания для предположений или отсутствие разумной возможности проверки указанных данных.

В случае если перевозчик или другое выдающее коносамент от его имени лицо не указывает в коносаменте внешнее состояние груза, считается, что в коносаменте указано хорошее внешнее состояние груза.

За исключением данных, в отношении которых внесена оговорка, коносамент удостоверяет, если не доказано иное, прием перевозчиком груза для перевозки, как он описан в коносаменте. Доказывание перевозчиком иного не допускается, если коносамент передан третьему лицу, которое, исходя из содержащегося в коносаменте описания груза, действовало добросовестно.

Груз, перевозка которого осуществляется на основании коносамента, выдается перевозчиком в порту выгрузки при предъявлении оригинала коносамента:

- именного коносамента — получателю, который указан в коносаменте, или лицу, которому коносамент передан в соответствии с правилами, установленными для уступки требования;

¹⁵ Складские свидетельства — развязка неплатежей // Рынок ценных бумаг. 1997. № 21. С. 38.

- ордерного коносамента — лицу, приказу которого составлен коносамент, а при наличии в коносаменте передаточных надписей лицу, указанному в последней из непрерывного ряда передаточных надписей, или предъявителю коносамента с последней бланковой надписью;

- коносамента на предъявителя — предъявителю коносамента.

В случае если перевозка груза осуществляется на основании морской накладной или на основании иного подобного ей документа, перевозчик может выдать груз получателю, указанному в таком документе, или получателю, указанному отправителем.

Отправитель имеет право распоряжаться грузом до выдачи его получателю либо до передачи права на груз получателю или третьему лицу. При передаче права распоряжения грузом получателю или третьему лицу отправитель обязан уведомить об этом перевозчика.

Отправитель имеет право потребовать обратной выдачи груза в месте отправления до отхода судна, выдачи груза в промежуточном порту или выдачи его не тому получателю, который указан в перевозочном документе, при условии предъявления всех выданных отправителю оригиналов коносамента или предоставления соответствующего обеспечения и с соблюдением правил, установленных Кодексом торгового мореплавания.

Если для перевозки груза предоставлено не все судно и в порту выгрузки получатель не востребовал груз или отказался от него, или так задержал его прием, что груз не мог быть выгружен в установленное время, перевозчик вправе сдать груз на хранение на склад или в иное надежное место за счет и на риск управомоченного распоряжаться грузом лица с уведомлением об этом отправителя или фрахтователя, а также получателя, когда он известен перевозчику.

При предоставлении всего судна для перевозки груза выгрузка и сдача груза на хранение осуществляются перевозчиком по истечении сталийного (сталийное время — срок, в течение которого груз должен быть погружен на судно или выгружен из

него. Определяется соглашением сторон, а при его отсутствии — сроками, обычно принятыми в данном порту) и контрсталийного времени (контрсталийное время — устанавливаемый соглашением сторон срок, в течение которого судно может быть задержано в порту в ожидании погрузки или выгрузки сверх сталийного времени). В отличие от стоянки судна в течение сталийного времени, которая не оплачивается, поскольку учтена при калькуляции фрахта (то есть платы за перевозку груза), контрсталийное время оплачивается по специальной ставке времени и при условии, если в течение сталийного и контрсталийного времени не поступило иное распоряжение отправителя или фрахтователя либо уполномоченного распоряжаться грузом лица. Время, затраченное перевозчиком на сдачу груза на хранение, рассматривается как простой.

В случае если в течение двух месяцев со дня прихода судна в порт выгрузки данный на хранение груз не будет востребован и отправитель или фрахтователь либо уполномоченное распоряжаться грузом лицо не уплатит перевозчику все причитающиеся за данную перевозку груза платежи, перевозчик вправе продать груз в установленном законом порядке. Невостребованный скоропортящийся груз, а также груз, расходы на хранение которого превышают его стоимость, может быть продан до истечения указанного срока, но не ранее срока доставки груза.

Вырученная от продажи груза сумма за вычетом причитающихся перевозчику платежей и расходов на хранение и продажу груза передается перевозчиком отправителю или фрахтователю.

В случае если суммы, вырученной от продажи груза, недостаточно для покрытия причитающихся перевозчику платежей и расходов на хранение и продажу груза, перевозчик вправе взыскать недополученную им сумму с отправителя или фрахтователя.

¹⁶ Там же. С. 38.

¹⁷ Иванов О. Законы и «законы» рынка складских свидетельств / Рынок ценных бумаг. 2000. № 6. С. 100.

Получатель при выдаче ему груза обязан возместить расходы, произведенные перевозчиком за счет груза, внести плату за простой судна в порту выгрузки, а также уплатить фрахт и внести плату за простой судна в порту погрузки, если это предусмотрено коносаментом или другим документом, на основании которых осуществлялась перевозка груза, в случае общей аварии обязан внести аварийный взнос или предоставить надлежащее обеспечение.

Перевозчик вправе удерживать груз до уплаты сумм или предоставления обеспечения.

В случае сдачи груза на хранение на склад, не принадлежащий получателю, перевозчик сохраняет право удержания груза при условии немедленного уведомления владельца склада об этом.

После выдачи груза получателю перевозчик утрачивает право требовать от отправителя или фрахтователя сумм, не уплаченных получателем, если только перевозчик не смог осуществить право удержания груза по независящим от него обстоятельствам.

Требования перевозчика, удерживающего груз, удовлетворяются за счет его стоимости в объеме и порядке, которые установлены гражданским законодательством Российской Федерации.

При фактической или предполагаемой утрате либо повреждении груза получатель и перевозчик обязаны предоставлять друг другу возможность проводить осмотр груза или

¹⁸ Трансакция — операция по переводу денежных средств с одного счета на другой для каких-либо целей.

¹⁹ Пул закладных — отдельные закладные, объединенные в группы кредиторами первичного рынка ценных бумаг (банками). Все закладные, купленные по одной или более сделкам в рамках общего пула, являются основой для индивидуального выпуска гарантированных сертификатов, дающих право на долю в общем пуле закладных.

²⁰ Гудков Ф., Бородкин А. О применении складских свидетельств в некоторых финансовых проектах // Рынок ценных бумаг. 1999. № 13. С. 39.

проверку его состояния до выдачи груза получателю. Расходы на осмотр груза или проверку его состояния несет тот, кто потребовал осмотра или проверки. В случае если в результате проведенных по требованию получателя осмотра груза или проверки его состояния установлены утрата или повреждение груза, ответственность за которые несет перевозчик, расходы на осмотр груза или проверку его состояния возмещаются перевозчиком.

В случае если до выдачи груза или во время выдачи груза получатель в письменной форме не сделал заявление перевозчику об утрате или о повреждении груза и не указал обший характер утраты или повреждения груза, считается, что груз получен в соответствии с условиями коносамента при отсутствии доказательств об ином.

В случае если утрата или повреждение груза могли быть установлены при обычном способе его приема, заявление перевозчику может быть сделано получателем в течение трех дней после выдачи.

Получатель может не делать заявление, если он совместно с перевозчиком осмотрел груз или проверил его состояние во время выдачи груза.

3. Складские свидетельства

Как известно, договор складского хранения заключается путем составления и выдачи товаровладельцу специального складского документа, который совмещает в себе свойства различных правовых документов и дает разнообразные юридические и экономические возможности товаровладельцу (поклажедателю).

Товарный склад выдает товаровладельцу в подтверждение принятия товаров на хранение один из следующих складских документов:

- двойное складское свидетельство;
- простое складское свидетельство;
- складскую квитанцию.

Двойное складское свидетельство, каждая из двух его частей (складское свидетельство и залоговое свидетельство) и простое складское свидетельство являются ценными бумагами, которые относятся к числу товарораспорядительных ценных бумаг.

В каждой части двойного складского свидетельства должны быть одинаково указаны (ст. 913 ГК РФ):

1) наименование и место нахождения товарного склада, принявшего товар на хранение;

2) текущий номер складского свидетельства по реестру склада;

3) наименование юридического лица либо имя гражданина, от которого принят товар на хранение, а также место нахождения (место жительства) товаровладельца;

4) наименование и количество принятого на хранение товара — число единиц и (или) товарных мест и (или) мера (вес, объем) товара;

5) срок, на который товар принят на хранение, если такой срок устанавливается, либо указание, что товар принят на хранение до востребования;

6) размер вознаграждения за хранение либо тарифы, на основании которых он исчисляется, и порядок оплаты хранения;

7) дата выдачи складского свидетельства.

Обе части двойного складского свидетельства должны иметь идентичные подписи уполномоченного лица и печати товарного склада.

Двойное складское свидетельство и каждая его часть являются ордерными ценными бумагами. Складское свидетельство и залоговое свидетельство могут передаваться вместе или порознь по ордерным или бланковым передаточным надписям.

Согласно статье 914 ГК держатель складского и залогового свидетельств имеет право распоряжаться хранящимся на складе товаром в полном объеме. Держатель одного толь-

²¹ Гудков Ф. Держатель складского свидетельства и товарный склад взаимно ответственны // Рынок ценных бумаг. 1997. № 14. С. 35.

ко складского свидетельства, отделенного от залогового свидетельства, вправе распоряжаться товаром, но не может взять его со склада до погашения займа (кредита), выданного по залоговому свидетельству. Держатель одного только залогового свидетельства, отделенного от складского свидетельства, имеет право залога на товар в размере выданного по залоговому свидетельству займа (кредита) и процентов по нему.

Товар, сданный на склад под двойное складское свидетельство, может быть передан новому приобретателю (покупателю) без изъятия товара со склада путем передачи приобретателю двойного складского свидетельства, в котором складское и залоговое свидетельства не отделены друг от друга, либо складского и залогового свидетельств, отделенных друг от друга, либо только складского свидетельства. Сданный на склад под двойное складское свидетельство товар не может быть отчужден без надлежащей передачи складского свидетельства. Залог складского свидетельства возможен только для обеспечения обязательства по возврату суммы займа (кредита), выданного по данному залоговому свидетельству. Для обеспечения других обязательств залог этого свидетельства не применяется. Само залоговое свидетельство после его первой передачи товаровладельцем в залог становится долговым документом, на основе которого возникают одновременно два обязательства: во-первых, долговое денежное обязательство товаровладельца по возврату суммы займа (кредита), полученного им от залогодержателя, и, во-вторых, залоговое обязательство, обеспечивающее исполнение товаровладельцем своего долгового обязательства перед залогодержателем. Собственно в возможности соединения в залоговом свидетельстве (варранте) указанных двух обязательств и проявляется существо и главная юридическая особенность этого документа¹⁴. Товарный склад выдает товар держателю складского и залогового свидетельств (двойного складского свидетельства) не иначе как в обмен на оба эти свидетельства вместе. Держателю складского свидетельства, который не имеет залогового свидетельства, но внес сумму долга по нему, товар выдается складом не иначе как в обмен на складское свидетельство и при условии

представления вместе с ним квитанции об уплате всей суммы долга по залоговому свидетельству. Товарный склад, выдавший товар держателю складского свидетельства, не имеющему залогового свидетельства и не внесшему сумму долга по нему, несет ответственность перед держателем залогового свидетельства за платеж всей обеспеченной по нему суммы. Держатель складского и залогового свидетельств вправе требовать выдачи товара по частям. При этом в обмен на первоначальные свидетельства ему выдаются новые свидетельства на товар, оставшийся на складе.

Складское и залоговое свидетельства дают их держателям разнообразные возможности в торговом обороте, а также являются удобным инструментом, который с успехом может быть использован для решения проблемы взаимных платежей в качестве «заменителя» платежных средств¹⁵. В отличие от векселя, при составлении которого могло и не быть передачи реального товара или реальных денег, складские свидетельства не могут быть выпущены в обращение, если реальный товар не был помещен на хранение. **Складское свидетельство — это ценная бумага, которая всегда имеет реальное наполнение.**

Существует еще одна принципиальная разница между вексельным обязательством и обязательством склада передать товар по складскому свидетельству. Если даже предположить, что при составлении векселя произошла реальная передача денег (например, заем под вексель), то в дальнейшем предприятие-векселедатель (или плательщик) получает эти деньги в собственность и этими деньгами будет нести ответственность по прочим своим обязательствам. На полученные под вексель денежные средства может быть обращено взыскание по долгам векселедателя (или плательщика). Поэтому риск неплатежа по векселю как бы консолидирует в себе предпринимательские риски прочих сделок предприятия-векселедателя или плательщика, а не только риск утраты этих денежных средств.

Обязательство товарного склада, закрепленное складским свидетельством, содержит в основном риск повреждения или

утраты предмета хранения и не содержит прочих предпринимательских рисков. Это обусловлено тем, что товар, принимаемый на хранение, не является собственностью товарного склада и на него не может быть обращено взыскание по собственным долгам товарного склада (ответственность по прочим собственным сделкам хранителя не затрагивает обязательства вернуть товар против складского свидетельства). Поэтому нет смысла говорить о текущем состоянии баланса хранителя, о его платежеспособности.

Можно рассматривать лишь вопрос о том, в состоянии ли хранитель нести ответственность своим имуществом (своими активами) в случае повреждения или утраты предмета хранения. Если в состоянии — хорошо, а не в состоянии — ответственность можно застраховать либо обратиться за поручительством к третьим лицам.

В то же время ответственность плательщика за неуплату по векселю застраховать невозможно. Для обеспечения исполнения по векселю можно использовать лишь аваль.

Авалирование векселя — это своего рода косвенное страхование предпринимательских рисков самого векселедателя, плательщика или индоссанта. Страхование предпринимательских рисков — дорогое удовольствие. Аваль по векселю «стоит» около 8—10 % от авалируемой суммы.

Страхование же ответственности товарного склада при выпуске им складских свидетельств может заключаться в страховании риска утраты или повреждения хранимого имущества при наступлении определенных обстоятельств (страховых случаев). Такое страхование может обойтись значительно дешевле — около 1,5—2 % от стоимостной оценки товара.

Еще одно преимущество складского свидетельства перед векселем — в нем фигурирует обязательство передать конкретный товар, а не эфемерное (как в случае с векселями) обещание то ли принять, то ли не принять вексель в оплату неизвестно каких товаров, работ или услуг, отгруженных (выполненных) неизвестно по какой стоимостной оценке.

²² Там же. С. 36.

Наряду с преимуществами следует признать и некоторые негативные моменты применения складских свидетельств:

- отсутствие рынка этих ценных бумаг, в результате чего трудно говорить о возможности быстрой продажи складского свидетельства за деньги. С векселями дело обстоит более благополучно;

- высокая степень недоверия к этой ценной бумаге из-за отсутствия достаточных знаний о ней, отсутствие законодательно закрепленных и формализованных правил ее обращения¹⁶.

Учитывая вышеизложенное, можно только приветствовать скорейшее принятие закона «О складских свидетельствах», проект которого рассматривается в Думе. В нем, в частности, предусмотрена возможность выпуска производных по отношению к свидетельствам ценных бумаг¹⁷.

Задепонировав складские (залоговые) свидетельства, профессиональный участник рынка ценных бумаг получит возможность выпускать бездокументарные именные эмиссионные ценные бумаги, удостоверяющие право на получение этих складских (залоговых) свидетельств. Новые ценные бумаги получили в законе название **«депозитарные сертификаты»**. Важно, что депозитарные сертификаты могут выпускаться только в отношении складских (залоговых) свидетельств, выданных в подтверждение принятия на хранение вещей, определяемых родовыми признаками.

Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий доверительное управление складскими свидетельствами, вправе выпускать депозитарные сертификаты (расписки) только в том случае, если это предусмотрено договором доверительного управления. В случае выпуска депозитарных сертификатов (расписок) депонированные складские (залоговые) свидетельства могут быть выданы депозитарием только владельцам депозитарных сертификатов (расписок) и в течение срока, предусмотренного в них. Таким образом, на внебиржевом и товарном рынках могли бы обращаться сами свидетельства, в то время как депозитарный сертификат удобен для биржевой торговли.

Можно ожидать, что большая часть трансакций¹⁸ будет совершаться на рынке депозитарных сертификатов, а не двойных складских свидетельств. Предложенная конструкция содержит элементы схемы выпуска ADR (американских депозитарных расписок) и в то же время напоминает процедуру выпуска производных ценных бумаг на рынке недвижимости, где вместо пакета складских свидетельств используется пул закладных¹⁹.

Существуют и другие возможности использования складских свидетельств. Не следует забывать о складском свидетельстве как о еще одном способе продать товар²⁰. Воплотив реальный товар в права на него, удостоверенные ценной бумагой, мы можем предложить «этот товар» на совершенно иных рынках, в среде иных участников, которые не имеют права покупать реальный товар, — в среде банков, страховых компаний и профессиональных участников рынка ценных бумаг. Эти организации не вправе приобретать реальный товар, но вправе приобретать ценные бумаги (складские свидетельства).

В сфере ссудного капитала в настоящее время сосредоточена основная масса денежных средств, находящихся в обращении, а в сфере промышленного капитала, напротив, наблюдается катастрофический дефицит денег. Это привело к тому, что получили распространение так называемые сделки «репо» (сделки купли-продажи ценных бумаг с обязательством обратного выкупа их через некоторое время) со свидетельствами, заключаемые между коммерческими банками и промышленными предприятиями.

Итоговый экономический результат тот же самый, что и при банковском кредитовании — предприятие получает денежные ресурсы во временное пользование, но применяется другой юридический инструментарий, что представляет значительно большую свободу творчества как для банка, так и для промышленного предприятия, нуждающегося в деньгах. Преимущества этой схемы еще и в том, что на стороне «кредитора» может быть не только банк, но, в принципе, любое лицо, располагающее свободными деньгами.

В отличие от двойного складского свидетельства, простое складское свидетельство является ценной бумагой на предъявителя. В нем вместо сведений о товаровладельце указывается, что свидетельство выдано на предъявителя (ст. 917 ГК РФ). Передача незаложенного простого складского свидетельства другому лицу с целью передачи ему товара, хранящегося на складе по этому свидетельству, осуществляется путем вручения свидетельства этому лицу (без совершения передаточной надписи).

Простое складское свидетельство не имеет специальной залоговой части, которая существует в двойном складском свидетельстве. Но и простое свидетельство может быть заложено в обеспечение долга по этому свидетельству.

Залог простого складского свидетельства совершается путем передачи займодавцу (кредитору) этого свидетельства с залоговой передаточной надписью на нем, аналогичной по содержанию и оформлению первой передаточной надписи на залоговом свидетельстве с той лишь разницей, что она совершается на предъявителя. В дальнейшем для передачи заложенного простого свидетельства другому лицу достаточно вручения ему этого свидетельства.

Товаровладельцу (заемщику), получившему денежную сумму под простое складское свидетельство, по его требованию нотариусом либо товарным складом выдается копия свидетельства с воспроизведенной на нем передаточной надписью и отметкой о том, что надпись нотариально удостоверена либо зарегистрирована в реестре склада.

Товарный склад, принявший на хранение товар и выдавший складское свидетельство, обязан принять все предусмотренные договором меры, чтобы обеспечить сохранность вещи.

²³ Городецкий С. Ипотечные ценные бумаги в дореволюционной России // Рынок ценных бумаг. 1999. № 19. С. 78.

²⁴ Рефинансирование — новое заимствование для погашения имеющейся задолженности. Рефинансированием кредитной деятельности является привлечение средств вкладчиков для обеспечения операций кредитования заемщиков.

Если на складе хранится вещь с опасными свойствами, то порядок возникновения ответственности сторон регулируется ст. 894 ГК РФ и, по сути, сводится к двум ситуациям:

- хранитель не знал и не мог знать об опасных свойствах вещи;

- об опасных свойствах вещи ему было известно.

Случай первый. Поклажедатель не предупредил товарный склад об опасных свойствах вещи либо умышленно скрыл это от хранителя. Хранитель вправе в любое время уничтожить или иным способом обезвредить принятую на хранение вещь. При этом хранитель не обязан возмещать поклажедателю убытки и вознаграждение за хранение, если оно уже уплачено. Более того, сам поклажедатель будет нести ответственность перед хранителем или третьими лицами за причиненные убытки.

Инвестор, приобретающий складское свидетельство, должен понимать, что вместе с правами на товар он принимает на себя также и ответственность поклажедателя, предусмотренную действующим законодательством. Поэтому ответственность перед товарным складом или третьими лицами за причиненный вред, если проявились опасные свойства вещи, будет нести фактический держатель складского свидетельства, а не первый поклажедатель²¹. Разумеется, у держателя свидетельства появляются основания предъявить в последующем иск к поклажедателю, который не поставил хранителя в известность об опасных свойствах вещи.

Случай второй. Хранитель знал об опасных свойствах вещи и принял ее на хранение. Чтобы избежать ответственности перед поклажедателем за причиненные ему убытки, товарному складу придется доказать, что несмотря на все принятые меры, вещь все же проявила опасные свойства и ему пришлось ее уничтожить или обезвредить (отсутствие вины). Если он этого не докажет, то будет отвечать перед держателем складского свидетельства за утрату или повреждение вещи. Держатель складского свидетельства (в соответствии с п. 2 ст. 894 ГК РФ) в этом случае не несет ответственности перед то-

варным складом и третьими лицами за убытки, причиненные в связи с хранением таких вещей.

Держателю залогового свидетельства (варранта) в этом случае необходимо помнить, что с уничтожением вещи прекращается и право залога, поскольку перестает существовать сам объект права. Если в тексте варранта либо в договоре залога не предусмотрено иное, то будут применяться правила ст. 345 ГК РФ. В соответствии с ней замена предмета залога возможна, но только по инициативе залогодателя.

При возникновении реальной угрозы повреждения вещи либо обстоятельств, которые препятствуют выполнению функций хранения (когда для обеспечения сохранности вещи требуется изменить условия хранения), товарный склад на основании ст. 910 ГК РФ обязан незамедлительно уведомить об этом держателя складского свидетельства. Такая обязанность возникает и в случае обнаружения повреждения товара. В отличие от общих правил, установленных для договоров хранения п. 1 ст. 893 ГК РФ, когда хранитель, прежде чем принять меры, обязан дождаться ответа от поклажедателя, ответа от держателя складского свидетельства не требуется, и товарный склад вправе менять условия хранения самостоятельно на основании п. 1 ст. 910 ГК РФ.

Когда речь идет о простом складском свидетельстве на предъявителя, имя поклажедателя не известно и уведомлять некого. Но если речь идет о двойном складском свидетельстве, то поклажедатель определен и товарному складу следует позаботиться о ведении реестра держателей свидетельств и иметь доступ к информации об их местонахождении. Если в процессе обращения двойное свидетельство было разделено на складскую и залоговую части, то уведомлять надо и тех и других держателей.

Сказанное относилось лишь к изменению условий хранения. Что касается возможности товарного склада иным образом распорядиться вещью (если нельзя далее соблюдать условия хранения), то здесь необходимо не только уведомление, но и определенная реакция держателя свидетельства. Законодательство не устанавливает сроков ни для уведомления

держателя свидетельства, ни для получения от него ответа. Очевидно, что сроки должны быть урегулированы внутренними документами товарного склада, которые регламентируют порядок выдачи и погашения складских свидетельств.

Если держатель свидетельства не отвечает на уведомление товарного склада о намерении распорядиться вещью в связи с возникновением угрозы ее повреждения или обстоятельств, не позволяющих обеспечить ее сохранность, то в соответствии с п. 2 ст. 893 и ст. 895 ГК РФ у товарного склада появляется право продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения, либо передать ее на хранение третьему лицу без согласия держателя свидетельства.

Когда передача вещи на хранение третьему лицу и замена товарного склада происходят без согласия держателя свидетельства, прежний товарный склад несет ответственность за действия нового склада как за собственные, в отличие от ситуации, когда вещь передается на хранение новому товарному складу с согласия поклажедателя. В любом случае, когда происходит замена товарного склада, прежний склад должен изъять из обращения свои свидетельства и заменить их на складские свидетельства нового товарного склада, поскольку наименование и место расположения товарного склада — обязательный реквизит двойного свидетельства.

Положение усложняется, если фигурируют двойные складские свидетельства, которые состоят из двух свидетельств (складское и залоговое), и эти свидетельства находятся у разных держателей. Товарному складу придется отозвать и те и другие свидетельства и при выдаче новых проконтролировать, чтобы залоговая часть была передана по назначению со всеми отметками.

Когда вещь продается товарным складом в связи с возникновением обстоятельств, не позволяющих обеспечить ее сохранность, либо в связи с возникновением угрозы ее повреждения, то вырученная сумма должна быть возвращена держателю свидетельства. Однако, в соответствии с п. 2 ст. 893 ГК РФ, если свидетельства, не позволяющие обеспечить сохранность вещи, возникли по причинам, за которые товарный склад не отвечает, то пос-

ледний имеет право на возмещение своих расходов по продаже за счет вырученной суммы. Возврат указанной денежной суммы должен происходить, по-видимому, в том же порядке, в котором предполагался возврат самой вещи (то есть либо против предъявления складского и залогового свидетельств одновременно, либо против складского свидетельства и квитанции об исполнении обязательства, обеспеченного варрантом).

Последствия продажи предмета хранения в этой ситуации не до конца урегулированы в законодательстве. Держатель залогового свидетельства имеет право залога только в период хранения. При продаже предмета хранения залог прекращается. На наш взгляд, после продажи вещи предметом залога должна стать вырученная при этом денежная сумма, но вопрос требует решения на законодательном уровне²².

Если речь не идет о складских свидетельствах со сроком хранения «до востребования», то по истечении срока хранения (этот срок должен быть указан в тексте складского свидетельства) на основании ст. 899 ГК РФ у держателя свидетельства возникает обязанность немедленно взять вещь из хранения. Если держатель свидетельства не исполняет своей обязанности и в тексте складского свидетельства либо в обособленном договоре хранения не предусмотрено иное, то товарный склад вправе самостоятельно продать вещь. Порядок продажи невостребованной вещи определяется правилами п. 2 ст. 899 ГК РФ. Если оценка вещи превышает 100 минимальных размеров оплаты труда, то продать ее можно только с аукциона. Прежде чем продать вещь, склад в обязательном порядке должен письменно уведомить держателя свидетельства о предстоящей продаже.

Объем ответственности товарного склада определяется тем, что в отношении хранения на товарном складе ст. 907 ГК РФ устанавливает только возмездную форму договора хра-

²⁵ Комментарий к ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 № 102-ФЗ / Отв. ред. М. Масевич // Законодательство и экономика. 1999. № 10. С. 24.

²⁶ Плешанова О. Закладная — новый вид ценной бумаги // Российская юстиция. 1998. № 5. С. 20.

нения и в соответствии со ст. 393 ГК РФ ответственность за убытки не ограничивается возмещением реального ущерба, а включает еще и упущенную выгоду. Ответственность в виде возмещения упущенной выгоды по общему правилу диспозитивна и может быть исключена по соглашению сторон.

Ответственность в виде возмещения реального ущерба ограничивается, как правило, оценкой вещи, указанной в свидетельстве. Однако если реальная стоимость вещи окажется больше или меньше этой оценки, то при арбитражных разбирательствах по поводу размера возмещения во внимание может быть принят тот факт, кто именно (поклажедатель или товарный склад) установил эту оценку. При этом возможны такие варианты:

1) Оценка установлена складом, и держатель свидетельства докажет, что действительная стоимость утраченной или поврежденной вещи выше. Тогда он вправе потребовать возмещения реальной стоимости вещи.

2) Оценка дана самим поклажедателем. Тогда оснований требовать пересмотра стоимости вещи, очевидно, нет.

3) Оценка вещи вообще не была установлена ни договором хранения, ни в тексте складского свидетельства. В этом случае при определении суммы возмещения следует руководствоваться правилами п. 3 ст. 393 ГК РФ, согласно которым при определении убытков принимаются во внимание цены, существующие в том месте, где обязательство должно быть исполнено.

Чтобы не утратить свои права на получение возмещения от товарного склада, держатель свидетельства, который требует товар со склада, должен соблюсти определенную «процедуру», регламентированную ст. 911 ГК РФ. Так, заявление о недостатке или повреждении товара должно быть сделано складу письменно при получении товара, а если недостатка или повреждение не могли быть обнаружены при обычном способе принятия товара, то заявление должно быть сделано в течение трех дней с момента получения товара. Если такое заявление не сделано, то для предъявления претензий к товарному складу держатель свидетельства должен будет дока-

зять, что товар возвращен складом с нарушением условий хранения.

Складская квитанция, в отличие от двойного складского свидетельства и простого складского свидетельства, не является ни ценной бумагой, ни товарораспорядительным документом. Товар, принятый на хранение по складской квитанции, не может быть заложен с использованием этой квитанции.

ГК не устанавливает требований к содержанию складской квитанции. Однако целесообразно, чтобы складская квитанция содержала сведения, предусмотренные статьей 913 ГК, а также другие необходимые условия (сведения), связанные с хранением товара.

Подводя итог, следует отметить, что складское свидетельство как ценная бумага имеет ряд преимуществ перед другими видами ценных бумаг, среди которых: выдача свидетельства складом всегда сопровождается передачей реального товара на хранение; свидетельство как оборотная ценная бумага может быть использовано на вторичном фондовом рынке; риск держателя складского свидетельства в основном сводится к риску гибели или повреждения имущества, и этот риск можно застраховать.

Еще одна особенность данной ценной бумаги: реальный товар может быть реализован на товарном рынке, а право на этот товар, воплощенное в складском свидетельстве — на фондовом, где в качестве покупателя могут выступать профессиональные участники рынка ценных бумаг, в том числе и банки. Все вышеуказанное позволяет говорить о большом потенциале данной ценной бумаги, который при определенных условиях (разработка специального законодательства, развитие рынка этих ценных бумаг) будет востребован экономикой страны.

4. Закладная

Закладная — ценная бумага, которая может быть выдана на основании договора об ипотеке (залоге недвижимости) как способе обеспечения исполнения основного обязательства (кредитного договора и т. д.). Закладная выдается должником по основному обязательству кредитору и может быть передана кредитором другому лицу с соблюдением установленной законом формы. Закладная удостоверяет право кредитора в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства получить удовлетворение своих требований из стоимости указанного в закладной имущества преимущественно перед другими кредиторами основного должника.

Первые в России банковские ипотечные ценные бумаги появились по инициативе государства²³. Именно благодаря государственной поддержке в России возник развитый рынок ипотечных ценных бумаг, на котором обращалось большое количество ипотечных бумаг, выпускаемых различными эмитентами.

Ключевую роль в системе ипотечных кредитных отношений играли выпускавшиеся ипотечными банками специальные ценные бумаги. Они были обеспечены всей обезличенной массой земель, заложенных в банке, приносили твердо фиксированный доход и, как правило, назывались закладными листами. Закладные листы выпускались с целью рефинансирования²⁴ кредитной деятельности и по большей части даже сами ссуды выдавались не наличными деньгами, а закладными листами, которые заемщики должны были потом реализовать на бирже.

Так, в XIX в. Земский банк Херсонской губернии, по сути, первый банк земельного кредита в России, который начал свою работу с выдачи землевладельцам-заемщикам именно таких кредитов, исключительно 5,5 % закладными листами по нарицательной стоимости. С точки зрения покупателей этих ценных бумаг, они, может быть, были не так уж и доходны, но, безусловно, надежны, ведь в качестве обеспечения вы-

ступали частная поземельная собственность, принимаемая в залог не выше половинной ее стоимости и оцененная специалистами, а также запасной капитал и все остальное имущество банка.

Банк выдавал ссуды на 34 года 11 месяцев и выпускал листы номиналом 100, 250 и 1000 руб. с таким же сроком погашения. Все закладные листы одной серии оплачивались наличными деньгами постепенно в течение 34 лет 11 месяцев посредством постоянных тиражей, проводившихся 2 раза в год. Капитал, из которого производилась оплата по нарицательной цене изъятых при тираже закладных листов, составлялся из процента погашения, вносимого заемщиками. Каждый из них уплачивал банку по 7 % в год, из которых 5,5 % шли на уплату процентов по закладным листам, 0,25 % — на составление запасного капитала, 0,25 % — на расходы по управлению и 1 % — на погашение капитала.

Так как заемщики во время всего срока платили 7 % ежегодно, уплачивая этим взносом и часть капитала, то процент вносимого погашения с каждым годом увеличивался, соответственно, росло число погашаемых листов каждой серии при каждом последующем тираже. В течение 34 лет 11 месяцев все закладные листы серии изымались из обращения и оплачивались наличными деньгами, а заемщики, под именные которых были выпущены закладные листы этой серии, освобождались от всех своих обязательств к Земельному банку Херсонской губернии.

Кроме того, закладные листы изымались из обращения и оплачивались еще в двух случаях: если заемщик досрочно уплачивал свой долг наличными деньгами и если имение, под залог которого выпущены закладные листы, продавалось с публичного торга за наличные деньги. В обоих случаях сумма капитального долга присоединялась к погасительному капиталу и на всю эту сумму при первом ближайшем тираже изымалось причитающееся количество закладных листов.

Уставом банка предусматривалось, что если кто-то, заложивший имение и продавший свои закладные листы, впоследствии пожелал бы уплатить долг, то, купив закладные ли-

сты по биржевой цене, он мог представить их в банк, который принимал их в уплату капитального долга по нарицательной цене. Если просроченное имение продавалось с публичного торга за долг банку, то владелец закладных листов, купив это имение, мог в уплату представить закладные листы, которые и в этом случае принимались из расчета полной нарицательной цены.

Следовательно, если заемщик уплачивал свой долг закладными листами, то представленные в уплату листы уничтожались, а их номера немедленно вынимались из тиражного колеса.

Тираж проводился следующим образом: вся сумма погасительного фонда (процент погашения), собиравшаяся каждое полугодие от взносов заемщиков, под имение которых выданы закладные листы в то полугодие, распределялась пропорционально между числом этих закладных листов, а потом определялось, сколько листов каждого достоинства должно быть извлечено из обращения. Затем все номера выпущенных закладных листов каждого достоинства опускались в тиражные колеса и причитающееся к погашению количество вынималось. Вынутые номера записывались и публиковались троекратно, а через 6 месяцев владельцы закладных листов, предъявляя их правлению банка, могли получить сумму по нарицательной цене. Предъявленные листы уничтожались. Тираж по каждой серии (по каждому полугодию) и по листам каждого достоинства делался отдельно.

При уплате посредством тиража есть неудобство, состоящее в том, что нельзя заранее знать время обратного получения капитала. Насчет полного и своевременного получения процентов правление банка давало полные гарантии, так как по предъявлении купонов, срок платежа по которым уже наступил, проценты выплачивались наличными деньгами из тех взносов, которые получались от заемщиков за 6 месяцев вперед. Если бы некоторые заемщики опоздали со взносом срочных платежей, то владельцы закладных листов ничего не теряли: проценты по купонам были бы выплачены из запасного капитала из 100000 руб., отпущенных на этот предмет

взаимообразно из капитала народного продовольствия Херсонской губернии.

А когда заемщики вносили запоздалые платежи, то запасной и позаимствованный капиталы сразу же пополнялись. Если платежей не поступало 16 месяцев, то имение неисправного заемщика продавалось и из вырученных от продажи денег не только уплачивались проценты, пени и штрафы, но и все количество закладных листов серии, выданных под данное имение, извлекалось из обращения путем тиража. То есть сумма капитального долга, вырученная от продажи имения, присоединялась к погасительному фонду данной серии, в ближайший полугодовой срок делался очередной тираж и причитающееся количество закладных листов оплачивалось наличными деньгами.

Ипотечные облигации выпускали не только частные банки. Более того, для государственных банков источником средств на выдачу ссуд были именно процентные бумаги. Они назывались закладными листами ГДЗБ (Государственного дворянского заемного банка) и государственными свидетельствами КПБ (Крестьянского поземельного банка). Их отличие от закладных листов частных и общественных земельных кредитных установлений заключалось в том, что выплаты по ним гарантировались Российским государством.

Если бросить взгляд на весь спектр ценных бумаг, выпускавшихся российскими ипотечными кредитными организациями, то в период до 1917 г. на фондовом рынке обращались: закладные листы ГДЗБ и государственные свидетельства КПБ; закладные листы земельных банков как с акционерным капиталом, так и основанных на принципах взаимного кредита; облигации и закладные листы городских кредитных обществ и акции земельных банков.

В современном российском праве закладная является ценной бумагой, удостоверяющей следующие права ее законного владельца:

- право на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой имущества, указанного в

договоре об ипотеке, без представления других доказательств существования этого обязательства;

- право залога на указанное в договоре об ипотеке имущество.

Первоначальным держателем закладной является залогодержатель. При наличии последующих залогов по договору об ипотеке только первоначальный залогодержатель имеет права на закладную (п. 5 ст. 43 Закона об ипотеке). Договор об ипотеке может не предусматривать выдачи закладной, но закладная может быть выдана лишь при наличии соответствующих положений в договоре об ипотеке.

Закладная является именной ценной бумагой (ст. 13 Закона об ипотеке), то есть закладная должна быть выписана на имя определенного лица. Однако в отличие от именных ценных бумаг, которые передаются в соответствии с нормами об уступке прав, законодательство в качестве способа передачи прав по закладной предусмотрело передаточную надпись, что характерно для ордерных ценных бумаг. Исходя из этого положения некоторые ученые (Е. Павлодский, О. Плешанова) относят ее к ордерным ценным бумагам²⁵. «Закладная может представлять ценность для рыночного оборота только как ордерная ценная бумага с передачей прав по ордерному индоссаменту с указанием имени правопреемника»²⁶. По нашему мнению, особенности закладной как ценной бумаги позволяют отнести ее к именным ценным бумагам со специфическим способом передачи удостоверяемых ею прав. Передаточная надпись на закладной не является индоссаментом. Передающие закладную лица не являются индоссантами и не несут предусмотренной для индоссантов солидарной ответственности перед владельцем закладной.

Закладная не может быть выдана, если предметом ипотеки являются предприятие как имущественный комплекс, земельные участки сельскохозяйственного назначения и право аренды указанного имущества.

Закладная должна содержать:

1) слово «закладная», включенное в название документа;

2) имя залогодателя и указание места его жительства либо его наименование и указание места нахождения, если залогодатель — юридическое лицо;

3) имя первоначального залогодержателя и указание места его жительства либо его наименование и указание места нахождения, если залогодержатель — юридическое лицо;

4) название кредитного договора или иного денежного обязательства, исполнение которого обеспечивается ипотекой, с указанием даты и места заключения такого договора или основания возникновения обеспеченного ипотекой обязательства;

5) имя должника по обеспеченному ипотекой обязательству, если должник не является залогодателем, и указание места жительства должника либо его наименование и указание места нахождения, если должник — юридическое лицо;

6) указание суммы обязательства, обеспеченной ипотекой, и размера процентов, если они подлежат уплате по этому обязательству, либо условий, позволяющих в надлежащий момент определить эту сумму и проценты;

7) указание срока уплаты суммы обязательства, обеспеченной ипотекой, а если эта сумма подлежит уплате по частям — сроков (периодичности) соответствующих платежей и размера каждого из них либо условий, позволяющих определить эти сроки и размеры платежей (план погашения долга);

8) название и достаточное для идентификации описание имущества, на которое установлена ипотека, и указание места нахождения такого имущества;

9) денежную оценку имущества, на которое установлена ипотека;

²⁷ См.: совместный приказ Минюста РФ, Госкомитета РФ по строительству и жилищно-коммунальному комплексу и ФКЦБ РФ от 16.10.2000 «Об утверждении инструкции о порядке регистрации ипотеки жилого помещения, возникшей в силу закона или договора, а также о порядке регистрации смены залогодержателя в связи с переходом прав требований по ипотечным кредитам».

10) наименование права, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и органа, зарегистрировавшего это право, с указанием номера, даты и места государственной регистрации, а если предметом ипотеки является принадлежащее залогодателю право аренды — точное название имущества, являющегося предметом аренды;

11) указание на то, что имущество, являющееся предметом ипотеки, обременено правом пожизненного пользования, аренды, сервитутом, иным правом либо не обременено никаким из подлежащих государственной регистрации прав третьих лиц на момент государственной регистрации ипотеки;

12) подпись залогодателя, а если он является третьим лицом, также и должника по обеспеченному ипотекой обязательству;

13) сведения о времени и месте нотариального удостоверения договора об ипотеке, а также сведения о государственной регистрации ипотеки;

14) указание даты выдачи закладной первоначальному залогодержателю.

Отсутствие хотя бы одного из этих реквизитов влечет за собой недействительность закладной. Залогодержатель в таком случае не может быть зарегистрирован органами юстиции, осуществляющими государственную регистрацию права собственности на недвижимое имущество и сделок с ним, в качестве владельца закладной. Закладная не теряет юридической силы при наличии дополнительных условий, которые имеют то же значение, что и обязательные реквизиты.

При несовпадении содержания закладной и договора об ипотеке следует руководствоваться содержанием закладной. Залогодатель обязан устранить несоответствие закладной основному обязательству и договору об ипотеке путем замены закладной новой. С этой целью залогодержателю необходимо немедленно после обнаружения такого несоответствия обратиться к залогодателю. В случае возникновения убытков, вызванных расхождением между закладной и указанными до-

кументами, залогодатель как составитель закладной несет за это ответственность.

Законный владелец закладной вправе основывать свои права на закладной лишь в случае, когда все листы закладной пронумерованы, скреплены печатью и нотариально удостоверены с указанием времени и места удостоверения договора об ипотеке. Отдельные листы каких-либо прав у владельца закладной не порождают.

Любой законный владелец закладной вправе потребовать от органа, осуществившего государственную регистрацию ипотеки, зарегистрировать его в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в качестве залогодержателя с указанием его имени и места жительства, а если владельцем закладной является юридическое лицо — его наименования и места нахождения.

Закладная не требует нотариального удостоверения и государственной регистрации. Роль нотариуса ограничивается подтверждением на закладной отметки о времени и месте нотариального удостоверения договора об ипотеке. В задачу нотариуса входит также нумерация и скрепление печатью листов закладной.

Договор об ипотеке вместе с регистрацией владельца закладной должен быть зарегистрирован в течение одного месяца со дня, когда в регистрационный орган поступили все необходимые документы.

Владелец закладной вправе совершить передаточную надпись о передаче закладной другому лицу.

Залогодержатель вправе по своему выбору уступить свои права либо по договору об ипотеке, либо на основании закладной. Однако в том случае, когда права залогодержателя удостоверены закладной, уступка прав по договору об ипотеке или обязательству, обеспеченному ипотекой, не допускается. Такая сделка признается ничтожной.

В исключение из общего правила о ценных бумагах содержание закладной может быть изменено. Так, в случае частичного исполнения основного обязательства либо гибели предмета ипотеки залогодатель по соглашению с залогодер-

жателем (другим законным владельцем закладной) предоставлено право изменять предмет ипотеки, с тем чтобы уменьшенная стоимость заложенной недвижимости соответствовала невыполненной части основного обязательства. Такая замена будет действительной лишь при внесении необходимых изменений в содержание закладной либо замене закладной и выдаче нового документа, в котором будет указан другой предмет ипотеки. Соглашение об изменении содержания закладной подлежит нотариальному удостоверению (п. 7 ст. 13 Закона об ипотеке).

Изменение содержания закладной оформляется приложением к закладной копии нотариально заверенного соглашения о замене предмета ипотеки. Данное соглашение становится неотъемлемой частью закладной.

Замена закладной новым документом требует внесения изменений в единый государственный реестр прав на недвижимое имущество. Прежняя (аннулированная) закладная может потребоваться для подтверждения прав залогодержателя. Указанный порядок замены закладной или изменения ее содержания применяется и в том случае, когда изменяется размер обеспечения в связи с увеличением требований кредитора. Например, при продлении срока действия основного обязательства, которое влечет за собой увеличение требований кредитора, а вследствие этого увеличивается размер обеспечения путем замены предмета ипотеки либо дополнения заложенного имущества.

Содержание закладной подлежит изменению в случае перевода долга по основному обязательству в установленном порядке, поскольку перевод долга влечет за собой замену должника.

В соответствии со ст. 49 Закона об ипотеке владелец закладной может заложить ее путем передачи залогодержателю закладной в обеспечение обязательства, возникшего между прежним владельцем закладной (ипотечным залогодержателем) и новым залогодержателем. В этих случаях новая запись о владельце закладной должна быть осуществлена в течение одного дня со дня предъявления закладной новым законным владельцем.

Регистрационный орган также обязан в этот же срок осуществить запись о новом владельце закладной, если переход прав по закладной подтверждается документами о реорганизации юридического лица — прежнего владельца закладной либо закладная перешла к новому залогодержателю в порядке наследования.

Основанием для регистрации нового владельца закладной может быть также и судебное решение.

Закладная, как и любая ценная бумага, должна быть предъявлена ее владельцем для осуществления прав, закрепленных в закладной, обязанному лицу. Так, в случае залога закладной залогодержатель обязан предъявить ее должнику (либо залогодателю, если он является третьим лицом), с тем чтобы он мог выполнить обязательство, обеспеченное ипотекой, либо получить обеспечение своих требований из сумм, вырученных при реализации предмета ипотеки.

В случае исполнения обязательства, обеспеченного ипотекой, прекращение ипотеки удостоверяется путем передачи закладной залогодателю. В случае нахождения закладной у залогодержателя либо отсутствия на ней отметок о частичном исполнении основного обязательства бремя доказывания исполнения обязательства, обеспеченного ипотекой, в целом либо в части лежит на должнике.

В свою очередь, нахождение закладной у должника основного обязательства свидетельствует об исполнении обязательства, обеспеченного ипотекой.

Исполнение основного обязательства влечет за собой аннулирование закладной путем простановки на ней органами, осуществлявшими регистрацию ипотеки, штампа «погашено».

Закладная может быть в судебном порядке признана недействительной в случае нарушения порядка ее выдачи либо в связи с утратой закладной. К примеру, когда закладная содержит бланковую передаточную надпись, то есть отсутствует наименование (полное имя) лица, в пользу которого učinяется передаточная надпись. Утрата закладной является основанием для выдачи законному владельцу дубликата закладной. До решения вопроса о том, кому принадлежит заклад-

ная, обязанное по закладной лицо вправе не исполнять обязательства, вытекающие из закладной.

Восстановление прав по утраченной закладной производится залогодателем, а если он является третьим лицом — также и должником по обеспеченному ипотекой обязательству на основании: заявления в их адрес лица, означенного в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в качестве залогодержателя, если по данным, внесенным в указанный реестр, возможно установить все передаточные надписи, совершенные на утраченной закладной; решения суда, вынесенного по результатам рассмотрения в порядке особого производства дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации.

Залогодатель, а если он является третьим лицом, а также и должник по обеспеченному ипотекой обязательству обязаны в минимально возможные сроки составить дубликат закладной с отметкой на нем «дубликат» и передать его в орган, осуществивший государственную регистрацию ипотеки.

Дубликат закладной выдается органом, осуществившим государственную регистрацию ипотеки, путем вручения лицу, утратившему закладную. Дубликат закладной должен полностью соответствовать утраченной закладной. Составитель дубликата закладной несет ответственность за убытки, возникшие в связи с несоответствием дубликата закладной утраченной закладной. Обязанные по закладной лица не вправе отказывать законному владельцу дубликата закладной в осуществлении прав по ней в связи с указанным несоответствием, если они за него отвечают.

Закладная как ценная бумага может быть предметом гражданско-правовых сделок, в том числе на рынке ценных бумаг. В связи с этим ФКЦБ РФ утверждены методические рекомендации по применению профессиональными участниками рынка ценных бумаг ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 26 февраля 1999 года. Данные рекомендации содержат, в частности, следующие положения:

«Осуществление профессиональными участниками рынка ценных бумаг операций с закладными не требует спе-

циального лицензирования. При этом операции с закладными осуществляются профессиональным участником рынка ценных бумаг в соответствии с тем видом профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, правом на осуществление которой он обладает на основании выданной ему в установленном порядке лицензии.

Закладные могут использоваться в качестве базового актива с целью выпуска их собственником или доверительным управ-

ляющим иных ценных бумаг в порядке и на условиях, устанавливаемых Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг.

Выдача одним лицом двух или более закладных не является их выпуском, не подлежит государственной регистрации в соответствии с правилами Федерального закона «О рынке ценных бумаг». В соответствии с Федеральным законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)» закладная составляется, выдается и обращается в форме письменного документа. Права на закладную не могут быть удостоверены ее сертификатом. Реестровый учет владельцев закладных не ведется.

В целях снижения риска наступления неблагоприятных имущественных последствий Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг рекомендует инвесторам, а также профессиональным участникам рынка ценных бумаг обращать внимание на текст и обязательные реквизиты закладных, содержание которых может свидетельствовать о степени риска таких ценных бумаг.

К высокорискованным закладным, в частности, могут относиться следующие:

а) закладные, по которым залогодателями и должниками по обеспеченным ипотекой обязательствам выступают различные лица, за исключением случаев, когда в качестве залогодателей недвижимого имущества выступают Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования;

б) закладные, залогом недвижимого имущества по которым обеспечены не обязательства по возврату полученных кредитов (займов), но иные гражданско-правовые обязательства;

в) закладные, законными владельцами и отчуждателями которых являются физические лица;

г) закладные, в качестве первоначальных законных владельцев которых указаны физические лица;

д) закладные, в качестве первоначальных законных владельцев которых указаны юридические лица, которым зако-

¹ См.: ФЗ «О рынке ценных бумаг» // Российская газета. 1996. 25 апр.

нодательством Российской Федерации не предоставлено право осуществлять ипотечное кредитование;

е) закладные в отсутствие приложенных к ним договоров кредита и ипотеки, форма и содержание которых соответствуют требованиям гражданского законодательства Российской Федерации, а также законодательства о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним;

ж) закладные, недвижимое имущество по которым принадлежит залогодателям на праве хозяйственного ведения;

з) закладные, по которым заложенным является право аренды или иное право владения и пользования недвижимым имуществом;

и) закладные, по которым заложенными являются воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания;

к) закладные, недвижимое имущество по которым находится в совместной (общей или долевой) собственности двух или более залогодателей;

л) закладные на жилые помещения²⁷ (квартиры, индивидуальные жилые дома) без приложенных к ним справок о характеристике жилой площади, справок о количестве и составе зарегистрированных (прописанных) на жилой площади лиц, оформленных в надлежащем порядке документов о землеотводе, планов земельных участков, пообъектных выписок из реестров регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

Закладная может быть использована как один из инструментов развития системы ипотечного кредитования, что предусматривает и Концепция развития системы ипотечного жилищного кредитования в РФ, одобренная Постановлением Правительства РФ от 11 января 2000 года «О мерах по развитию системы ипотечного жилищного кредитования в РФ».

Основой предлагаемой Концепции является создание рыночной системы долгосрочного ипотечного кредитования граждан для приобретения готового жилья на свободном рынке, включая как вновь построенное жилье, так и жилье на вторичном рынке.

Жилье является дорогостоящим товаром длительного пользования. Его приобретение, как правило, не может производиться за счет текущих доходов потребителей или накоплений. В большинстве стран мира приобретение жилья в кредит является не только основной формой решения жилищной проблемы для населения, но и базовой сферой экономической деятельности, ключевую роль в которой играют банковские и другие финансовые структуры, обеспечивающие необходимый прилив капиталов в эту сферу. Государство выполняет регулирующую роль посредством создания правовой основы, обеспечивающей эффективное взаимодействие всех участников процесса жилищного кредитования, а также при необходимости прямым или косвенным образом оказывает воздействие на привлечение дополнительных частных инвестиций в жилищную сферу и содействует различным категориям граждан в приобретении жилья.

Концепция предполагает создание целостной системы ипотечного жилищного кредитования, которая включает в себя предоставление долгосрочных жилищных ипотечных кредитов коммерческими банками и иными кредиторами гражданам — заемщикам, а также механизм обеспечения кредиторов необходимыми долгосрочными ресурсами для кредитования.

Расширение операций по долгосрочному ипотечному кредитованию со всей необходимостью ставит задачу привлечения достаточного объема долгосрочных ресурсов с финансового рынка и рынка капиталов, что определяет важность отработки надежного механизма финансирования кредиторов и обеспечения гарантий надежности инвесторам, направляющим свои капиталы на рынок долгосрочных жилищных ипотечных кредитов.

Концепция учитывает применяемое в мировой практике большое многообразие моделей и форм взаимодействия участников первичного и вторичного рынка ипотечных кредитов. На первичном рынке взаимодействуют кредиторы и заемщики (выдача и обслуживание ипотечных кредитов), а

на вторичном рынке — кредиторы и инвесторы, осуществляющие функцию рефинансирования кредиторов.

Обеспечение финансовыми ресурсами долгосрочных кредитов для населения возможно как за счет средств, привлекаемых кредиторами самостоятельно на первичном рынке (одноуровневая система ипотечного жилищного кредитования), так и за счет средств, привлекаемых на вторичном рынке через специализированных операторов (двухуровневая система ипотечного жилищного кредитования).

Рефинансирование кредиторов через систему коллективных инвестиций

В России действующими формами осуществления коллективных инвестиций являются общие фонды банковского управления и паевые инвестиционные фонды.

В этих фондах могут размещаться средства пенсионных фондов, предприятий и населения, а также денежные средства иных инвесторов, заинтересованных в развитии долгосрочного ипотечного жилищного кредитования в своем регионе.

Возможна организация специализированных фондов, денежные средства которых будут направлены исключительно на приобретение закладных.

Преимуществом этой модели является формирование в регионе рынка закладных и на этой основе — самодостаточной системы рефинансирования и активного вовлечения кредитных организаций региона в долгосрочное ипотечное жилищное кредитование.

Предлагается следующий механизм рефинансирования:

1) кредитор выдает ипотечный кредит. Оформляется закладная, которая переходит кредитору с соответствующей государственной регистрацией прав на недвижимое имущество и сделок с ним;

2) учредители общих фондов банковского управления или паевых инвестиционных фондов вносят денежные средства. В инвестиционной декларации доверительный управляющий (или управляющая компания) данного фонда ука-

зывает, что средства фонда будут направлены на покупку закладных;

3) доверительный управляющий (или управляющая компания) фонда покупает закладные у кредитных организаций за счет денежных средств, переданных фонду его учредителями. Для перехода прав по закладной на ней совершается передаточная надпись в пользу доверительного управляющего, которому передается закладная. Переход прав по закладной означает передачу этому же лицу прав по обеспеченному ипотекой обязательству (кредиту). Доверительный управляющий (или управляющая компания) должен потребовать от органа, осуществившего государственную регистрацию ипотеки, зарегистрировать его в качестве залогодержателя.

Должник по обязательству, обеспеченному ипотекой, получивший от нового владельца закладной письменное уведомление о регистрации его в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество с надлежаще заверенной выпиской из реестра, осуществляет промежуточные и окончательные платежи.

Доверительный управляющий (или управляющая компания) формирует портфель закладных, с тем чтобы обеспечить учредителям фонда стабильный доход.

При использовании этой модели привлечения кредитных ресурсов требуют уточнения некоторые аспекты закладной как неэмиссионной ценной бумаги.

Кроме того, необходимо дополнительно урегулировать вопросы налогообложения общих фондов банковского управления (доверительных управляющих и учредителей).

² См.: Фондовые рынки США: основные понятия, механизм, терминология: Пер. с англ. М.: Церих-ПЭЛ, 1992.

Рефинансирование кредиторов через операторов вторичного рынка ипотечных кредитов

В общем виде схема организации целостной системы долгосрочного ипотечного жилищного кредитования, построенная на взаимодействии первичного и вторичного рынков ипотечных кредитов, выглядит следующим образом.

На первичном рынке ипотечных кредитов кредиторы выдают населению ипотечные кредиты. Для обеспечения быстрого возврата кредитных ресурсов и решения проблемы ликвидности кредиторы могут уступить права требования по кредитам или закладным специально созданным для этой цели организациям — операторам вторичного рынка ипотечных кредитов (агентствам по ипотечному жилищному кредитованию). В этом случае заключается соответствующее соглашение между первичным кредитором и агентством об уступке прав требования по кредитам или закладным, а также договор доверительного управления приобретенными правами требования. Это позволяет кредитору продолжать четко контролировать заемщика, получать комиссионные за обслуживание кредита, а на средства, полученные от агентства, расширить кредитные операции.

Партнерами агентства могут стать кредиторы, отвечающие его квалификационным требованиям. Кредитор должен гарантировать агентству, что кредиты или закладные отвечают установленным требованиям и стандартам, предоставлять ему на постоянной основе необходимую финансовую информацию и другие сведения, а также обеспечивать доступ к документам, касающимся их взаимоотношений.

Агентство периодически проводит выборочные проверки ипотечных кредитов. Если в ходе проверки будут выявлены кредиты, не соответствующие установленным требованиям и стандартам, кредитор обязан либо исправить нарушение, либо выкупить кредиты или закладные. В случае ненадлежащего исполнения кредитором договора доверительного

управления агентство имеет право расторгнуть с ним договор о сотрудничестве и передать кредиты на обслуживание в другую кредитную организацию.

Агентство устанавливает обязательные для кредиторов критерии оценки вероятности возврата кредита, которые включают анализ платежеспособности заемщика, выполнения им предыдущих финансовых обязательств (кредитная история), наличие собственных средств, а также оценку стоимости и состояния передаваемого в залог имущества.

В рамках договора доверительного управления кредитор обеспечивает контроль за своевременной уплатой заемщиком налогов на заложенное имущество и страховых взносов. Механизм доверительного управления приобретенными правами требования по кредитам в случае банкротства первоначального кредитора защищает интересы агентств, так как данные права требования не будут входить в состав имущества, составляющего конкурсную массу.

Использование счетов доверительного управления для обслуживания кредитов предусматривает обязательную ежемесячную отчетность, что обеспечивает действенный контроль за операциями агентств и кредиторов со стороны Центрального банка Российской Федерации.

Деятельность специализированного института вторичного рынка ипотечных кредитов будет способствовать перераспределению рисков ипотечного кредитования. Речь идет о снижении риска ликвидности и процентного риска, возникающих при несоответствии структуры активов и пассивов первичных кредиторов, и его переносе на агентства.

Эта модель организации рефинансирования кредитных организаций позволяет реализовать в себе и другие модели привлечения кредитных ресурсов в сферу жилищного кредитования. Так, например, агентство по ипотечному жилищному кредитованию может стать доверительным управляющим общего фонда банковского управления или пассивного инвестиционного фонда, а также может осуществлять выпуск облигаций или ипотечных ценных бумаг.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РЫНКА ЦЕННЫХ БУМАГ

1. Общая характеристика правового регулирования рынка ценных бумаг

Понятие рынка ценных бумаг. Его значение

Основным источником правового регулирования рынка ценных бумаг является Гражданский кодекс РФ, кроме того, действует ФЗ «О рынке ценных бумаг» от 22 апреля 1996 г. Нормы, регулирующие оборот отдельных видов ценных бумаг, находятся в различных законодательных актах. Большое значение для правового регулирования выпуска и обращения ценных бумаг имеет финансовое законодательство.

Нормативные акты Президента РФ, Правительства РФ и других федеральных органов исполнительной власти конкретизируют положение законов. Кроме того, нормативные функции в сфере регулирования выпуска и обращения ценных бумаг принадлежат Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг. Наконец, Министерство финансов РФ и Центральный банк РФ конкретизируют положение законодательных и подзаконных актов в рамках своей компетенции.

Определение понятия рынка бумаг в законодательстве прямо не предусмотрено, однако в узком смысле слова под рынком ценных бумаг следует понимать «отношения, возникающие при эмиссии и обращении эмиссионных ценных бумаг независимо от типа эмитента, а также отношения, связанные с деятельностью профессиональных участников рынка ценных бумаг»¹. Таким образом, структуру рынка ценных бумаг образуют отношения, возникающие в связи с эмиссией и обращением эмиссионных ценных бумаг. Эмиссионные

ценные бумаги доминируют на экономическом рынке и поэтому требуют специального рассмотрения в связи с изучением рынка ценных бумаг.

Эмиссионными ценными бумагами считаются любые бумаги, которые характеризуются одновременно следующими признаками:

- закрепляют совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением формы и порядка, установленных законом;

- размещаются выпусками;

- имеют равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

Следовательно, эмиссионные ценные бумаги — это те ценные бумаги, которые выпускаются массовыми тиражами, а не выдаются отдельными экземплярами. В банковской практике эмиссионные бумаги иногда называют «эффектами» или «фондами». Это определяет соответствующие названия в сфере рынка ценных бумаг («фондовый» рынок, «фондовая» биржа и т. п.).

По прямому указанию закона к эмиссионным ценным бумагам отнесены акции и облигации.

Акция — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая права ее владельца (акционера) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, на участие в управлении акционерным обществом и на часть имущества, остающегося после его ликвидации. Выпуск акций на предъявителя разрешается в определенном отношении к величине оплаченного уставного капитала эмитента в соответствии с нормативом, установленным Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг.

Облигация — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее держателя на получение от эмитента облигации в предусмотренный ею срок ее номинальной стоимости и зафиксированного в ней процента от этой стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может

предусматривать иные имущественные права ее держателя, если это не противоречит законодательству Российской Федерации.

Однако к эмиссионным ценным бумагам относятся также жилищные сертификаты, так как являются «особым видом облигаций», и государственные казначейские обязательства. Эмиссионные ценные бумаги бывают именными и бумагами на предъявителя, документарными и бездокументарными.

«Безналичное» обращение ценных бумаг приобретает в настоящее время на фондовом рынке широкое распространение в связи с необходимостью развития торгового оборота. В условиях увеличения количества ценных бумаг и ускорения операций на фондовом рынке легитимационная и оборотная функции документов превращаются из достоинства ценной бумаги в ее балласт. В частности, для ценных бумаг требуются дорогостоящие хранилища. Кроме того, необходимость предъявления и обращения эмиссионных ценных бумаг серьезно затрудняет и замедляет совершение и исполнение коммерческих сделок. Известны случаи срыва своевременной передачи миллионных пакетов акций на крупных биржах в связи с техническими проблемами. Поэтому на практике фондового рынка возникает необходимость упростить и ускорить торговый оборот посредством правил, которые регламентируют движение прав из ценных бумаг, не требуя оборота самих документов.

«Дематериализация» ценных бумаг происходит в различных правовых формах. Например, на рынке ценных бумаг создаются специальные организации, которые позволяют оперировать правами, удостоверяемыми ценными бумагами, без движения самих ценных бумаг. 70—80 % эмиссионных ценных бумаг европейского рынка ценных бумаг хранятся у депозитариев. Движение прав по ценным бумагам происходит не посредством их предъявления и передачи, а на основании совершения записей по счету «депо». Более 90 % сделок с ценными бумагами исполняются посредством безналичных переводов прав со счета на счет. Другим рациональным сред-

ством является выпуск документов, которые удостоверяют права на несколько (десятки, сотни, тысячи) ценных бумаг — сертификатов ценных бумаг. Наконец, наиболее радикальным способом отказа от материальных ценных бумаг является использование в практике так называемых «бездокументарных» ценных бумаг. Таким образом, «дематериализация» ценных бумаг проявляется в отказе от выпуска и оборота реальных документов, которые на фондовом рынке постепенно утрачивают свои вспомогательные служебные функции, известные законодательству о ценных бумагах. Однако отказ от документарной формы эмиссионных ценных бумаг не означает полный отказ от правил, регламентирующих обращение ценных бумаг, некоторые из них могут применяться в отношении движения прав, обычно удостоверяемых ценными бумагами.

Рынок ценных бумаг практически отсутствовал в России более 70 лет. Его развитие, начавшееся в конце 80-х гг., не может быть одномоментным процессом. Объясняется это тем, что развитие рынка ценных бумаг напрямую связано с преобразованием отношений собственности (прежде всего с приватизацией и акционированием государственных предприятий), а также с изменением финансовой политики государства и муниципалитетов. В настоящее время государство для покрытия дефицита бюджета все чаще прибегает не к эмиссиям денежных знаков, а к выпуску государственных ценных бумаг. На этот же путь становятся также и муниципалитеты.

Рынок ценных бумаг отличается от других видов рынка прежде всего спецификой товара. Ценная бумага — товар особого рода. Она одновременно и титул собственности, и долговое обязательство, право на получение дохода и обязательство выплачивать доход. Ценная бумага — товар, который, не имея собственной стоимости (стоимость ценной бумаги как

³ Индекс НАСДАК — индекс внебиржевого рынка, ежедневно публикуемый Национальной ассоциацией торговцев ценными бумагами (США) и основанный на ее котировках.

таковой незначительна), может быть продан по высокой рыночной цене. Рынок ценных бумаг «представляет» реально существующий рынок капитала (денег и других материальных ценностей).

В США, например, действует концепция «четырех рынков» ценных бумаг: «первый рынок» — это фондовая биржа, производящая сделки с зарегистрированными на ней ценными бумагами; «второй рынок» — внебиржевой, на котором производятся сделки с не зарегистрированными на бирже ценными бумагами; «третий рынок» — внебиржевой, на котором происходят сделки с ценными бумагами, зарегистрированными на фондовой бирже через посредников; «четвертый рынок» ориентирован на институциональных инвесторов (работает через компьютеризованную систему, без посредников). Три последних рынка дают внебиржевой оборот².

Основными функциями рынка ценных бумаг являются:

- инвестиционная функция, то есть образование и распределение инвестиционных фондов, необходимых для расширенного воспроизводства и технического прогресса;
- передел собственности с помощью использования пакетов ценных бумаг (прежде всего акций);
- перераспределение рисков (хеджирование) путем купли-продажи фиктивного капитала, посредством «противоположных» сделок, участники которых поочередно принимают риск на себя;
- функция «притяжения венчурного капитала», дающая возможность субъектам рынка рискнуть своим капиталом для получения высокой прибыли;
- повышение ликвидности долга (в том числе государственного), покрытие его с помощью выпуска ценных бумаг.

Рынок ценных бумаг — регулятор многих стихийно протекающих в рыночной экономике процессов. К ним относится и процесс инвестирования капитала. Последний предполагает, что миграция капитала обеспечивает его прилив к местам необходимого приложения, одновременно она ведет

к оттоку капитала из тех отраслей производства, где имеет место его излишек.

Механизм миграции известен: растет спрос на какие-нибудь товары (услуги) — растут их цены — растут прибыли от их производства, в которое и устремляются свободные капиталы, покидая те отрасли производства, спрос на продукцию которых сокращается (отрасль становится менее прибыльной). Ценные бумаги являются тем средством, с помощью которого механизм миграции капитала работает. Они адсорбируют временно свободный капитал, где бы он ни находился, и через их куплю-продажу помогают его «перебросить» в нужном направлении.

На практике это ведет к тому, что в рыночной экономике капитал размещается главным образом в производствах, необходимых обществу. В результате возникает оптимальная структура общественного производства: оно начинает соответствовать общественному спросу. В этом заключается важное преимущество развитой рыночной экономики.

Централизованно-плановая экономика, руководимая в России Госпланом в течение 70 лет (1921—1991 гг.), так и не смогла преодолеть в стране товарный дефицит (особенно предметов потребления). Восстановление рыночных отношений ведет к цивилизованному развитию экономики и общества. Потребность предприятий в дополнительном капитале может быть связана с различными обстоятельствами. Главные из них — создание новых и модернизация старых основных фондов, а также пополнение оборотных средств. Все эти потребности напрямую связаны с конъюнктурой рынка, изменения которой происходят в определенных временных рамках. Поэтому необходимые средства предприятия должны получать в течение определенного срока, то есть пока существует благоприятная рыночная конъюнктура.

В России это сделать трудно — банковский кредит дорог и ограничен, а рынок ценных бумаг развит недостаточно. В странах с развитой рыночной экономикой получение дополнительного капитала происходит значительно легче, прежде

всего с помощью ценных бумаг. В обычных условиях эмитент может за полтора-два месяца мобилизовать необходимый ему капитал и получить право распоряжаться им. Рынок ценных бумаг во многих отношениях представляет собой лучший и наиболее доступный источник финансирования экономического роста.

Международный рынок ценных бумаг

Международный рынок ценных бумаг состоит из двух секторов. Во-первых, это сектор бумаг, которые появились на международном финансовом рынке и представляют собой результат существующих между странами на государственном и корпоративном уровне экономических отношений. К этому сектору относятся также ценные бумаги, эмитированные финансовыми институтами различных международных организаций (ООН, ЕС). Во-вторых, это сектор национальных ценных бумаг, поступивших для реализации на международный рынок.

Международный рынок ценных бумаг характеризуется множеством постоянных валютных трансфертов, а потому испытывает сильное воздействие изменяющихся валютных курсов. Государства, чьи хозяйствующие субъекты принимают участие в операциях с ценными бумагами на международном рынке, осуществляют контроль за ними и их регулирование, проводят политику протекционизма. Россия стала участницей этого рынка после принятия Государственной думой законов, разрешающих государственным предприятиям, а также частному капиталу соответствующие виды деятельности.

Развитие международной торговли ценными бумагами наталкивается на ряд трудностей: государственный контроль и лимитирование, налогообложение в странах-импортерах и экспортерах, таможенные пошлины, сложность взаимных расчетов и т. п. Однако поскольку все страны осознают необходимость межгосударственной торговли ценными бумагами, обслуживающей межстрановую миграцию капитала,

то эти трудности разрешаются с помощью двух- и многосторонних соглашений и совершенствования расчетного механизма.

Препятствием для развития этой торговли является и необходимость пересылки ценных бумаг из одной страны в другую. Пересылка связана с риском, а потому с высокими страховыми платежами и почтовыми тарифами. Кроме того, она требует определенного времени, что в ряде случаев может быть нежелательно (в условиях быстро меняющейся рыночной конъюнктуры).

В настоящее время разработана и законодательно оформлена процедура (в ней участвует большинство развитых и многие развивающиеся национальные рынки ценных бумаг), позволяющая различным субъектам рынка активно участвовать в международной торговле ценными бумагами, в том числе совершать сложные арбитражные сделки. Эта процедура помогает иностранным компаниям котировать свои акции на национальных биржах (продавать на внебиржевом рынке) и избавляет их от многих трудностей, связанных с пересылкой ценных бумаг из страны в страну.

Содержание процедуры заключается в следующем: коммерческие инвестиционные банки по поручению своих клиентов (или брокерских фирм, представляющих свою клиентуру) приобретают иностранные акции (облигации), которые по-прежнему остаются в местах своего хранения (депозитариях) и взамен которых выпускаются депозитные сертификаты. Последние допускаются к продаже на региональных фондовых биржах. Таким образом, происходит постоянная смена собственников ценных бумаг не только в национальном, но и в международном масштабе.

Выход на международный рынок для проведения операций с ценными бумагами различными категориями инвесторов совершается по-разному. Институциональным инвесторам этот выход облегчен наличием зарубежных филиалов и дочерних компаний, различными видами интеграционных связей и т. п. Для индивидуальных инвесторов каналом, обеспечивающим выход на рынки других стран, явля-

ются инвестиционные фонды. Инвесторы приобретают их акции, выпускаемые на национальных рынках, а фонды используют средства, полученные от продажи акций, для вложений в иностранные ценные бумаги.

Инвестиционные фонды делятся на два типа: открытые и закрытые. И те и другие мобилизуют средства, которые они инвестируют в ценные бумаги, путем эмиссии собственных акций. Фонды открытого типа постоянно торгуют акциями со своими акционерами, которые могут увеличивать или уменьшать свое владение ими.

Фонд закрытого типа эмитирует фиксированное количество своих акций и не принимает их обратно. Акции таких фондов обращаются на вторичном рынке ценных бумаг и котируются на бирже (на их курс влияют не только спрос и предложение, но и другие факторы).

Различия между фондами открытого и закрытого типа не сводятся только к процедурным особенностям мобилизации капиталов. При ухудшении конъюнктуры рынка акционеры фонда открытого типа погашают свои акции. Чтобы получить необходимые средства, фонд может распродать часть своего портфеля ценных бумаг. В отличие от открытого, фонд закрытого типа может пережить период неблагоприятной конъюнктуры, не распродавая своих активов. Биржевая система в странах, где доминирует одна биржа, расположенная в главном финансовом центре страны, а остальные организованные рынки ценных бумаг имеют региональный характер, называется моноцентрической. Моноцентрические биржевые системы имеются в Великобритании (Лондонская биржа), Франции (Парижская биржа) и Японии (Токийская биржа).

При полицентрической системе наряду с главной биржей существует еще одна или несколько крупных фондовых бирж. Подобная система имеется в Канаде (биржи Торонто и Монреалья), Австралии (биржи Сиднея и Мельбурна), Германии (биржи Франкфурта-на-Майне, Дюссельдорфа, Мюнхена и Гамбурга). В США биржевая система не вполне соответствует приведенной классификации: в стране существует не-

сколько крупных бирж, но лидирующую роль играет одна — Нью-Йоркская (крупнейшая в мире фондовая биржа).

В моноцентрической биржевой системе ценные бумаги, эмитированные в иностранных государствах, обращаются только на одной главной бирже, в полицентрической (как в США) — на нескольких крупнейших биржах. Поэтому потоки иностранных ценных бумаг на национальных фондовых рынках отличаются высокой степенью монополизации.

Главная проблема, с которой сталкиваются фондовые биржи и другие участники международного рынка ценных бумаг, — определение как преимуществ, так и недостатковотируемых ценностей. Очевидно, что между ценными бумагами, выпущенными различными эмитентами, являющимися резидентами разных стран, существуют определенные различия. Они могут касаться оценки содержания отдельных конкретных бумаг (акций, облигаций, фьючерсов, опционов и т. п.), нормы их доходности, размеров комиссионных, практики установления рыночных курсов, условий заключения сделок и многого другого. В разных странах существуют различные типы отчетности предприятий, а потому для многих фондовых институтов Европы, Азии и Латинской Америки выход на фондовые биржи США и Великобритании затруднен: проблема может быть решена только переводом отчетности соответствующих стран в англо-американскую форму, а это требует использования знакомых с этой формой специалистов.

В интересах развития международного рынка ценных бумаг Международная ассоциация фондовых бирж (основана в 1961 г.) стремится к унификации финансовой отчетности предприятий и практики работы фондовых бирж во всех странах. США и Великобритания относятся к числу тех стран, в которых нормы фондового рынка должны претерпеть существенную эволюцию. Это связано с тем, что в отмеченных странах институциональные инвесторы не имеют права членства на фондовых биржах, а поэтому вынуждены обращаться к членам фондовой биржи и нести при этом допол-

нительные издержки на операциях с ценными бумагами. Англо-американский тип фондовой биржи предполагает монополизацию биржевого процесса заключения сделок особой группой крупнейших дилеров, представленных на бирже, и выполнение отдельных их поручений и операций остальными участниками биржевого процесса. В международной торговле ценными бумагами возрастающую роль играют крупные банки, которые зачастую выполняют функции биржи. Эти банки способны осуществлять посреднические функции — продавать и покупать ценные бумаги по поручению своих клиентов, причем их курс будет адекватно отражать существующие на них спрос и предложение. Однако банки не собираются во всем подменить биржи, контролируемый ими внебиржевой рынок во многих отношениях дополняет биржевой. Так, поскольку доход по облигациям относительно стабилен, а их рыночная стоимость связана прежде всего с процентом, банки передали значительную часть операций с ними внебиржевому рынку.

Банки занимаются операциями не только с самыми лучшими ценными бумагами (как биржа), но и с второстепенными, которые не смогли бы пройти биржевой листинг. Наконец, международная торговля ценными бумагами, поскольку биржи сохраняют национальный характер, осуществляется в основном через банки. В 70-х гг. в рамках Организации западноевропейского оборота ценных бумаг на базе автоматизированной системы котировки НАСДАК³, внедренной в США, создана своя автоматизированная система для обслуживания внебиржевого оборота.

Важнейшим элементом институциональной структуры международного рынка ценных бумаг являются посредники. Их функции заключаются в организации размещения новых выпусков ценных бумаг, выполнении заказов на куплю-продажу бумаг, обращающихся на вторичном рынке, управлении капиталами, которые по поручению их владельцев инвести-

³ См., напр.: Лялин В.А., Воробьев П.В. Ценные бумаги и их обращение. СПб., 1996. С. 9—10.

руются в акции и облигации. В последнем случае посредники выступают в роли инвесторов.

Международную торговлю ценными бумагами опосредуют частные коммерческие и инвестиционные банки. Если первые имеют широкое поле деятельности, то вторые специализированны и оперируют на международном и национальных рынках ценных бумаг. В США, Канаде и Японии они именуется инвестиционно-банковскими фирмами (*investment banking firms*), в Великобритании — торговыми банками (*merchant banks*), в Швейцарии — частными банками (*private banks*). Несмотря на тенденцию к универсализации банковской деятельности, различия, существующие между коммерческими и инвестиционными банками, сохраняются.

В 1933 г. конгресс США принял закон Гласса — Стиголла, в соответствии с которым коммерческим банкам было запрещено заниматься операциями с ценными бумагами. Их отделы, которые ранее этими операциями занимались, были преобразованы в самостоятельные инвестиционные банки. Аналогичным образом были построены банковские системы Канады и Японии. Одной из причин этого преобразования явился массовый характер операций с ценными бумагами, который потребовал организации для их эффективного осуществления особого банковского института.

В 60—70-х гг. различия между деятельностью коммерческих и инвестиционных банков стали уменьшаться. Первая причина этого заключается в том, что законодательство в США пошло на «смягчение» закона Гласса — Стиголла. Вторая причина — соперничество между двумя видами банков и их иностранными филиалами. Последние, действуя в разных странах, не будучи подконтрольными во всех отношениях национальному законодательству, пошли в интересах получения большей прибыли на его нарушение: зарубежные филиалы коммерческих банков стали заниматься операциями с ценными бумагами, а инвестиционных банков — коммерческим кредитованием.

Инвестиционные банки в связи с развитием международного рынка ценных бумаг возглавили создающиеся на первичном рынке финансовые синдикаты, занимающиеся выпуском и размещением акций и облигаций. Коммерческие банки оттеснили инвестиционные при размещении на первичном рынке еврооблигаций; на вторичном рынке инвестиционные банки сохраняют прочные позиции.

На национальных рынках капитала концентрация инвестиционно-банковского бизнеса достигла высокого уровня, а поэтому распространение операций инвестиционных банков за рубеж стало основным направлением их роста. Именно благодаря этому сформировались такие мощные инвестиционно-финансовые группы, оперирующие на международном рынке ценных бумаг, как американские Мерилл Линч, Соломон Бразерс, Морган-Стенли и др.

Инвестиционные банки традиционно образуются в форме партнерств, что позволяет им существенно ограничить информацию о своей деятельности, но вместе с тем ограничивает и их возможности. На международном рынке ценных бумаг коммерческие банки представляют финансовую мощь, большую, чем инвестиционные. Кроме того, в них сосредоточены крупные пакеты акций нефинансовых компаний, то есть промышленных корпораций, которые и поручают им размещать свои акции.

Нестабильность экономической и политической ситуации в России все чаще заставляет владельцев капитала вкладывать его в ценные бумаги иностранных фирм. Приобретение их можно выделить в самостоятельную область инвестирования.

В России иностранные ценные бумаги можно приобрести, во-первых, на фондовых биржах, где они проходят листинг и регистрацию; во-вторых, на внебиржевом рынке, где ими торгуют коммерческие банки, инвестиционные фонды, в-третьих, обратившись к услугам фирм-участников фондового рынка других стран.

Целью приобретения иностранных ценных бумаг может быть не только получение прибыли или игра на разнице их

курсов, но и стремление сберечь свои накопления от инфляции, обеспечить их конвертирование в устойчивую валюту. Большинство стран приветствует приток иностранного капитала в такой форме и создает для его увеличения необходимые льготы. Так, в США налоговое законодательство предусматривает 50 % ставки налога на рост курсовой стоимости акций, если они принадлежат иностранцам.

В России существует ряд фирм, на протяжении нескольких лет занимающихся инвестированием капитала в акции компаний США и других стран. К их числу относится, например, Американо-Российский коммерческий альянс (АРКА) — акционерное общество открытого типа со 100 %-м иностранным капиталом (зарегистрировано в 1991 г.).

АРКА связан с Нью-Йоркской фондовой биржей, где он через посредников может приобретать акции. Продавать на бирже ценные бумаги компаний России очень трудно. По правилам биржи необходимо, чтобы: рыночная стоимость акций компании была не менее 100 млн долл.; число акционеров, владеющих 100 и более акциями — не менее 5 тыс. человек; прибыль (до вычета налогов) должна составлять в год, предшествующий подаче заявки на допуск к котировке, не менее 100 млн долл. и т. д. Практически на Нью-Йоркской фондовой бирже могут продаваться акции только крупнейших мировых компаний. Российским компаниям преодолеть такие барьеры нелегко.

Сотрудничество АРКА со своими клиентами базируется на договоре поручения, в соответствии с которым инвесторы могут давать альянсу различные задания (по ограничению цен, сроков исполнения и т. п.). К ним относится, например, рыночный приказ купить X акций по самой низкой цене, продать Y акций по самой дорогой цене и сделать минимальную цену продажи и максимальную — покупки. Это может быть приказ купить или продать акции в тот момент, когда цена достигнет оговоренного в нем уровня. Сроки исполнения подобных приказов устанавливаются разные: один день, десять дней и т. п. (если в течение этого срока приказ не выполняется, то его следует аннулировать). В приказ клиента

могут быть включены и другие моменты: право брокера действовать по своему усмотрению, требование выполнить заказ «только в полном объеме», «цену не снижать, не повышать» и т. п. Таким образом, деятельность АРКА строится в соответствии с международными правилами.

Операциями с иностранными ценными бумагами занимается также фирма «Российские брокеры» (Роброк), приступившая в 1992 г. к операциям не только с акциями американских корпораций, но и с казначейскими обязательствами США. Клиент выбирает интересующие его ценные бумаги по списку, оплата — по курсу их на Нью-Йоркской фондовой бирже (оплата производится в валюте и рублях). Активно работают с акциями иностранных фирм брокерские компании «Совлекс», «Граника» и др. Число их постоянно увеличивается.

Проникновение акций иностранных фирм на российские фондовые биржи затруднено недостатком оперативно-информационной связи с фондовыми рынками других стран, неумением правильно выбирать иностранные ценные бумаги и действовать в контакте с западными профессионалами. Средства на покупку иностранных ценных бумаг в России имеются: в стране в обращении находится 20—25 млрд долл. Приобретение зарубежных фондовых ценностей — отток капитала из России. Если он происходит в соответствии с действующим законодательством, то он представляет собой легальную, соответствующую мировой практике форму вывоза капитала.

Все государства регулируют поступление иностранных ценных бумаг на национальный рынок посредством:

- административных методов, регулируя эмиссии иностранных бумаг на национальный рынок (устанавливая соответствующие квоты) и определяя категории эмитентов, которым предоставляются права выхода на этот рынок;

⁵ См.: Проблемы развития рынка ценных бумаг в России // Экономика и жизнь. 1995. № 35; Назарова Л. Кнут не помог // Экономика и жизнь. 1995. № 36.

- налоговых методов, вводя специальные налоги на эмитентов и инвесторов, приобретающих иностранные акции и облигации. Как правило, такими налогами облагаются только доходы, получаемые от владения иностранными ценными бумагами;

- валютного контроля, осуществляемого центральными банками соответствующих стран и заключающегося в особом порядке (он может иметь протекционистский или запретительный характер) приобретения иностранной валюты, необходимой для покупки иностранных бумаг. Как правило, такие методы широко используются развивающимися и среднезажитыми странами.

Особой частью международного рынка ценных бумаг является рынок еврооблигаций. Главным заемщиком на нем вот уже более двух десятилетий остается «большая семерка» ведущих стран мира. Для этих стран рынок еврооблигаций является наиболее широко используемой частью международного рынка капиталов, ибо их доля в еврокредитах (среднесрочных банковских займах в евровалюте, предоставляемых международными консорциумами банков) меньше, чем их доля как заемщиков на рынке еврооблигаций. Рынок еврооблигаций доступен, прежде всего, транснациональным корпорациям. Кроме них на рынке еврооблигаций участвуют и международные организации и институты. Главное место среди них занимает Международный банк реконструкции и развития. Активно работают на рынке еврооблигаций также и правительства некоторых других стран (прежде всего развивающихся).

Рынок ценных бумаг в России сегодня характеризуется небольшими объемами, низкой ликвидностью, «неоформленностью» в макроэкономическом смысле (неизвестны макропропорции между различными видами ценных бумаг, а также их доля в финансировании хозяйства), неразвитостью материальной базы, технологий торговли, депозитарной и клиринговой сети, отсутствием хорошо продуманной, долгосрочной фондовой политики. Тормозит развитие российского рынка ценных бумаг недостаточно продуманная система

налогообложения, особенно доходов от торговли новыми видами ценных бумаг.

Все операции с ценными бумагами всегда сопряжены с риском. Сейчас в России риск особенно велик и существует во многих видах: системный (риск кризиса рынка ценных бумаг в целом); несистемный (сочетание всех видов риска, связанных с конкретной ценной бумагой); селективный (риск неправильного выбора ценных бумаг для инвестирования по сравнению с другими видами бумаг при формировании портфеля); временной (риск эмиссии, покупки или продажи ценной бумаги в неподходящее время, что влечет за собой потери); законодательных изменений (риск вследствие изменения условий эмиссии, признания ее недействительной и т. п.); ликвидности (риск, связанный с возможностью потерь при реализации ценной бумаги из-за изменившейся оценки ее качества); инфляционный (риск того, что при высокой инфляции доходы, получаемые инвесторами от ценных бумаг, обесцениваются быстрее, чем растут, инвестор несет реальные потери).

Существуют и многие другие виды риска по операциям с ценными бумагами. В России все они имеют место и порождаются царящей экономической и политической нестабильностью. Высокая степень риска не только препятствует развитию рынка ценных бумаг, но и создает заслон для сохранения денежных накоплений населения и предприятий.

В целом в России стихийно сложилась смешанная, полицентрическая модель рынка ценных бумаг, на котором одновременно и с равными правами присутствуют коммерческие банки, фондовые биржи и другие финансовые институты. Эта модель отличается от американской, где существуют серьезные ограничения по операциям с ценными бумагами (в частности, для коммерческих банков).

Структура рынка ценных бумаг. Фондовая биржа

Структура рынка ценных бумаг

Отношения, образующие структуру рынка ценных бумаг, являются сложными по содержанию деятельности, субъектному составу и особенностям правового регулирования. С учетом структуры рынок ценных бумаг можно разделить на первичный и вторичный, организованный и неорганизованный⁴.

Первоначально ценные бумаги появляются на первичном рынке, где осуществляется их «первичное размещение» в результате эмиссии, то есть последовательности действий эмитента по размещению ценных бумаг. Эмитентом могут быть юридические лица или органы исполнительной власти, либо органы местного самоуправления, несущие от своего имени обязательства перед владельцами ценных бумаг по осуществлению прав, закрепленных ими (корпорации, федеральное правительство, муниципалитеты).

Процедура эмиссии включает следующие этапы:

- принятие эмитентом решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг;
 - регистрацию выпуска эмиссионных ценных бумаг;
 - для документарной формы выпуска — изготовление сертификата ценных бумаг;
 - размещение эмиссионных ценных бумаг;
 - регистрацию отчета об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг.
- В тех случаях, когда размещение эмиссионных ценных бумаг производится среди неограниченного круга владельцев или заранее известного круга владельцев, число которых превышает 500, а также когда общий объем эмиссии превышает 50 тыс. минимальных размеров оплаты труда, сле-

⁴ См.: ФЗ «О рынке ценных бумаг» // Российская газета. 1996. 25 апр.

дует также осуществлять регистрацию проспекта эмиссии ценных бумаг.

Только после регистрации выпуска ценных бумаг эмитент имеет право начинать размещение эмиссионных ценных бумаг.

Размещением ценных бумаг называется «отчуждение эмиссионных ценных бумаг эмитентом первым владельцам путем заключения гражданско-правовых сделок». Владельцы эмиссионных ценных бумаг являются «инвесторами».

Инвесторов можно разделить на индивидуальных и институциональных. При этом соотношение между ними зависит как от уровня развития экономики, уровня сбережений, так и от состояния кредитной системы. В развитых странах на рынке ценных бумаг преобладают институциональные инвесторы. Это коммерческие банки, пенсионные фонды, страховые компании, инвестиционные фонды, взаимные фонды и т. д.

Коммерческие банки как универсальные кредитно-финансовые институты являются участниками рынка ценных бумаг. В разных странах место, отводимое коммерческим банкам на рынке ценных бумаг, различно. Тем не менее можно сформулировать некоторые общие моменты взаимодействия коммерческих банков с национальными и международными рынками ценных бумаг.

С конца 50-х гг. в мировой практике наблюдается активное проникновение коммерческих банков на рынок ценных бумаг — как в прямой, так и опосредованной формах. В тех странах, где место коммерческих банков на фондовых рынках ограничено законом (Япония, США, Канада), они находят косвенные пути участия в инвестиционной и посреднической деятельности через трастовые операции, сотрудничество с брокерскими фирмами, кредитование инвестиционных компаний и банков и т. п.

Наиболее широкое участие в операциях с ценными бумагами принимают коммерческие банки Германии. Здесь банкам законодательно разрешено осуществлять все виды операций с ценными бумагами: они выступают эмитентами

(выпуская в обращение главным образом облигации), посредниками, и, наконец, крупными инвесторами.

Во всех странах в настоящее время доходы коммерческих банков от операций с ценными бумагами и инвестиционной деятельности играют все более заметную роль в формировании прибыли.

Расширение и диверсификация форм участия коммерческих банков на рынке ценных бумаг привели к организации крупных финансово-банковских групп во главе с коммерческими банками, концентрирующими вокруг себя относительно самостоятельные структурные подразделения: инвестиционные фонды, брокерские фирмы, трастовые компании, консультационные фирмы и т. п.

Коммерческие банки активизируются на фондовом рынке путем создания всевозможных дочерних финансовых компаний и непосредственно участвуя в деятельности брокерских фирм. Стремление коммерческих банков расширить операции с ценными бумагами стимулируется, во-первых, высокой доходностью этих операций, во-вторых, относительным сокращением сферы эффективного использования прямых банковских кредитов. В результате интернационализации рынка ценных бумаг национальные коммерческие банки расширяют объемы своих операций с иностранными акциями и облигациями, которые приносят банкам значительные прибыли, в том числе за счет игры на курсовых разнице. Значителен объем таких операций у крупных банков, имеющих международную известность и обладающих тесными связями с зарубежными финансово-кредитными учреждениями.

Создавая сеть заграничных инвестиционно-банковских филиалов и дочерних компаний, коммерческие банки выходят на международный рынок ценных бумаг. Инвестиционная деятельность заграничных филиалов приобретает наиболее широкие масштабы у банков тех стран, где существуют прямые ограничения для банков на операции с ценными бумагами.

Новой формой деятельности коммерческих банков на рынке ценных бумаг стало оказание консультационных услуг по кругу вопросов, связанных с инвестированием капитала в те или иные финансовые активы. Консультационное обслуживание опирается на внутреннюю информационную систему банков, позволяющую глубоко анализировать соотношения между доходами и рисками различных активов и составлять для клиентов алгоритмы покупки и формирования портфеля ценных бумаг с учетом динамики их доходности.

В начале 90-х гг. в России была выбрана смешанная модель рынка ценных бумаг, на котором одновременно с равными правами присутствуют и банки, и небанковские инвестиционные институты. Это европейская модель деятельности универсального коммерческого банка на фондовом рынке, не предполагающая ограничений на операции с ценными бумагами. Подобная модель в нашей стране не сформировалась, ограничения существуют, поскольку в чистом виде она связана с повышенным риском операций банка. Риски банка по операциям с ценными бумагами не разграничены с рисками по кредитно-депозитной и расчетной деятельности, в то же время банк в значительной степени зависит от положения дел у своих клиентов, в оборот которых втянуты значительные средства банка (через участие в акционерном капитале и облигационных займах).

Коммерческие банки могут выступать в качестве эмитентов собственных акций, облигаций, векселей, депозитных сертификатов и других ценных бумаг, а также в роли инвесторов, приобретая ценные бумаги за свой счет, и, наконец, банки имеют право проводить посреднические операции с ценными бумагами, получая за это комиссионное вознаграждение.

Наиболее разработаны в методическом отношении и наиболее регламентированы операции коммерческих банков по эмиссии собственных ценных бумаг. Инвестиционная и

⁷ См.: ФЗ «О рынке ценных бумаг» // Российская газета. 1996. 25 апр.

посредническая деятельность менее регламентирована. Тем не менее по всем этим направлениям банки проявляют практически одинаковую активность.

Основными причинами выпуска акций в развитых странах в настоящее время являются финансирование поглощения и необходимость снижения доли заемного капитала в совокупном капитале корпораций. Первая причина эмиссии новых акций — поглощение (слияние) компаний. Поглощения осуществляются в форме обмена акций поглощаемых компаний на акции поглощающих. Поглощающие компании активно выходят на первичный рынок ценных бумаг, производя эмиссию новых акций.

Вторая причина выхода современных корпораций на рынок ценных бумаг — необходимость уменьшения доли заемного капитала в совокупном капитале корпораций.

В некоторых странах соотношение между собственным и заемным капиталом устанавливается законом. Однако, независимо от наличия закона, в каждой стране имеется четкое представление о предельных размерах заемных средств. Переход за эту грань сопряжен со значительным риском для компании в целом и ее акционеров. В этой ситуации корпорация регулирует структуру своего капитала путем эмиссии новых акций, замещая ими свои долговые обязательства.

Таким образом, эмиссия новых акций на современном этапе развития рынка ценных бумаг в развитых странах очень незначительна и не всегда связана с мобилизацией свободных денежных ресурсов для финансирования экономики. Это означает, что в развитых странах происходит не только уменьшение масштабов первичного рынка ценных бумаг, но параллельно идет снижение его роли регулятора инвестиций и экономики в целом.

В России рынок ценных бумаг находится на этапе своего становления. В условиях массового акционирования государственных предприятий, создания новых акционерных структур, которые остро нуждаются в средствах для инвестирования, постоянного заимствования средств государством,

первичный рынок является основным сегментом рынка ценных бумаг⁵.

Однако в силу слабого развития рыночных отношений, инфляции, общей неустойчивости первичный рынок России не выполняет сегодня функций регулирования экономики.

Размещение ценных бумаг на первичном рынке осуществляется в двух формах:

- 1) путем прямого обращения к инвесторам;
- 2) через посредников.

Особенность рынка развитых стран — размещение ценных бумаг через посредников, роль которых выполняют инвестиционные банки. Взаимоотношения между компанией-эмитентом и инвестиционным банком строятся на основе эмиссионного соглашения. Инвестиционные банки совместно с компанией-эмитентом определяют условия эмиссии, начиная с суммы капитала и кончая сроками и способом размещения ценных бумаг, и осуществляют их непосредственное размещение.

В соответствии с эмиссионным соглашением инвестиционный банк размещает ценные бумаги либо в качестве покупателя, либо в качестве агента. Обычно он закупает весь выпуск, то есть принимает на себя финансовую ответственность за весь выпуск (андеррайтинг). Реже инвестиционные банки действуют в качестве агента. При этом их роль либо может ограничиваться комиссионными функциями, либо они берут на себя обязанности гаранта размещения выпуска и в случае невозможности реализации бумаг в пределах установленного срока должны приобрести их за свой счет.

Независимо от функций инвестиционного банка по эмиссионному соглашению его обязательным условием является «оговорка о выходе с рынка». Она позволяет аннулировать соглашение в случае крайне неблагоприятного развития событий на рынке (по не зависящим от сторон причинам).

Если новый выпуск бумаг эмитента оказывается слишком большим для инвестиционного банка, он обращается к другим инвестиционным банкам с целью сформировать «эмиссионный синдикат» и объединить усилия по размеще-

нию выпуска. Эмиссионные синдикаты могут действовать по принципу «раздельного счета», в соответствии с которым все участники синдиката несут ответственность в пределах своего участия в синдикате и выделенной им доли выпуска и по принципу «нераздельного счета», означающему, что участники синдиката несут коллективную, совместную ответственность за размещение всего выпуска, пропорционально размеру своего участия в синдикате. Наиболее распространен принцип «раздельного счета».

Для реализации нового выпуска «эмиссионный синдикат» может сформировать специальную «группу по продаже», состоящую из кредитных учреждений, которые в соответствии со своим статусом могут вести операции купли-продажи ценных бумаг. Члены такой группы не принимают на себя никакой финансовой ответственности, но берут обязательство продать определенную долю выпуска, получая комиссионные или маржу.

Независимо от формы размещения ценных бумаг — путем прямого обращения к инвесторам или через посредника — подготовка нового выпуска всегда включает ряд этапов.

I. Регистрация выпуска специально уполномоченным для этого правительственным органом. Она производится на основе заявления на регистрацию, характеризующего все основные условия выпуска.

II. Период остывания. В течение этого периода проводится проверка заявления. Эмитент же использует его для публикации предварительных проспектов эмиссии, дающих необходимую информацию, для оценки привлекательности выпуска. По этим проспектам потенциальные инвесторы могут направить эмитенту письмо о своей заинтересованности в данных бумагах.

III. Этап предэмиссионного совещания, на котором выверяется заявление о регистрации и определяется окончательный проспект эмиссии. Если выпуск размещается через посредников, обсуждаются окончательные условия контракта между эмитентом и банком.

IV. Период непосредственной реализации новых выпусков. Основы формирования и развития первичного рынка ценных бумаг в России закладывались в ходе приватизации (акционирования) государственных и муниципальных предприятий, создания новых коммерческих структур. Первичный рынок включает конструирование эмитентом нового выпуска ценных бумаг и его размещение среди инвесторов. Акции и другие ценные бумаги акционерное общество может размещать посредством открытой и закрытой подписки. При этом закрытое общество может использовать только способ закрытой подписки, а открытое акционерное общество самостоятельно определяет способ размещения своих акций либо в уставе, либо решением общего собрания и, как правило, применяет открытую подписку на свои акции.

Обязательным условием размещения ценных бумаг на рынке РФ является регистрация их выпуска. Как уже отмечалось, если ценные бумаги размещаются в форме открытой подписки или число владельцев закрытого общества более 500, а общий объем эмиссии превышает 50 тыс. минимальных размеров оплаты труда, наряду с регистрацией выпуска ценных бумаг необходима регистрация проспекта эмиссии. Каждому выпуску ценных бумаг присваивается свой регистрационный номер. К выпуску и обращению на территории РФ допускаются только акции, прошедшие государственную регистрацию.

Эмитенты, профессиональные участники рынка ценных бумаг, производящие по соглашению с эмитентом продажу ценных бумаг их первым владельцам, обязаны обеспечить каждому покупателю возможность ознакомления с условиями продажи и проспектом эмиссии до момента покупки этих бумаг и опубликовать уведомление о порядке раскрытия информации в периодической печати⁶.

Проспект эмиссии содержит данные о самом эмитенте, его финансовом положении, предлагаемых к продаже ценных

⁶ См.: ФЗ «О рынке ценных бумаг» // Российская газета. 1996. 25 апр.

бумагах, общем объеме выпуска, количестве ценных бумаг в выпуске, процедуре и порядке их выпуска и другую информацию, которая может повлиять на решение о покупке ценных бумаг или об отказе от такой покупки.

Эмитент и профессионалы рынка обязаны обеспечить первым владельцам акций равные ценовые условия для приобретения акций. Реализация акций должна осуществляться по рыночной стоимости, но не ниже их номинальной стоимости. Только учредителям акционерного общества при его учреждении разрешается оплата акций по номиналу.

В целях защиты интересов инвесторов выборочно проверяются представляемые в проспектах эмиссий сведения. В случаях, когда эмитенты указывают в проспектах эмиссии недостоверные или неполные сведения, а также нарушают в процессе выпуска требования действующего законодательства, выпуски ценных бумаг объявляются несостоявшимися и эмитентам отказывается в их регистрации.

После того как акционерное общество представило все документы, необходимые для регистрации выпуска ценных бумаг и проспекта эмиссии, в соответствующий регистрирующий орган, эмитент приступает к подписке на акции. В практике нашей страны в качестве подписки используются подписные листы, где содержится информация о покупателе и определено количество приобретаемых им акций. Подписные листы остаются у эмитента для определения степени заинтересованности инвесторов в приобретении его ценных бумаг. Отрывные талоны (купоны) подписных листов передаются подписчикам и после регистрации выпуска и полной оплаты купона обмениваются на акции.

Первичная эмиссия ценных бумаг на российском рынке может осуществляться эмитентами либо самостоятельно, либо при помощи фирмы посредника, которая является профессионалом рынка ценных бумаг.

Когда размещение происходит с помощью посреднической фирмы, между эмитентом и фирмой возможны два варианта взаимоотношений. В первом случае фирма-посредник принимает ценные бумаги на комиссию и тогда

ее роль сводится к тому, чтобы приложить максимум усилий для продажи ценных бумаг. Риск остается на компании-эмитенте, выпускающей акции, а фирма-посредник получает комиссионное вознаграждение за реализованное количество акций. Во втором варианте посредническая фирма проводит операции по размещению ценных бумаг за свой счет. Она выкупает у эмитента весь объем выпускаемых акций по одной цене и перепродает в розницу инвесторам по другой, немного превышающей первоначальную. При этом фирма, выкупающая акции у эмитента и берущая на себя риск, связанный с их реализацией, становится андеррайтером.

В практике нашей страны широко распространен способ размещения акций «своими силами». Это объясняется, с одной стороны, тем, что руководители многих акционерных обществ уверены в том, что справятся с этой задачей без помощи посредника и сохранят часть своих средств.

С другой стороны, число брокерских и дилерских фирм, умеющих профессионально организовать первичное размещение акций, еще недостаточно, а их средства незначительны.

Российское законодательство предусматривает возможность первичного размещения акций и посредством эмиссионного синдиката; путем публичного объявления о подписке на ценные бумаги с аукциона на основе конкурса заявок; путем размещения бумаг через организованный фондовый рынок (биржу). Эмиссионный синдикат формируется после того, как определен порядок размещения ценных бумаг, и главной целью его создания является распределение ответственности по размещению ценных бумаг на несколько посреднических фирм, а также проведение первоначального предложения в максимально короткие сроки. В зависимости от принятых на себя функций члены эмиссионного синдиката делятся на фирму-менеджера, андеррайтера и торговых

⁹ См.: Ст. 8 ФЗ РФ «О некоммерческих организациях» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

агентов. Вся деятельность участников эмиссионного синдиката направлена на содействие успешному первоначальному публичному предложению ценных бумаг.

Таким образом, на первичном рынке посредством размещения ценных бумаг осуществляется привлечение инвестиций для реализации целей эмитента.

Первичный рынок ценных бумаг предполагает обязательное существование вторичного рынка. Более того, существование первичного рынка в условиях отсутствия вторичного рынка практически невозможно.

Последующие операции с ценными бумагами совершаются на «вторичном» рынке ценных бумаг. Путем заключения гражданско-правовых сделок, влекущих переход прав собственности на ценные бумаги от первоначальных владельцев к новым происходит «обращение ценных бумаг» на фондовом рынке. Операции на вторичном рынке происходят без участия эмитента по общим правилам передачи прав на ценные бумаги с некоторыми особенностями⁷.

В зависимости от степени организации рынка ценных бумаг следует различать организованный и неорганизованный («уличный») рынок ценных бумаг. Организованный рынок образуют отношения в ходе осуществления деятельности с ценными бумагами на фондовых биржах (в фондовых отделах товарных и валютных бирж) и с участием других организаторов торговли на рынке ценных бумаг. Организатором торговли на рынке ценных бумаг является профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий организацию торговли на рынке ценных бумаг, то есть деятельность по предоставлению услуг, непосредственно способствующих заключению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами между участниками рынка ценных бумаг. Отношения, возникающие без участия организаторов торговли ценными бумагами, образуют так называемый «неорганизованный» рынок ценных бумаг, который не является стихийным. Дело в том, что кроме эмитента и инвестора на рынке ценных бумаг наряду с профессиональными организаторами торговли ценными бумагами действуют другие профес-

сиональные участники рынка ценных бумаг (реестродержатели, депозитарии и клиринговые организации, брокеры, дилеры и доверительные управляющие), а также осуществляются меры по его непосредственному государственному регулированию.

Существуют две основные организационные разновидности вторичных рынков ценных бумаг, организованный — биржевой и неорганизованный — внебиржевой. В свою очередь, и тот и другой принимают разнообразные формы организации.

Наиболее простой формой организации фондовой торговли выступает стихийный рынок. Здесь продавцы и покупатели, общаясь между собой, определяют уровень спроса и предложения на те или иные ценные бумаги и заключают сделки непосредственно друг с другом. Заключение сделки на стихийном рынке зависит от того, насколько удачно случай сводит продавцов и покупателей, а условия совершения разных торговых операций могут существенно различаться даже тогда, когда они происходят в один и тот же момент. Для стихийного рынка характерно отсутствие единого курса ценных бумаг и всеобъемлющей информации о рынке, а также множество трейдеров.

С течением времени стихийные фондовые рынки организуются (пример: Американская фондовая биржа в Нью-Йорке — организованный стихийный рынок) либо уступают место другим формам организации торговли ценными бумагами. Одна из таких форм — простые аукционные рынки. Посредством простых аукционов распространяются краткосрочные государственные казначейские обязательства, функционируют инвестиционные торги, организуемые фондом имущества.

Помимо простых аукционов, на рынке ценных бумаг могут применяться системы двойной аукционной торговли в форме онкольных рынков либо в виде непрерывных аукционов. В таких системах соревнуются не только покупатели — за право приобрести ценные бумаги, но и продавцы — за право реализовать их.

Лицензирование тех, кто торгует ценными бумагами или консультирует инвесторов, необходимо для их деятельности. В ходе лицензирования, во-первых, выясняется профессиональная пригодность фирмы и ее сотрудников; во-вторых, ее финансовое положение, достаточность собственных средств, устанавливаются нормативные показатели, ограничивающие рынки по операциям с ценными бумагами. Законом устанавливаются также условия ограничения профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, во многом базирующиеся на недопущении ее монополизации. При искажении текущей отчетности, нарушении Правил ведения операций с ценными бумагами соответствующая лицензия может быть изъята и инвестиционная деятельность фирмы приостановлена.

Внебиржевой оборот возникает как альтернатива бирже. Многие компании не могли выходить на биржу, так как их показатели не соответствовали требованиям, предъявляемым для их регистрации на бирже. В настоящее время во внебиржевом обороте обращается преобладающая часть всех ценных бумаг. Это акции небольших фирм, действующих в традиционных отраслях, акции крупных компаний, учреждаемых в новейших отраслях экономики, потенциально способных превратиться в крупнейшие корпорации, ценные бумаги кредитных институтов, традиционно ограничивающих сферу обращения своих ценных бумаг внебиржевым оборотом, государственные и муниципальные ценные бумаги, новые выпуски акций.

Торговлю во внебиржевом обороте ведут специалисты: брокерские и дилерские компании, часто совмещающие свои функции. Во внебиржевом обороте отсутствует единый физический центр для выполнения операций, и сделки купли-продажи осуществляются через телефонные и компьютерные сети. Цены устанавливаются путем переговоров, по правилам, регулирующим внебиржевой оборот, которые всегда менее жестки по сравнению с правилами торговли, действующими на бирже.

Однако это не означает, что торговля ценными бумагами во внебиржевом обороте носит стихийный характер. Внебиржевой оборот имеет свою организационную систему. В США основой внебиржевого оборота является НАСДАК, созданная национальной ассоциацией фондовых лидеров и представляющая коммуникационную систему, позволяющую пропускать по своим каналам сделки с миллиардами акций. Членство в НАСДАК требует обязательной регистрации компаниями своих ценных бумаг согласно действующему законодательству и их соответствия определенным требованиям по сумме активов, прибыли, количеству акционеров, количеству размещенных акций, их курсу и т. д.

В России организационным центром внебиржевого оборота служит Российская торговая система, объединяющая брокерско-дилерские компании центрального региона и северо-запада.

Таким образом, вторичный рынок, в отличие от первичного, не влияет на размеры инвестиций и накоплений в стране. Он обеспечивает лишь постоянное перераспределение уже аккумулированных через первичный рынок денежных средств между различными субъектами хозяйственной жизни.

Вторичный рынок обеспечивает ликвидность ценных бумаг, возможность их реализации по приемлемому курсу и тем самым создает благоприятные условия для их первичного размещения. Возможность в любой момент превратить ценные бумаги в форму наличных денег представляет собой обязательное условие инвестирования средств в ценные бумаги, ибо источник инвестируемого ссудного капитала — временно свободные денежные капиталы и средства, которые могут быть использованы только в соответствии с основными принципами кредита.

Вторичный рынок ценных бумаг, концентрируя спрос и предложение обращающихся ценных бумаг, формирует тот равновесный курс, по которому продавцы согласны продать, а покупатели — купить ценные бумаги. Ликвидный рынок характеризуется незначительным разрывом между ценой продавца и ценой покупателя, небольшими колебаниями цен от сделки к сделке. Более того, ликвидность рынка тем выше,

чем больше число участников продажи и возможность оперативной перепродажи ценных бумаг, а также чем выше процент новизны предложенных для продажи ценных бумаг.

Вторичный рынок служит неотъемлемой составной частью всякого сколько-нибудь развитого рынка ценных бумаг. По уровню ликвидности рынок России далеко уступает рынкам развитых стран. В России ликвидными являются рынок государственных ценных бумаг, имеющий соответствующую инфраструктуру, и рынок акций не более 200 акционерных обществ (нефть, газ, телефонная сеть, энергетика и т. п.). Вторичный рынок акций производственных компаний находится в зачаточном состоянии.

Традиционной формой вторичного рынка ценных бумаг выступает фондовая биржа — организованный, регулярно функционирующий рынок ценных бумаг и других финансовых инструментов, один из регуляторов финансового рынка, обслуживающий движение денежных капиталов.

Роль фондовой биржи в экономике страны определяется прежде всего степенью разгосударствления собственности, точнее, долей акционерной собственности в производстве валового национального продукта. Кроме того, роль биржи зависит от уровня развития рынка ценных бумаг в целом.

К основным функциям фондовой биржи относятся:

- мобилизация и концентрация свободных денежных капиталов и накоплений посредством организации продажи ценных бумаг;
- инвестирование государства и предприятий посредством организации покупки их ценных бумаг;
- обеспечение высокого уровня ликвидности вложений в ценные бумаги.

Фондовая биржа позволяет обеспечить концентрацию спроса и предложения ценных бумаг, их сбалансированность путем биржевого ценообразования, реально отражающего уровень эффективности функционирования акционерного капитала.

Организатор торговли на рынке ценных бумаг обязан раскрыть следующую информацию любому заинтересованному лицу⁸:

- правила допуска участника рынка ценных бумаг к торгам;
- правила допуска к торгам ценных бумаг;
- правила заключения и сверки сделок;
- правила регистрации сделок;
- порядок исполнения сделок;
- правила, ограничивающие манипулирование ценами;
- расписание предоставления услуг;
- список ценных бумаг, допущенных к торгам.

Фондовая биржа

Фондовой биржей может признаваться только организатор торговли на рынке ценных бумаг, не совмещающий деятельность по организации торговли с иными видами деятельности, за исключением депозитарной деятельности и деятельности по определению взаимных обязательств.

Фондовая биржа организует торговлю только между членами биржи. Другие участники рынка ценных бумаг могут совершать операции на бирже исключительно через посредничество членов биржи.

Служащие фондовой биржи не могут быть учредителями и участниками профессиональных участников рынка ценных бумаг — юридических лиц, а также самостоятельно участвовать в качестве предпринимателей в деятельности фондовой биржи.

Фондовые отделы товарных и валютных бирж, являющиеся таковыми согласно законодательству Российской Федерации, признаются фондовыми биржами и в своей деятельности, за исключением вопросов их создания и организационно-правовой формы, руководствуются требованиями закона, предъявленными к фондовым биржам.

Большое значение в определении правового положения фондовой биржи имеют локальные нормативные акты: устав (положение о фондовом отделе биржи); положения об органах управления и подразделениях биржи; правила

допуска участника рынка ценных бумаг к торгам; правила допуска к торгам ценных бумаг; правила совершения операций с ценными бумагами и др. Локальные нормативные акты должны соответствовать требованиям законодательства.

Фондовая биржа — это некоммерческая организация, исключительным предметом деятельности которой является:

- организация торговли на биржевом рынке ценных бумаг, то есть предоставление услуг, непосредственно способствующих заключению сделок с ценными бумагами между участниками биржевой торговли;

- депозитарная деятельность, то есть оказание услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету и переходу прав на ценные бумаги;

- клиринговая деятельность, то есть деятельность по определению взаимных обязательств (сбор, сверка, корректировка информации по сделкам с ценными бумагами и подготовка бухгалтерских документов по ним) и их зачету по поставкам ценных бумаг и расчетам по ним.

Другими видами деятельности фондовая биржа заниматься не может.

Являясь некоммерческой организацией, фондовая биржа создается и действует в организационно-правовой форме некоммерческого партнерства⁹. Государственная регистрация фондовых бирж осуществляется в общем порядке в соответствии со ст. 51 ГК РФ. Однако осуществление биржевой деятельности не допускается до тех пор, пока фондовая биржа не получит специальную лицензию Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

В организационно-правовом отношении фондовая биржа представляет собой финансовое посредническое учреждение с регламентированным режимом работы, где совершаются торговые сделки между продавцами и покупателями фондовых ценностей с участием биржевых посредников по официально закрепленным правилам. Следует иметь в виду, что фондовая биржа как таковая и ее персонал не совершают сделок с ценными бумагами. Она лишь

создает условия для них, обслуживает эти сделки, связывает продавца и покупателя, предоставляет помещение, консультационные и арбитражные услуги, техническое обслуживание и все необходимое для того, чтобы сделка могла состояться.

С учетом правового статуса в мировой практике существуют три типа фондовых бирж, а именно: 1) публично-правовые; 2) частные; 3) смешанные.

Публично-правовые фондовые биржи находятся под постоянным государственным контролем. Государство участвует в составлении Правил биржевой торговли и контролирует их выполнение, обеспечивает правопорядок на бирже во время торгов (зачастую и при помощи полиции), назначает биржевых маклеров, отстраняет их от работы и т. д. Публично-правовой тип фондовой биржи распространен, например, в Германии и Франции.

Фондовые биржи как частные компании создаются в форме акционерных обществ. Такие биржи самостоятельны в организации биржевой торговли. Все сделки на бирже совершаются в соответствии с действующим в стране законодательством, нарушение которого предполагает определенную правовую ответственность. Государство не берет на себя никаких гарантий по обеспечению стабильности биржевой торговли и снижению риска торговых сделок. Этот тип характерен для Англии и США.

Если фондовые биржи создаются как акционерные общества, но при этом не менее 50 % их капитала принадлежит государству, они относятся к типу смешанных организаций. Во главе таких бирж стоят выборные биржевые органы. Тем не менее биржевой комиссар осуществляет надзор за биржевой деятельностью и официально регистрирует биржевые курсы. Подобные биржи функционируют в Австрии, Швейцарии и Швеции.

Фондовые биржи в России — некоммерческие организации, они не преследуют цели получения собственной прибыли, их деятельность основана на самоокупаемости, предметом деятельности фондовой биржи является обеспечение

необходимых условий нормального обращения ценных бумаг, определение их рыночных цен и надлежащее распространение информации о них, поддержание высокого уровня профессионализма участников рынка ценных бумаг.

Членами фондовой биржи могут быть любые профессиональные участники рынка ценных бумаг, которые осуществляют профессиональную деятельность на РЦБ: брокеры, дилеры, доверительные управляющие, клиринговые организации, депозитарные организации, реестродержатели, организаторы торговли на рынке ценных бумаг. Все профессиональные участники рынка ценных бумаг действуют на основании лицензии. Существует три вида лицензии: лицензия профессионального участника рынка ценных бумаг, лицензия на осуществление деятельности по ведению реестра, лицензия фондовой биржи. Объясняется это установленными законом ограничениями на совмещение видов деятельности и операций с ценными бумагами. В частности, осуществление деятельности по ведению реестра не допускает ее совмещения с другими видами профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг.

Количество членов фондовой биржи, порядок включения в члены фондовой биржи, выхода и исключения из членов фондовой биржи определяются фондовой биржей самостоятельно в локальных нормативных актах.

В отличие от товарной биржи, на фондовой бирже не допускается неравноправное положение членов биржи, временное членство, а также сдача мест в аренду и их передача в залог (уступка права на торговлю) другим лицам, не являющимся членами данной фондовой биржи. Это означает, что фондовая биржа организует торговлю только между членами биржи. Понятие члена фондовой биржи и понятие участника биржевой торговли на фондовой бирже совпадают. Участники рынка ценных бумаг, не являющиеся членами данной фондовой биржи, могут совершать операции на бирже исключительно через посредничество членов биржи. Служащие фондовой биржи не могут быть учредителями и участниками профессиональных участников рынка ценных бумаг —

юридических лиц, а также самостоятельно участвовать в качестве предпринимателей в деятельности фондовой биржи. В то же время к ним предъявляются определенные квалификационные требования. Специалисты фондовой биржи специально аттестуются на право совершения операций с ценными бумагами.

Членство в фондовых биржах привлекательно для участников рынка ценных бумаг не прибыльным вложением капитала, а возможностью создания насыщенного информационного пространства, отражающего реальную конъюнктуру рынка, и некоторыми привилегиями (приоритетами), которые они получают в процессе торговли (преимущественное право на покупку тех ценных бумаг, количество которых ограничено).

Требования, предъявляемые к членам фондовых бирж, устанавливаются, как правило, не только законами страны, но и правилами конкретной фондовой биржи. Состав членов фондовых бирж неодинаков в разных странах. В США, Великобритании члены бирж только граждане (физические лица), в Японии — только организации (юридические лица), в Италии, Германии — и граждане, и организации. В России членами фондовых бирж могут быть юридические и физические лица. Операции на фондовой бирже могут выполняться только ее членами.

Жесткая процедура введения ценных бумаг на биржу позволяет выявить наиболее надежные и доходные фондовые инструменты.

Операции с ценными бумагами осуществляются как на фондовой бирже, так и вне ее. Фондовая биржа самостоятельно устанавливает правила совершения операций с ценными бумагами, определяет правила их допуска к торгам (листинг) и исключения из торговли (делистинг), правила регистрации и порядок исполнения сделок.

Ценные бумаги, поступающие на биржу, проверяются специальной комиссией по листингу. Задача листинга — проверка финансового положения и менеджмента компании-эмитента, которая проводится на принципах аудита. Одной

из первых фондовых бирж России, приступивших к листингу, была Санкт-Петербургская фондовая биржа.

Котировальная (листинговая) комиссия как структурное подразделение фондовой биржи, состоящая из специалистов, может на основании заранее утвержденных биржей критериев допустить ценные бумаги определенного эмитента к торговле на фондовой бирже, отказать в допуске, приостановить торговлю данным видом ценных бумаг, исключить их из биржевой торговли на данной бирже.

Критериями допуска ценных бумаг к торговле на бирже являются их надежность, доходность и ликвидность. Тем самым листинг является гарантией высокого качества обращающихся ценных бумаг, средством защиты потенциальных инвесторов от ненадежных ценных бумаг. Листинг стыкует интересы всех участников фондовой торговли: для эмитента, если его акции попали в число котируемых на бирже, это самая лучшая реклама, для инвестора — определенная гарантия того, что капитал вложен в качественные ценные бумаги, для брокера — это тоже хорошая реклама, так как, если ему доверили деньги и он их эффективно вложил, это залог того, что к нему придут новые клиенты.

Листинг характеризует уровень и самой биржи, так как именно она определяет рейтинг ценных бумаг в аспекте их надежности, доходности и ликвидности.

Прошедшие проверку ценные бумаги могут быть допущены к реализации, а их эмитенты вносятся в особый реестр компаний, чьи фондовые инструменты «приняты» биржей.

В дальнейшем листинговые проверки эмитентов и их ценных бумаг периодически повторяются, что существенно уменьшает риск фондовых операций.

С юридической точки зрения никакое акционерное общество изначально не обязано вносить свои акции и иные ценные бумаги в те или иные биржевые листы; оно лишь имеет на это право, которое необязательно к реализации. Тем не

¹⁰ См.: Алехин Б.И. Рынок ценных бумаг. Введение в фондовые операции. М.: Финансы и статистика, 1991. С. 148—149.

менее биржевая торговля так выгодна, что, как правило, большинство компаний стремится разместить свои ценные бумаги на какой-либо одной или даже нескольких различных биржах. Причиной этому служат определенные выгоды и преимущества, вытекающие из реализации данного права на практике.

К преимуществу листинга и, соответственно, участия в биржевых торгах относится годность для реализации на рынке, повышенный уровень ликвидности ценных бумаг, а также очевидные выгоды от относительной стабильности их цены. Образование фондовых ценностей постоянно контролируется и непосредственно регулируется биржей, которая таким образом предохраняет заключаемые на торгах сделки от появления на них элементов мошенничества и злоупотреблений.

Инвестор, покупающий ценные бумаги, включенные в котируемый лист биржи, может быть уверен, что получит достоверную и своевременную информацию о компании-эмитенте и рынке ее ценных бумаг. Он должен иметь возможность оценивать перспективы экономического развития эмитента и качество его ценных бумаг.

Биржа — это система поддержки рыночной стоимости акций. При поглощении и слиянии компаний оценка активов зависит от курсовой рыночной стоимости акций, а не от балансовой, которая у таких компаний, как правило, ниже.

Листинг в ряде стран является основанием для предоставления компании определенных, более существенных скидок при налогообложении. Наконец, компаниям, состоящим в биржевых листах, как правило, легче бывает добиться доверия и расположения банков и финансовых институтов в случаях возникновения у них потребности в займах и кредитах, а также облегчается размещение новых выпусков облигаций, конвертируемых в списочные (листинговые) акции. Таким образом, листинг — система поддержки рынка, создающая благоприятные условия для организованного рынка, позволяющая выявить наиболее надежные и качественные ценные бумаги и способствующая повышению их ликвидности. По-

купатели (владельцы) ценных бумаг, имеющих рыночную котировку, как правило, обладают преимуществом в резервировании под их обеспечение по сравнению с покупателями ценных бумаг без котировки. Биржи устанавливают правила для компаний-эмитентов, желающих включить свои акции в биржевой список, поэтому на каждой бирже своя система правил допуска ценных бумаг к котировке. Различаются и требования к компаниям, желающим котировать свои акции на конкретной бирже.

Развитие листинга на отечественном фондовом рынке в целом соответствует мировой практике. Фондовая биржа самостоятельно устанавливает процедуру включения в список ценных бумаг, допущенных к обращению на бирже, процедуры листинга и делистинга. Так, на пяти крупнейших биржах России установлены такие качественные критерии оценки и допуска ценных бумаг к обращению, как число акций в обращении и срок существования без убытка, минимальная граница уставного капитала.

Комиссия по листингу — только первый барьер, который должны преодолеть ценные бумаги, прежде чем поступить на биржу. Другой барьер — котировальная комиссия. Ее задача — определение курса ценной бумаги при ее первой реализации. В процессе котировки первичная цена может изменяться (увеличиваться и уменьшаться).

Котировальная комиссия выясняет также, обладает ли предлагаемая к котировке ценная бумага необходимой ликвидностью, то есть будет ли она пользоваться спросом. Неликвидные ценные бумаги в биржевой зал стараются не допускать. Если установлено, что ценная бумага необходимой ликвидностью не обладает, то котировальная комиссия предлагает эмитенту ее доработать, то есть наделить дополнительными свойствами, которые сделают ее привлекательной для инвесторов, расширить информацию об эмиссии, изменить номинал и т. п. В результате действий листинговой и котировальной комиссий на фондовой бирже в обращении находятся только полноценные фондовые инструменты.

Котировка ценной бумаги — это механизм выявления цены, ее фиксация в течение каждого дня работы биржи и публикация в биржевых бюллетенях.

Биржа концентрирует спрос и предложение на покупку и продажу ценных бумаг, определяет соотношение между текущим спросом и предложением, в результате чего выявляется цена как выражение равновесия временного и относительного, но достаточного для осуществления той или иной сделки.

Цена, по которой заключаются сделки и ценные бумаги переходят из рук в руки, называется курсом. Биржевой курс используется как ориентир при заключении сделок как в биржевом, так и во внебиржевом оборотах.

Биржевое законодательство не фиксирует порядок определения биржевого курса ценных бумаг. Однако в зависимости от принципов котировки различают:

- метод единого курса, основанный на установлении единой (типичной) цены;
- регистрационный метод, базирующийся на регистрации фактических цен сделок, спроса и предложения (цен продавцов и покупателей).

Как правило, биржевые торги начинаются с объявления цен, установившихся в конце предыдущей сессии. Цены определяются специальной котировальной комиссией по результатам предыдущего торга (например, вчерашнего дня) и раздаются его участникам в виде котировочного листа.

При установлении биржевого курса необходимо следовать определенным правилам:

- 1) его уровень должен обеспечивать наибольшее количество сделок;
- 2) заявки «продать по любому курсу», «купить по любому курсу» реализуются при появлении первого предложения цены;
- 3) заявки, в которых указываются цены, приближающиеся к максимальным при покупке и минимальные при продаже, могут реализовываться частично;
- 4) заявки с указанием цены ниже искомого курса при покупке или выше при продаже не реализуются.

Анализируя данные регистрации сделок и заявки инвесторов, котировальная комиссия определяет верхний и нижний пределы цен по видам ценных бумаг. При этом она исключает цены, не показательные для рыночной конъюнктуры. Отсюда, в биржевых бюллетенях регистрируются не все цены сделок, а лишь предельные, наиболее полно характеризующие динамику цен в процессе биржевого дня. Предельные цены берутся следующие: высшая и низшая в течение биржевого дня, начальная в первые минуты и заключительная цена в конце биржевого дня.

Требования российских бирж ограничиваются несколькими критериями невысокого порогового значения. Это объясняется тем, что слишком жесткий листинг привел бы к уходу из биржевого оборота значительного числа российских компаний, не отвечающих высоким требованиям, и сворачиванию биржевого оборота ценных бумаг. А между тем именно биржевой рынок ценных бумаг является необходимым инструментом определения их рейтинга и рыночных цен.

Ценные бумаги, включенные фондовой биржей в список ценных бумаг, допускаемых к обращению на бирже, могут быть объектом сделок, совершаемых на бирже. В соответствии с Законом о рынке ценных бумаг ценные бумаги, не включенные в список обрабатываемых на фондовой бирже, в виде исключения также могут быть объектом сделок на бирже в порядке, предусмотренном ее внутренними документами.

На фондовой бирже совершаются такого же рода сделки, как и на товарной бирже, включая кассовые, форвардные, фьючерсные и сделки с премией. Порядок совершения сделок, их регистрации, сверки и расчетов по заключенным сделкам определяется фондовой биржей самостоятельно в соответствующих правилах.

С целью защиты интересов инвесторов фондовая биржа может временно или навсегда исключить ценные бумаги акционерного общества из котировочного листа. Это относится к фирмам, отвечающим всем количественным требованиям, но имеющим неблагоприятное финансовое состоя-

ние, поскольку банкротство компании — удар и по репутации биржи, где котировались ее акции.

Существует три формы временного прекращения котировки на бирже:

- отсрочка начала торговли (до открытия торгов биржа может приказать трейдерам сбалансировать заказы на покупку или продажу и тем самым определить более справедливую цену, если по какому-либо виду акций поступило большое количество заказов на покупку или продажу);

- перерыв в торговле (объявляется в любое время для сообщения какой-либо важной информации);

- приостановка торговли на одну сессию и более (используется, когда нужно время, чтобы разобраться в каком-то важном событии, а также при нарушении компанией соглашения о листинге до его устранения, или принять решение о делистинге ценных бумаг компании-эмитента).

Делистинг — исключение из биржевого списка — может последовать, если:

- эмитент объявлен банкротом или его финансовое состояние признано неудовлетворительным;

- публичное размещение ценных бумаг достигает неприемлемо малых масштабов или имеется иное их несоответствие минимальным требованиям листинга;

- компании-эмитенты в письменном виде подают заявление об исключении их ценных бумаг из числа котирующихся;

- ценные бумаги эмитента отозваны для обмена на новые или погашения при их дроблении;

- нарушается соглашение о листинге;

- компанией-эмитентом не представлены ежегодный отчет и другая информация в указанные сроки и т. д.

Все поступающие на фондовую биржу ценные бумаги являются объектами биржевых операций. Биржевая операция — это сделка с ценными бумагами, заключенная между членами биржи или постоянными ее посетителями, оформленная запиской и зарегистрированная в регистрационной книге фондовой биржи.

Фондовая биржа обязана обеспечить гласность и публичность проводимых торгов путем оповещения ее членов о месте и времени проведения торгов, о списке и котировке ценных бумаг, допущенных к обращению на бирже, о результатах торговых сессий.

Важным критерием классификации операций с ценными бумагами служит срок, на который заключается сделка. В этой связи различают кассовые и срочные операции. Кассовая операция — сделка, расчет по которой осуществляется немедленно или в ближайшие биржевые или календарные дни (до семи дней после заключения сделки). Срочная операция — сделка с ценными бумагами, исполнение которой должно произойти в сроки, обусловленные договорами по данным операциям.

Торговля на фондовой бирже ведется сессиями. Это значит, что одновременно в биржевом зале продаются не все виды ценных бумаг. Существует порядок, согласно которому проводятся специальные сессии для продажи акций, облигаций, других видов ценных бумаг. Возможна и параллельно происходящая торговля разными ценными бумагами, но в этом случае каждый их вид продается в особом помещении.

К началу торговли ценными бумагами их курсы уже известны. Торговля осуществляется различными способами: групповым или залповым (заказы на куплю-продажу накапливаются, а затем один или два раза в день вводятся в биржевой зал и расторгиваются), непрерывным сличением предложений и заявок (сделки совершаются в любое время сессии), периодически поступающими заказами через компьютерную связь (инвесторами являются иностранные юридические и физические лица).

Все заключаемые на бирже сделки подлежат регистрации в день их совершения (обычно не позднее чем через 24 часа). Основанием для регистрации служит брокерская записка, составленная в результате полученных брокером от одной стороны приказа (оферта) и согласия другой (акцепта, который дается письменно). Биржевые сделки, не заре-

гистрированные по какой-либо причине, не имеют законной силы.

Центр фондовой биржи — ее торговый зал, где торговля ведется по принципу аукциона, с помощью выкриков, курсы ценных бумаг определяются в соответствии со спросом и предложением. Покупатели и продавцы используют в процессе торговли свой условный язык (его основное свойство — краткость), жесты, постоянно сверяя свое поведение с курсами бумаг на электронном табло и другой информацией, поступающей в зал.

На фондовых биржах вся организация торговли подчинена тому, чтобы брокеры могли лучшим образом выполнить заказы, поступающие к ним от клиентов. Заказы же эти различны.

Существует несколько форм заказа на куплю-продажу ценных бумаг (акций, облигаций), которые инвесторы передают своим брокерам для исполнения на бирже:

- «рыночный заказ» на покупку или продажу определенного вида и числа ценных бумаг по наилучшей цене рынка;

- лимитированный заказ, где клиент указывает конкретную цену, по которой должна состояться сделка (или лучшую цену, если брокер способен ее получить);

- дневной заказ — заказ с дневным сроком исполнения;

- открытый заказ остается в силе до тех пор, пока не будет выполнен или отменен. Чтобы избежать чрезмерного накопления таких заказов, многие брокеры ограничивают их действие 30—90 днями, после чего они могут быть аннулированы;

- заказ «все или ничего» — брокер должен купить или продать все ценные бумаги, указанные в заказе;

- заказ «приму в любом виде» — клиент поручает брокеру купить или продать любое количество ценных бумаг (до заказанного максимума);

- заказ «исполнить или отменить» означает, что, как только часть заказа, которую можно удовлетворить, выполнена, остальная часть отменяется;

- заказ «с переключением» предполагает, что выручка от продажи одних ценных бумаг может быть использована для покупки других;

- контингентный заказ предусматривает одновременную покупку одних и продажу других ценных бумаг. Он может вводиться как «рыночный» и с пропорцией (например, продать 50 одних акций и купить 100 других);

- стоп-заказ подлежит исполнению как «рыночный», если курс ценной бумаги падает ниже или повышается выше (в зависимости от того, заказ ли это на покупку или продажу) указанной конкретной цены (стоп-цены)¹⁰.

Все полученные заказы брокер должен классифицировать и разобрать. Приказы на покупку он сводит с приказами на продажу. Затем эти противоположные приказы поступают на соответствующую их содержанию факторию для осуществления сделки на основе существующих биржевых курсов. Между курсами на покупку и курсами на продажу ценных бумаг должна иметь место разница-спред — иначе нет источника для оплаты труда брокеров, расходов биржи. Не все брокеры ведут торговлю, имея ценные бумаги в наличии. При краткосрочных сделках купли-продажи таких бумаг у брокера обычно нет. Он действует в предчувствии перемен в конъюнктуре фондового рынка, но всегда стремится соблюдать принцип «продать дороже, купить дешевле». Иногда, чтобы совершить краткосрочную операцию, брокерская фирма может занять ценные бумаги у другой фирмы. Все краткосрочные операции на фондовой бирже отличаются высоким уровнем риска.

На фондовой бирже часто возникают ситуации, когда у брокеров скапливается много заказов и они не в состоянии удовлетворить их по всем пунктам и в полном объеме. В таких случаях брокеры обязаны ориентироваться на существующие во всех крупных фондовых биржах «правила приоритетов», необходимые для того, чтобы брокер не только учитывал требования своих клиентов, но и действовал в соответствии с биржевыми законами.

Приоритет заказа определяется прежде всего временем его поступления.

Существует и приоритет выполнения заказов по принципу их адекватности, то есть когда, удовлетворяя один, одновременно удовлетворяешь другой.

На фондовых биржах многих стран в интересах создания эластичного и обширного рынка, минимизирующего предельные отклонения цен на фондовые инструменты, существуют система государственного регулирования, внутренние правила поведения профессиональных участников рынка ценных бумаг. В большинстве стран введены ограничения на манипуляцию курсами ценных бумаг, запрещены пулы и т. п. Внедрение на современных фондовых биржах автоматизированных систем торговли ценными бумагами позволяет не только существенно повышать биржевые обороты, но и с большей эффективностью выполнять поручения большого количества мелких инвесторов.

В зависимости от выполняемых ими функций все участники рынка ценных бумаг заключают реальные, спекулятивные и арбитражные сделки. Первые заключаются непосредственно для обслуживания клиентов (приобретение или продажа фондовых инструментов); вторые направлены на извлечение выгоды из колебаний цен во времени и с реальным оборотом ценных бумаг связаны лишь косвенно; третьи призваны способствовать извлечению прибыли за счет одновременной купли-продажи одной и той же ценной бумаги на разных рынках. Причем это могут быть как рынки ценных бумаг в разных странах, так и биржевой и внебиржевой рынки одной страны. Результатом проведения арбитражных операций является выравнивание цен на конкретные виды ценных бумаг на разных рынках.

Фондовые биржи могут иметь шансы в конкурентной борьбе с неорганизованным рынком за проведение срочных операций с ценными бумагами. Создание рынка опционов и фьючерсов (в будущем и более сложных видов сделок, таких как опционы на фьючерсные контракты, срочные сделки по индексам акций), обеспечение гарантий исполнения

этих сделок, организация клиринговых расчетов по ним позволяют биржам, используя преимущества организованного рынка, существенно увеличить объемы биржевой торговли.

Перспективным для фондовых бирж является также сотрудничество с крупными институциональными инвесторами, в особенности с инвестиционными фондами, выгода здесь взаимная — фондовые биржи получают новых клиентов, одновременно выступающих и эмитентами, и инвесторами, а институциональные инвесторы — достоверную оперативную информацию о конъюнктуре рынка ценных бумаг.

Постепенно государство вводит контроль за деятельностью фондовых бирж. В целях обеспечения оперативного контроля за формированием рынка ценных бумаг фондовые биржи обязаны ежемесячно предоставлять сведения об итогах биржевой деятельности на рынке ценных бумаг и допуске ценных бумаг к котировке.

Фондовая биржа не только торговый, но также исследовательский и информационный центр рынка ценных бумаг.

Законодательства всех стран обязывают фондовые биржи заниматься исследованиями процессов, происходящих на рынке ценных бумаг, информировать общественность, прежде всего эмитентов и инвесторов, об их динамике и содержании. Поэтому во всех крупных фондовых биржах имеются специальные научно-информационные отделы, занимающиеся подобными исследованиями и публикующие в различных периодических изданиях, в том числе специальных, их результаты.

К числу подобных публикаций относится прежде всего сводная таблица курсов ценных бумаг (официальный бюллетень фондовой биржи). Она, как правило, включает две части:

- 1) столбцы, содержащие стандартные сведения по всем ценным бумагам, котируемым на бирже;
- 2) приложения, где с помощью специальных обозначений даны некоторые индивидуальные характеристики котируемых фондовых ценностей.

Курсы, содержащиеся в бюллетенях, могут обозначаться в процентах к номинальной стоимости акций. Однако не все выпускаемые акции имеют номинальную цену, поэтому существует другой способ выражения динамики курсов акций — в валюте за единицу ценной бумаги. Последний способ широко распространен.

Движение биржевых курсов всегда находится в центре внимания экономистов, пытающихся на этой основе вывести какие-то тенденции и закономерности хозяйственного развития, сделать прогнозы, имеющие практическое значение. Для оценки движения биржевых курсов на всех крупных фондовых биржах рассчитываются специальные биржевые индексы, значение которых для рынка ценных бумаг очень велико.

В настоящее время широкое распространение средств автоматизации позволяет сформировать прочную технологическую базу для выполнения биржевых операций.

В соответствии с технологией проведения торговых операций на биржах автоматизируются следующие процессы:

- деятельность брокерских фирм по обслуживанию клиентов и подготовке сопроводительных документов;
- передача заявок от брокерских фирм на биржу;
- формирование биржевой ведомости (price list),
- корректировка биржевых ведомостей;
- подготовка документов для регистрации сделок;
- использование электронных табло в процессе торгов;
- передача заявок между региональными отделениями биржи и биржевым центром;
- проведение аукциона в течение одновременных торгов;
- согласование условий предложений между брокерами-продавцами и брокерами-покупателями;
- подготовка и распространение произвольной текстовой информации (писем, документов, уведомлений и т. д.) между отделениями биржи, биржей и брокерскими фирмами;

¹¹ См.: Брусенцев Д. Новые электронные технологии брокерских операций // Рынок ценных бумаг. 2000. № 6 (165).

- внутрибиржевая деятельность, включающая создание автоматизированных рабочих мест (АРМ) различных служб биржи: руководства, копировального комитета, маклерской службы и т. д.

Средства автоматизации значительно упрощают деятельность биржи, повышают ее оперативность, позволяют увеличить количество представленных товаров и число обслуживаемых брокерских фирм, то есть увеличивают оборот биржи. В процессе возрастания объемов торговли, открытия региональных отделений и увеличения количества клиентов биржи становится невозможным проведение многих операций без применения средств автоматизации. В то же время при развитии биржи на основе мощной вычислительной базы и устойчивых каналов связи представляется возможным организовать качественно новую технологию проведения торговых операций, при которой брокеры, минуя все службы биржи, кроме контролирующей, непосредственно со своих автоматизированных рабочих мест вводят заявки в базу данных, находят контрагентов, связываются с ними, корректируют свои предложения и заключают сделки. Таким образом, организуется электронная биржа.

Новая информационная технология на базе персональных ЭВМ на рабочих местах сотрудников биржи, брокеров обеспечивает:

- ускорение обработки информации за счет максимального приближения средств обработки данных к объектам управления (операционный зал, служба регистрации сделок и т. д.) и принятие оперативных решений;
- снижение расходов на содержание системы организационного управления биржей;
- рост гибкости организационной структуры биржи;
- повышение ответственности сотрудников;

¹² См.: Правила осуществления брокерской и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг РФ: Постановление ФК ЦБ от 11.10.99.

- возможность поэтапного (модульного) наращивания мощности системы автоматизированного управления биржей;
- уменьшение объемов документооборота;
- развитие информационной научно обоснованной системы организации управления биржей за счет увеличения количества необходимых для управления данных и повышения их достоверности и своевременности.

2. Виды профессиональных участников рынка ценных бумаг

Основными действующими лицами на рынке ценных бумаг являются эмитенты, выпускающие ценные бумаги, а также инвесторы, эти бумаги приобретающие. Первые аккумулируют финансовые и иные средства, предлагая за это некоторый эквивалент в виде определенного набора имущественных прав, вторые же приобретают такие права и выплачивают за них известную компенсацию. Так, акционерное общество (эмитент), размещая собственные акции, стремится привлечь дополнительный капитал. Приобретатель акции, уплачивая за нее акционерному обществу искомый капитал, имеет имущественный интерес, выражающийся в намерении не только возратить эквивалент вложенным средствам, но и получить от этого определенную выгоду.

Повышению оборотоспособности ценных бумаг, созданию условий наиболее эффективного взаимодействия между эмитентом и инвестором призваны способствовать различного рода посредники. Те из них, которые занимаются обеспечением встречного движения ценных бумаг и соответствующих им капиталов в качестве основного и (или) исключительного вида деятельности, то есть профессионально, называются профессиональными участниками рынка ценных бумаг.

Основными профессионалами рынка ценных бумаг являются: брокеры (посредники при заключении сделок, сами

в них не участвующие); дилеры (посредники, участвующие в сделках своим капиталом); управляющие (лица, распоряжающиеся переданными им в доверительное управление ценными бумагами); клиринги (организации, занимающиеся определением взаимных обязательств); депозитарии (оказывают услуги по хранению ценных бумаг и учету прав на них); регистраторы (ведут реестры ценных бумаг); организаторы торговли на рынке ценных бумаг (оказывают услуги, способствующие заключению сделок с ценными бумагами) и джобберы (специалисты по конъюнктуре рынка ценных бумаг). Последние впервые появились в Лондонском Сити. Их деятельность потребовалась в связи с постоянным расширением масштабов и структуры рынка ценных бумаг, усложнением операций на этом рынке. Они консультируют, делают прогнозы изменения курсов акций, определяют перспективы развития отдельных отраслей экономики, анализируют налоговую политику и т. п.

Наряду с этими профессионалами рынок ценных бумаг обслуживают банковские служащие, работники инвестиционных фондов, а также государственные чиновники и юристы, обеспечивающие необходимые для финансового рынка законотворчество и контроль. В 1995 году на российском рынке ценных бумаг работало около 3,5 тыс. лицензированных профессиональных участников, в основном брокеров, и их число неизменно растет.

Профессиональные участники рынка ценных бумаг — юридические лица, в том числе кредитные организации, а также граждане (физические лица), зарегистрированные в качестве предпринимателей, которые осуществляют определенные законом следующие виды деятельности: брокерскую, дилерскую, деятельность по управлению ценными бумагами, клиринговую деятельность, депозитарную, деятельность по ведению реестра ценных бумаг, деятельность по организации торгов.

Классификация профессиональных участников может быть проведена по различным признакам, в частности в зависимости от специфики основного предмета деятельности.

Допустимо, например, выделить группу участников, основным предметом деятельности которых является посредничество в совершении сделок с ценными бумагами. К ним относятся брокеры, дилеры, организаторы торговли. Следующая группа посредников — профессиональных участников призвана преимущественно способствовать исполнению сделок с ценными бумагами. Это — депозитарии, клиринговые организации, реестродержатели. Наконец, реализации прав, удостоверяемых ценной бумагой, содействует доверительный управляющий. Очевидно, что отнесение названных участников к той или иной группе является весьма условным, поскольку названные предметы деятельности у различных участников могут сочетаться.

Необходимо отличать профессиональных участников рынка ценных бумаг от иных посредников, осуществляющих на нем свою деятельность. Так, непрофессиональным посредником может являться товарная биржа, поскольку с ее участием реализуются такие ценные бумаги, как коносамент. В качестве непрофессионального посредника могут выступать также банки при совершении операций по инкассированию векселей.

Отличие профессиональных участников от иных посредников на рынке ценных бумаг состоит в том, что первые осуществляют операции с ценными бумагами в качестве основного и исключительного вида деятельности. Лицензирование на рынке ценных бумаг должно осуществляться в отношении не любой предпринимательской деятельности, а только профессиональной.

Брокерская деятельность

Брокерская деятельность включает в себя совершение гражданско-правовых сделок с ценными бумагами в качестве поверенного или комиссионера, действующего на основании договора поручения или комиссии, а также доверенности на совершение таких сделок при отсутствии указаний на полномочия поверенного или комиссионера в договоре.

Профессиональный участник рынка ценных бумаг, занимающийся брокерской деятельностью, именуется брокером.

Передоверие брокерами совершения сделок допускается только брокерам. Передоверие допускается, если оно оговорено в договоре комиссии или поручения либо в случаях, когда брокер вынужден к этому силой обстоятельств для охраны интересов своего клиента с уведомлением последнего. Передоверие осуществляется в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации.

Брокер должен выполнять поручения клиентов добросовестно и в порядке их поступления, если иное не предусматривается договором с клиентом или его поручением. Сделки, осуществляемые по поручению клиентов, во всех случаях подлежат приоритетному исполнению по сравнению с дилерскими операциями самого брокера при совмещении им деятельности брокера и дилера.

В случае наличия у брокера интереса, препятствующего осуществлению поручения клиента на наиболее выгодных для клиента условиях, брокер обязан немедленно уведомить последнего о наличии у него такого интереса.

В случае, если брокер действует в качестве комиссионера, договор комиссии может предусматривать обязательство хранить денежные средства, предназначенные для инвестирования в ценные бумаги или полученные в результате продажи ценных бумаг, у брокера на забалансовых счетах и право их использования брокером до момента возврата этих денежных средств клиенту в соответствии с условиями договора.

Часть прибыли, полученной от использования указанных средств и остающейся в распоряжении брокера, в соответствии с договором перечисляется клиенту. При этом брокер не вправе гарантировать или давать обещания клиенту в отношении доходов от инвестирования хранимых им денежных средств.

В случае, если конфликт интересов брокера и его клиента, о котором клиент не был уведомлен до получения брокером соответствующего поручения, привел к исполнению это-

го поручения с ущербом для интересов клиента, брокер обязан за свой счет возместить убытки в порядке, установленном гражданским законодательством.

Брокеры на рынке ценных бумаг представлены специализированными фирмами, имеющими статус юридических лиц. На Западе они или принадлежат частным лицам, или являются акционерными обществами. В России они существуют обычно в форме товариществ с ограниченной ответственностью. Их уставный капитал невелик, чтобы подпадать под законодательство о малых предприятиях и получать льготы по налогообложению. В то же время эти фирмы стремятся увеличивать собственный и заемный капитал, расширять число своих клиентов.

По своей структуре типичная для стран Запада брокерская фирма состоит из дирекции, административной группы (секретариата, бухгалтерии), консультативного отдела, отдела торговли ценными бумагами и информационно-технического отдела. Всего в фирме занято 15—25 человек.

В сферу деятельности брокерской фирмы входят оказание услуг по консалтингу, размещение ценных бумаг на первичном и вторичном рынках, создание и управление инвестиционными фондами и т. п. Кроме того, брокеры обычно оказывают ряд особых услуг на финансовом рынке: посредничество при получении банковского кредита, помощь в страховании сделок, в том числе биржевых, с ценными бумагами.

В условиях России роль брокерских фирм весьма значительна. Так, они способствуют переводу предприятий в акционерную форму собственности, оказывают содействие предприятиям и местным органам власти в выпуске облигаций, принимают участие в размещении государственных ценных бумаг. Для того чтобы деятельность брокерской фирмы была успешной, она должна быть подключена к информационным

¹³ Положение о доверительном управлении ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги: Постановление ФКЦБ РФ от 17.10.97.

сетям (национальным и международным), войти в Ассоциацию брокерских фирм.

Свои операции брокеры совершают, руководствуясь рядом правил:

1. Клиент заключает с брокерской фирмой договор, в котором оговариваются все виды поручений, в том числе где купить ценные бумаги (на фондовой бирже или на внебиржевом рынке).

2. Брокер действует в пределах определенной ему клиентом суммы, сохраняя обычно за собой право выбора ценных бумаг в соответствии с полученной им установкой.

3. Клиент может дать брокеру приказ прекратить все порученные ему сделки.

4. Выполнив поручение, брокер обязан в оговоренный договором срок известить об этом клиента и перечислить ему средства, полученные от продажи ценных бумаг (за вычетом комиссионных).

5. Сделка должна быть зарегистрирована брокером в особой книге, и клиент вправе потребовать из нее выписку.

Отношения между брокерской фирмой и клиентом предполагают взаимодействие сторон через лиц, несущих ответственность за совершение сделки. Все соглашения, даже если они первоначально были заключены устно, составляются по форме в письменном виде и имеют законную силу.

Принимая поручения от своих клиентов, брокерская фирма нуждается в определенных гарантиях, особенно если клиент выступает как покупатель. Для гарантии могут быть использованы: вексель на всю сумму сделки; залог в размере 25—100 % сделки, внесенный на счет брокера; текущий счет, открытый для брокера; страховой полис, предоставленный брокеру, и т. п.

Опыт работы с большим количеством клиентов показал необходимость развития электронных брокерских систем, осуществляющих учет поручений на совершение операций, снижения временного интервала между подачей приказа клиента и передачей его в биржевую торговую систему, а также оперативности информационного обмена между клиентом и

брокером¹¹. Российский фондовый рынок только начинает проявлять интерес к новым техническим решениям, но, учитывая зарубежный опыт, можно предположить бурное развитие электронных брокерских систем в России. Использование таких систем позволяет значительно повысить эффективность брокерского обслуживания. Это дает возможность:

- расширить клиентскую сеть без существенного увеличения расходов по брокерскому обслуживанию;
- создать электронный «мост» между системой внутреннего учета и биржевой торговой системой;
- непосредственно подключить клиента к автоматизированной брокерской системе как в режиме информационного просмотра, так и для выполнения собственных транзакций;
- уменьшить время исполнения приказа клиента, работающего через менеджера.

Брокерская фирма должна информировать своего клиента о тех гарантиях, которые дает его контрагент. Вместе с тем не исключено, что брокерская фирма осуществляет операции за свой счет, предоставляя клиенту кредит, и берет на себя весь риск, связанный с совершаемыми при ее участии сделками. В этом случае ее доход включает не только комиссионные, процент за кредит, но и плату за риск. Впрочем в этом случае брокерская фирма выходит за рамки чисто посреднических функций и приближается по характеру своей деятельности к дилерским фирмам.

Дилерская деятельность

Дилерской деятельностью признается совершение сделок купли-продажи ценных бумаг от своего имени и за свой счет путем публичного объявления цен покупки и (или) продажи определенных ценных бумаг с обязательством покупки и (или) продажи этих ценных бумаг по объявленным лицом, осуществляющим такую деятельность, ценам¹².

Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий дилерскую деятельность, именуется дилером.

Дилером может быть только юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией.

Кроме цены дилер имеет право объявить иные существенные условия договора купли-продажи ценных бумаг: минимальное и максимальное количество покупаемых и (или) продаваемых ценных бумаг, а также срок, в течение которого действуют объявленные цены. При отсутствии в объявлении указания на иные существенные условия дилер обязан заключить договор на существенных условиях, предложенных его клиентом. В случае уклонения дилера от заключения договора к нему может быть предъявлен иск о принудительном заключении такого договора и (или) о возмещении причиненных клиенту убытков.

Дилеров, специализирующихся на операциях с ценными бумагами, называют дилерами с ограниченной ответственностью: их риск в процессе купли-продажи бумаг меньше, чем у эмитентов и инвесторов (он существует в течение меньшего периода времени). Дилеры выполняют следующие функции:

- обеспечивают информацию о выпуске ценных бумаг, их курсах и качестве;
- действуют как агенты, выполняющие поручения клиентов (иногда привлекают для этой цели брокеров);
- следят за состоянием рынка ценных бумаг; в случаях когда снижается активность купли-продажи (в результате недостатка продавцов или покупателей), дилеры за свой счет совершают необходимые операции, чтобы выровнять курс ценных бумаг;
- дают импульс развитию рынка ценных бумаг, сводя покупателей и продавцов (действуют как катализаторы рынка).

При осуществлении брокерской и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг профессиональным участникам рынка ценных бумаг следует:

- добросовестно исполнять обязательства по договорам купли-продажи ценных бумаг и иным договорам, непосредственно связанным с осуществлением профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг;

- доводить до сведения клиентов и контрагентов всю необходимую информацию, связанную с исполнением обязательств по договору купли-продажи ценных бумаг;

- не осуществлять манипулирования ценами на рынке ценных бумаг и понуждения к покупке или продаже ценных бумаг, в том числе посредством предоставления умышленно искаженной информации о ценных бумагах, эмитентах ценных бумаг, ценах на ценные бумаги, включая информацию, представленную в рекламе;

- утвердить правила ведения внутреннего учета операций с ценными бумагами, в том числе ведения учетных регистров и составления внутренней отчетности;

- утвердить порядок предоставления информации и документов инвестору в связи с обращением ценных бумаг, в том числе способы и формы предоставления, размеры и порядок оплаты услуг по предоставлению;

- соблюдать требования законодательства Российской Федерации и нормативных правовых актов Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Действия дилеров на рынке ценных бумаг отличаются большей масштабностью, чем действия брокеров. Дилерские фирмы владеют большими капиталами, которые они наращивают за счет получаемых комиссионных и прибыли на инвестируемый капитал. Дилерские фирмы еще в большей степени, чем брокерские, должны принимать участие в деятельности своих профессиональных ассоциаций и быть подключены к национальным и международным информационным сетям.

При осуществлении как брокерской, так и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг профессиональным участникам рынка ценных бумаг следует:

- добросовестно исполнять обязательства по договорам купли-продажи ценных бумаг и иным договорам, непосредственно связанным с осуществлением профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг;

- доводить до сведения клиентов и контрагентов всю необходимую информацию, связанную с исполнением обязательств по договору купли-продажи ценных бумаг;

- не осуществлять манипулирования ценами на рынке ценных бумаг и понуждения к покупке или продаже ценных бумаг, в том числе посредством предоставления умышленно искаженной информации о ценных бумагах, эмитентах ценных бумаг, ценах на ценные бумаги, включая информацию, представленную в рекламе;

- раскрывать информацию о своих операциях с ценными бумагами в случаях и в порядке, предусмотренных законодательством Российской Федерации и нормативными правовыми актами Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг;

- в случае возникновения конфликта интересов, в том числе связанного с осуществлением брокером дилерской деятельности, немедленно уведомлять клиентов о возникновении такого конфликта интересов и предпринимать все необходимые меры для его разрешения в пользу клиента;

- совершать сделки купли-продажи ценных бумаг по поручению клиентов в первоочередном порядке по отношению к собственным сделкам брокера;

- утвердить правила ведения внутреннего учета операций с ценными бумагами, в том числе ведения учетных регистров и составления внутренней отчетности;

- вести внутренний учет операций с ценными бумагами в соответствии с требованиями нормативных правовых актов ФКЦБ, правилами саморегулируемой организации, членами которой они являются, а также собственными процедурами и правилами ведения внутреннего учета операций с ценными бумагами;

- представлять отчетность в порядке, в объеме и в сроки, предусмотренные нормативными правовыми актами ФКЦБ;

- утвердить порядок предоставления информации и документов инвестору в связи с обращением ценных бумаг, в том числе способы и формы предоставления, размеры и порядок оплаты услуг по предоставлению;

- предоставлять по требованию инвестора информацию и документы (перечень которых приведен ниже) в письменной или иной форме, доступной и удобной для инвестора;

- уведомлять инвестора о его праве получать указанные документы и информацию;

- соблюдать требования законодательства Российской Федерации и нормативных правовых актов ФКЦБ.

При осуществлении брокерской и дилерской деятельности на рынке ценных бумаг не допускается:

- осуществление сделок с ценными бумагами в случаях, если у депозитария, осуществляющего учет и удостоверение прав на указанные ценные бумаги по названным сделкам, отсутствует лицензия на осуществление депозитарной деятельности, а также если у регистратора, осуществляющего перерегистрацию прав собственности на указанные ценные бумаги по названным сделкам, отсутствует лицензия на право осуществления деятельности по ведению реестра владельцев именных ценных бумаг, за исключением случаев ведения реестра владельцев именных ценных бумаг эмитентом этих ценных бумаг в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов;

- совершение сделок с ценными бумагами до их полной оплаты и регистрации отчета об итогах их выпуска;

- осуществление размещения ценных бумаг, если регистрирующий орган приостановил эмиссию указанных ценных бумаг;

- рекламирование и (или) предложение неограниченному кругу лиц ценных бумаг эмитентов, не раскрывающих информацию в объеме и порядке, которые предусмотрены законодательством Российской Федерации о ценных бумагах для эмитентов, публично размещающих ценные бумаги;

- совершение сделок с ценными бумагами с использованием услуг организаций, непосредственно способствующих заключению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами и не имеющих лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг или лицензии фондовой биржи, выданных в порядке, установленном нормативными актами Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Брокер и дилер вправе потребовать от инвестора плату за предоставляемую информацию. Плата за информацию не может превышать затрат на ее копирование. Таким образом может быть представлена следующая информация:

1. В случае приобретения у них ценных бумаг инвестором либо при приобретении ими ценных бумаг по поручению инвестора:

- сведения о государственной регистрации выпуска этих ценных бумаг и государственный регистрационный номер этого выпуска;

- сведения, содержащиеся в решении о выпуске этих ценных бумаг и проспекте их эмиссии;

- сведения о ценах и котировках этих ценных бумаг на организованных рынках ценных бумаг в течение шести недель, предшествовавших дате предъявления инвестором требования о предоставлении информации, если эти ценные бумаги включены в листинг организаторов торговли, либо сведения об отсутствии этих ценных бумаг в листинге организаторов торговли;

- сведения о ценах, по которым эти ценные бумаги покупались и продавались этим профессиональным участником в течение шести недель, предшествовавших дате предъявления инвестором требования о предоставлении информации, либо сведения о том, что такие операции не проводились;

- сведения об оценке этих ценных бумаг рейтинговым агентством, признанным в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

2. В случае отчуждения ценных бумаг инвестором:

- цены и котировки этих ценных бумаг на организованных рынках ценных бумаг в течение шести недель, предшествовавших дате предъявления инвестором требования о предоставлении информации, если эти ценные бумаги включены в листинг организаторов торговли, либо сведения об отсутствии этих ценных бумаг в листинге;

- цены, по которым эти ценные бумаги покупались и продавались этим профессиональным участником в течение шести недель, предшествовавших дате предъявления инвес-

тором требования о предоставлении информации, либо сведения о том, что такие операции не проводились.

Деятельность по управлению ценными бумагами

Деятельность по управлению ценными бумагами — это осуществление юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем от своего имени за вознаграждение в течение определенного срока доверительного управления переданными ему во владение и принадлежащими другому лицу в интересах этого лица или указанных этим лицом третьих лиц¹³:

- ценными бумагами;
- денежными средствами, предназначенными для инвестирования в ценные бумаги;
- денежными средствами и ценными бумагами, получаемыми в процессе управления ценными бумагами.

Объектами доверительного управления являются ценные бумаги и средства инвестирования в ценные бумаги, включая: ценные бумаги и средства инвестирования, переданные в доверительное управление при заключении договора доверительного управления, а также ценные бумаги и средства инвестирования, приобретенные доверительным управляющим в течение срока действия договора доверительного управления и в связи с его исполнением.

Деятельность по доверительному управлению ценными бумагами — осуществление доверительным управляющим от своего собственного имени и за вознаграждение в течение определенного договором срока любых правомерных юридических и фактических действий с ценными бумагами учредителя управления в интересах выгодоприобретателя.

Деятельность по доверительному управлению средствами инвестирования в ценные бумаги — осуществление доверительным управляющим от своего собственного имени и за

¹³ Положение о клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг РФ: Постановление ФКЦБ РФ от 23.11.98.

вознаграждение в течение определенного договором срока действий по приобретению в интересах учредителя управления или в интересах иного указанного им лица ценных бумаг.

Доверительный управляющий — определенное в договоре доверительного управления лицо, принявшее на себя обязательства по осуществлению деятельности по доверительному управлению ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги.

Учредителем доверительного управления является собственник передаваемых в доверительное управление ценных бумаг и (или) средств инвестирования в ценные бумаги.

Выгодоприобретатель — учредитель доверительного управления или иное определенное в договоре доверительного управления лицо, имеющее право требовать исполнения доверительным управляющим принятых им на себя обязательств.

Профессиональные участники рынка ценных бумаг, осуществляющие свою деятельность на основании выданных им в установленном порядке лицензий профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление депозитарной деятельности и деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг, вправе осуществлять деятельность по доверительному управлению ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги в соответствии с требованиями, устанавливаемыми Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг.

Объектами доверительного управления могут являться следующие ценные бумаги: акции акционерных обществ, в том числе акции, находящиеся на момент заключения договора о доверительном управлении ими в государственной (муниципальной) собственности; облигации коммерческих организаций, в том числе облигации, находящиеся на момент заключения договора о доверительном управлении ими в государственной (муниципальной) собственности; государственные (муниципальные) облигации любых типов, за исключением тех, условия выпуска и обращения которых не допускают передачу их в доверительное управление вне за-

висимости от формы их выпуска (документарной или бездокументарной).

В случае если переданная в доверительное управление ценная бумага удостоверяет совокупность прав ее владельца по отношению к обязанному лицу, то такая совокупность прав является единым и неделимым объектом доверительного управления.

Включенное в договор доверительного управления условие, в соответствии с которым управляющий осуществляет лишь некоторые права из указанной совокупности, ничтожно, а сама ценная бумага считается переданной в доверительное управление во всей совокупности удостоверенных ею прав.

Не являются объектами доверительного управления следующие виды ценных бумаг:

- переводные и простые векселя;
- чеки;
- депозитные (сберегательные) сертификаты банков и иных кредитных организаций, а также сберегательные книжки на предъявителя;
- складские свидетельства любых видов (типов), а также иные товарораспорядительные ценные бумаги.

Объектами доверительного управления могут являться ценные бумаги иностранных эмитентов, ввезенные на территорию Российской Федерации в целях предложения их на внутреннем российском рынке. При этом выполнению подлежат следующие условия:

- ввоз на территорию Российской Федерации ценных бумаг иностранных эмитентов был осуществлен правомерным способом, то есть с учетом предусмотренных законодательством Российской Федерации условий и порядка такого ввоза;
- предложение ввезенных на территорию Российской Федерации ценных бумаг иностранных эмитентов является правомерным, то есть осуществляется с учетом предусмотренных законодательством Российской Федерации условий и порядка такого предложения.

Под средствами инвестирования в ценные бумаги понимаются денежные средства:

- находящиеся в собственности учредителя управления и передаваемые им доверительному управляющему;
- принадлежащие учредителю управления и получаемые в результате исполнения доверительным управляющим своих обязанностей по договору.

Любые иные объекты гражданского права не являются средствами инвестирования в ценные бумаги и не могут быть переданы в доверительное управление.

Передача ценных бумаг в доверительное управление не влечет установления права собственности доверительного управляющего на них, однако осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации, определяющим условия и порядок отчуждения ценных бумаг их собственником в собственность иного лица.

В случае если законодательством Российской Федерации установлено требование об обязательности включения сведений о новом собственнике ценных бумаг в реестр, указанное требование подлежит выполнению и в случае передачи ценных бумаг в доверительное управление.

Наличие надлежаще оформленного письменного договора о доверительном управлении ценными бумагами (а также средствами инвестирования в ценные бумаги) является достаточным основанием для совершения передачи ценных бумаг управляющему.

Лица, осуществляющие ведение реестров владельцев ценных бумаг, а также любые иные заинтересованные лица и органы не вправе требовать предъявления им иных документов в качестве оснований для передачи ценных бумаг в доверительное управление.

Передача в доверительное управление средств инвестирования в виде наличных денежных средств осуществляется путем их фактического вручения учредителем управления управляющему с учетом предусмотренного законодательством Российской Федерации порядка кассового обслуживания физических лиц и организаций.

Передача в доверительное управление денежных средств со счета учредителя управления осуществляется путем выда-

чи учредителем письменного распоряжения банку о перечислении средств на счет доверительного управляющего, открываемый управляющим специально для указанной цели. При этом моментом получения средств управляющим считается момент зачисления их на такой счет.

Стороны договора о доверительном управлении вправе обусловить в нем, что средствами инвестирования в ценные бумаги (исключительно или в составе средств, переданных в управление иным способом) будут являться те денежные средства, которые доверительный управляющий получит в результате взыскания им с должника (должников) учредителя управления его задолженности перед последним.

Уступка прав требования учредителем управления в пользу доверительного управляющего по соответствующему договору (договорам) осуществляется путем заключения между указанными лицами соглашения о такой уступке, включаемого в договор доверительного управления в качестве одной из его частей.

Деятельность по доверительному управлению ценными бумагами и деятельность по доверительному управлению средствами инвестирования в ценные бумаги осуществляется, как правило, на основании единого договора о доверительном управлении, заключаемого между учредителем управления и доверительным управляющим.

Учредитель управления и доверительный управляющий вправе заключить между собой несколько договоров доверительного управления, в соответствии с одним из которых будет осуществляться деятельность по доверительному управлению ценными бумагами, а в соответствии с другим — деятельность по доверительному управлению средствами инвестирования в ценные бумаги этого же учредителя управления.

Ценные бумаги, приобретаемые доверительным управляющим в собственность учредителя управления в процессе исполнения договора, становятся объектами доверительного

¹⁵ Положение о депозитарной деятельности в РФ: Постановление ФКЦБ РФ от 16.10.97.

управления с момента передачи их собственниками или иными правомерными владельцами доверительному управляющему. При этом заключения между учредителем управления и управляющим дополнительных соглашений о передаче таких ценных бумаг последнему не требуется.

Денежные средства, приобретаемые доверительным управляющим в собственность учредителя управления в процессе исполнения договора, становятся объектами доверительного управления с момента передачи их собственниками или иными правомерными владельцами доверительному управляющему. При этом заключения между учредителем управления и управляющим дополнительных соглашений о передаче этих денежных средств последнему не требуется.

Указанное правило не действует в случае, когда договором доверительного управления предусмотрено, что все полученные управляющим в собственность учредителя управления денежные средства подлежат передаче последнему в полном объеме немедленно после их получения управляющим.

Учредителями доверительного управления могут выступать российские и иностранные физические и юридические лица, а также Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования, действующие в лице соответствующих органов государственного управления (местного самоуправления).

Лицензия профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление деятельности по доверительному управлению ценными бумагами может быть выдана как на имя коммерческой организации, так и уполномоченному уставом (положением) или надлежащим образом оформленной доверенностью должностному лицу коммерческой организации, если это не запрещено законодательством Российской Федерации.

Доверительный управляющий в процессе исполнения им своих обязанностей по договору доверительного управления не вправе совершать следующие сделки:

- приобретать за счет находящихся в его управлении денежных средств ценные бумаги, находящиеся в его собственности, в собственности его учредителя;
- отчуждать находящиеся в его управлении ценные бумаги в свою собственность, в собственность своих учредителей;
- сделки, в которых доверительный управляющий одновременно выступает в качестве брокера (комиссионера, поверенного) на стороне другого лица;
- приобретать за счет находящихся в его управлении денежных средств ценные бумаги, выпущенные его учредителями, за исключением ценных бумаг, включенных в котировальные листы организаторов торговли на рынке ценных бумаг, имеющих лицензию ФКЦБ;
- приобретать за счет находящихся в его управлении денежных средств ценные бумаги организаций, находящихся в процессе ликвидации, в том числе в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации о банкротстве, если информация об этом была раскрыта в соответствии с порядком и процедурами раскрытия информации, устанавливаемыми Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг;
- отчуждать находящиеся в его управлении ценные бумаги по договорам, предусматривающим отсрочку или рассрочку платежа более чем на 30 календарных дней;
- закладывать находящиеся в его управлении ценные бумаги в обеспечение исполнения своих собственных обязательств (за исключением обязательств, возникающих в связи с исполнением управляющим соответствующего договора о доверительном управлении), обязательств своих учредителей, обязательств любых иных третьих лиц;
- передавать находящиеся в его управлении ценные бумаги на хранение, определяя в качестве распорядителя и (или) получателя депозита третье лицо;
- передавать находящиеся в его управлении денежные средства во вклады в пользу третьих лиц либо вносить указанные средства на счет (счета), распорядителем которого определено третье лицо (лица);

- заключать за счет находящихся в его управлении денежных средств договоры страхования (приобретать страховые полисы), получателями возмещения по которым определены любые третьи лица.

Доверительный управляющий в процессе исполнения им своих обязанностей по договору не вправе без предварительного согласования с учредителями управления совершать сделки, в которых управляющий одновременно представляет интересы двух сторон, с которыми им заключены договоры о доверительном управлении их имуществом.

Деятельность по определению взаимных обязательств (клиринг)

Деятельность по определению взаимных обязательств (клиринг) — профессиональная деятельность на рынке ценных бумаг по определению взаимных обязательств по сделкам, совершенным на рынке ценных бумаг (сбор, сверка, корректировка информации по сделкам с ценными бумагами и подготовка бухгалтерских документов по ним), и их зачету по поставкам ценных бумаг и расчетам по ним¹⁴.

Клиринговая организация — организация, осуществляющая клиринговую деятельность на рынке ценных бумаг на основании лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление клиринговой деятельности, выданной ФКЦБ.

Участник клиринга — лицо, заключившее договор с клиринговой организацией на осуществление клирингового обслуживания по сделкам с ценными бумагами.

Расчетная организация — небанковская кредитная организация, ведущая счета участников клиринга и осуществляющая расчеты денежными средствами по результатам клиринга на основании поручений и (или) иных документов.

Расчетный депозитарий — депозитарий, осуществляющий проведение всех операций по счетам депо участников рынка ценных бумаг при исполнении сделок, совершенных

через организаторов торговли на рынке ценных бумаг, имеющий соответствующую лицензию ФКЦБ.

Организатор торговли — организатор торговли на рынке ценных бумаг (в том числе фондовая биржа), имеющий соответствующую лицензию Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Клиринговый центр — клиринговая организация, осуществляющая клиринг по всем сделкам, совершенным участниками клиринга через организатора торговли, имеющего соответствующую лицензию ФКЦБ.

Поставка против платежа — порядок исполнения сделок с ценными бумагами, при котором перечисление ценных бумаг и денежных средств по счетам участников клиринга производится только после проверки и удостоверения (подтверждения) наличия на счетах участников клиринга достаточного количества ценных бумаг и денежных средств, предназначенных для исполнения совершенных сделок.

Торговый счет депо — счет депо (либо раздел счета депо) участника клиринга в расчетном депозитарии, указанный в Условиях осуществления клиринговой деятельности и предназначенный для учета ценных бумаг участников клиринга и проведения операций с ценными бумагами по итогам совершенных сделок.

Денежный торговый счет — банковский счет, открытый участнику клиринга в расчетной организации, указанный в Условиях осуществления клиринговой деятельности и предназначенный (используемый) для проведения расчетов по итогам совершенных сделок.

Торговый счет — торговый счет депо или денежный торговый счет; клиринговый регистр — регистр, открытый в клиринговой организации для учета ценных бумаг и денежных средств, размещенных в том числе на торговых счетах, и обязательств участника клиринга по совершенным сделкам с ценными бумагами.

Клиринговый пул — совокупность сделок с ценными бумагами, совершенных участниками клиринга, по которым на данный день наступил срок исполнения обязательств.

Условия осуществления клиринговой деятельности — документ клиринговой организации, утверждаемый ее уполномоченным органом и являющийся в соответствующей части неотъемлемой частью договоров клиринговой организации с участниками клиринга, а также в случае исполнения функций клирингового центра с расчетным депозитарием, расчетной организацией и организатором торговли.

Внутренний регламент клиринговой организации — документ клиринговой организации, утверждаемый ее уполномоченным органом и определяющий внутренний порядок работы клиринговой организации.

Неттинг — процедура проведения зачета встречных однородных требований и определения обязательств участников клиринга по сделкам с ценными бумагами клирингового пула.

Клиринговые организации не вправе совмещать клиринговую деятельность на рынке ценных бумаг с иными видами профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, за исключением деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг или депозитарной деятельности на рынке ценных бумаг.

Договоры, заключаемые клиринговой организацией с участниками клиринга, должны содержать следующие условия:

- Однозначное определение предмета договора.
- Обязательства клиринговой организации по соблюдению конфиденциальности информации об участниках клиринга и сделках с ценными бумагами.
- Ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение клиринговой организацией своих обязательств перед участниками клиринга.
- Указание на то, что Условия осуществления клиринговой деятельности в части, определяющей права и обязанности между участником клиринга и клиринговой организацией, являются неотъемлемой частью договора.

¹⁶ Положение о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг: Постановление ФКЦБ РФ от 02.10.97.

- Срок действия договора, основания и порядок изменения и прекращения действия договора.

- Порядок внесения изменений и дополнений в Условия осуществления клиринговой деятельности.

- Размер и порядок оплаты участниками клиринга услуг, оказываемых им клиринговой организацией (в случае если деятельность клиринговой организации осуществляется на возмездной основе).

Помимо вышеперечисленных условий, указанный договор может содержать и другие условия, не противоречащие федеральным законам, иным нормативным правовым актам Российской Федерации.

Порядок осуществления клиринговой деятельности различается:

- По способу зачета и исполнения обязательств по сделкам с ценными бумагами:

Простой клиринг — порядок осуществления клиринговой деятельности, при котором контроль наличия на счетах участников клиринга необходимого количества ценных бумаг и денежных средств и расчеты по ним между участниками клиринга осуществляются по каждой совершенной сделке.

Многосторонний клиринг — порядок осуществления клиринговой деятельности, при котором операции по сделкам клирингового пула производятся между участниками клиринга по итогам неттинга по всем совершенным, подтвержденным и обеспеченным необходимым количеством ценных бумаг и денежных средств сделкам.

Централизованный клиринг — порядок осуществления клиринговой деятельности, при котором клиринговая организация становится стороной по сделкам, совершенным участниками клиринга, принимая все обязательства и приобретая все права участников клиринга по сделкам. Расчеты производятся по итогам неттинга между участниками клиринга и клиринговой организацией через счета клиринговой организации в расчетном депозитарии и расчетной организации.

- По виду сделок, по которым осуществляется клиринг:

- 1) срочные сделки на рынке ценных бумаг;
- 2) прочие сделки с ценными бумагами.

Для обеспечения исполнения сделок с ценными бумагами, в отношении которых осуществляется клиринг, и снижения рисков ликвидности, системных рисков и рисков неисполнения сделок с ценными бумагами клиринговая организация формирует гарантийный фонд и разрабатывает систему мер снижения рисков осуществления клиринговой деятельности. Для обеспечения исполнения обязательств по сделкам, в отношении которых осуществляется клиринг, клиринговая организация помимо обязательного создания гарантийного фонда и системы мер снижения рисков осуществления клиринговой деятельности может использовать: предварительное депонирование ценных бумаг и денежных средств на счетах участников клиринга в расчетном депозитарии и расчетной организации; перерасчет обязательств и требований путем исключения из расчета необеспеченных сделок; гарантии и поручительства третьих лиц; иные способы, не противоречащие законодательству Российской Федерации.

Депозитарная деятельность

Депозитарной деятельностью признается оказание услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету и переходу прав на ценные бумаги¹⁵. Объектом депозитарной деятельности могут являться эмиссионные ценные бумаги любых форм выпуска: бездокументарные, документарные с обязательным централизованным хранением, документарные без обязательного централизованного хранения, а также неэмиссионные ценные бумаги, выпущенные с соблюдением установленных законодательством формы и порядка.

Под учетной системой на рынке ценных бумаг понимается совокупность учетных институтов: организаций, осуществляющих депозитарную деятельность, и организаций, осуществляющих деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг. Учетная система на рынке ценных бумаг вы-

полняет функции подтверждения прав на ценные бумаги, а также подтверждения прав, закрепленных ценными бумагами, в целях передачи этих прав и их осуществления. От депозитарной деятельности следует отличать хранение сертификатов ценных бумаг, не сопровождающееся учетом и удостоверением прав клиентов (депонентов) на ценные бумаги. Такое хранение осуществляется в соответствии с нормами гражданского законодательства о хранении. Депозитарная деятельность включает в себя обязательное предоставление клиентам (депонентам) услуг по учету и удостоверению прав на ценные бумаги, учету и удостоверению передачи ценных бумаг, включая случаи обременения ценных бумаг обязательствами, а также обязательное предоставление клиенту (депоненту) в порядке, установленном депозитарным договором, услуг, содействующих реализации владельцами ценных бумаг их прав по ценным бумагам, включая право на участие в управлении акционерными обществами, на получение дивидендов, доходов и иных платежей по ценным бумагам. Депозитарий вправе на основании договора с клиентом (депонентом) оказывать ему сопутствующие услуги, повышающие качество депозитарного обслуживания. К ним относятся:

1. Ведение в соответствии с федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами денежных счетов депонентов, связанных с проведением операций с ценными бумагами и получением доходов по ценным бумагам.

2. Ведение в соответствии с федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами валютных и мультивалютных счетов депонентов, связанных с проведением операций с ценными бумагами и получением доходов по ценным бумагам.

3. Проверка сертификатов ценных бумаг на подлинность и платежность.

4. Инкассация и перевозка сертификатов ценных бумаг.

5. В соответствии с федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами изъятие из обращения, погашение и уничтожение сертификатов ценных бумаг, отделение и погашение купонов.

6. По поручению владельца представление его интересов на общих собраниях акционеров.

7. Предоставление депонентам сведений о ценных бумагах, объявленных недействительными и (или) похищенными, находящимися в розыске или по иным причинам включенных в стоп-листы эмитентами, правоохранительными органами или органами государственного регулирования рынка ценных бумаг.

8. Отслеживание корпоративных действий эмитента, информирование депонента об этих действиях и возможных для него негативных последствиях. При наличии соответствующих положений в договоре – выполнение действий, позволяющих минимизировать ущерб депоненту в связи с выполнением эмитентом корпоративных действий.

9. Предоставление депонентам имеющихся у депозитария сведений об эмитентах, в том числе сведений о состоянии эмитента.

10. Предоставление депонентам сведений о состоянии рынка ценных бумаг.

11. Содействие в оптимизации налогообложения доходов по ценным бумагам.

12. Организация инвестиционного и налогового консультирования, предоставления депонентам сведений о российской и международной системах регистрации права собственности на ценные бумаги и консультаций по правилам работы этих систем.

13. Оказание иных не запрещенных федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами услуг, связанных с ведением счетов депо депонентов, и содействие в реализации прав по ценным бумагам.

Передача сертификатов ценных бумаг на хранение в депозитарий, сопровождающаяся учетом и удостоверением прав на ценные бумаги в депозитарии, влечет за собой изменение способа удостоверения прав на ценные бумаги: удостоверение прав с помощью сертификата заменяется удостоверением прав с помощью записи на счете депо, открытом в депозитарии.

Перевод ценных бумаг из системы ведения реестра в депозитарий, выступающий в качестве номинального держателя ценных бумаг, влечет за собой изменение способа удостоверения прав на ценные бумаги: удостоверение прав с помощью записи на лицевом счете в системе ведения реестра (а также сертификата в случае наличия такового) заменяется на удостоверение прав с помощью записи на счете депо, открытым в депозитарии. Совершаемые депозитарием записи о правах на ценные бумаги удостоверяют права на ценные бумаги, если в судебном порядке не установлено иное.

Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий депозитарную деятельность, именуется депозитарием. Депозитарием может быть только юридическое лицо, имеющее лицензию профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление депозитарной деятельности.

Условия осуществления депозитарной деятельности должны носить открытый характер и предоставляться по запросам любых заинтересованных лиц.

Лицо, пользующееся услугами депозитария, именуется депонентом. Им может являться юридическое или физическое лицо, которому ценные бумаги принадлежат на праве собственности или ином вещном праве (владелец ценных бумаг), а также другой депозитарий, в том числе выступающий в качестве номинального держателя ценных бумаг своих клиентов. Депозитарий имеет право на основании соглашений с другими депозитариями привлекать их к исполнению своих обязанностей по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги депонентов (то есть становиться депонентом другого депозитария или принимать в качестве депонента другой депозитарий), если это прямо не запрещено депозитарным договором.

Заключение депозитарного договора не влечет за собой переход к депозитарию права собственности на ценные бу-

¹⁷ Положение о требованиях, предъявляемых к организаторам торговли на рынке ценных бумаг: Постановление ФКЦБ РФ от 16.11.98.

маги депонента. Депозитарий не имеет права распоряжаться ценными бумагами депонента, управлять ими или осуществлять от имени депонента любые действия с ценными бумагами, кроме осуществляемых по поручению депонента в случаях, предусмотренных депозитарным договором. Депозитарий не имеет права обуславливать заключение депозитарного договора с депонентом отказом последнего хотя бы от одного из прав, закрепленных ценными бумагами. Депозитарий несет гражданско-правовую ответственность за сохранность депонированных у него сертификатов ценных бумаг.

На ценные бумаги депонента не может быть обращено взыскание по обязательствам депозитария. В случае банкротства депозитария ценные бумаги депонентов не включаются в конкурсную массу.

Депозитарный договор является основанием возникновения прав и обязанностей депонента и депозитария. Его предметом является предоставление депозитарием депоненту услуг по хранению сертификатов ценных бумаг, учету и удостоверению прав на ценные бумаги путем открытия и ведения депозитарием счета депо депонента, осуществления операций по этому счету, а также оказания депозитарием услуг, содействующих реализации владельцами ценных бумаг прав по принадлежащим им ценным бумагам. Если ценные бумаги выпущены в документарной форме, то депозитарий оказывает услуги по хранению сертификатов ценных бумаг, учету и удостоверению прав на ценные бумаги, а если ценные бумаги выпущены в бездокументарной форме — то по учету и удостоверению прав на ценные бумаги.

Депозитарный договор заключается в простой письменной форме и содержит следующие существенные условия:

- однозначное определение предмета договора: предоставление услуг по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги;
- порядок передачи депонентом депозитарию информации о распоряжении депонированными в депозитарии ценными бумагами депонента;
- срок действия договора;

- размер и порядок оплаты услуг депозитария, предусмотренных договором;
- форму и периодичность отчетности депозитария перед депонентом;
- обязанности депозитария.

В обязанности депозитария входят:

1. Регистрация фактов обременения ценных бумаг депонента обязательствами.
2. Ведение отдельного от других счетов депо депонента с указанием даты и основания каждой операции по счету.
3. Передача депоненту всей информации о ценных бумагах, полученной депозитарием от эмитента или держателя реестра владельцев ценных бумаг.

Депозитарий несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей по учету прав на ценные бумаги, в том числе за полноту и правильность записей по счетам депо. Депозитарий обеспечивает конфиденциальность информации о счетах депо депонентов депозитария, включая информацию о производимых операциях по счетам или иные сведения о депонентах, ставшие известными в связи с осуществлением депозитарной деятельности.

Деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг

Деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг — это сбор, фиксация, обработка, хранение и предоставление данных, составляющих систему ведения реестра владельцев ценных бумаг¹⁶. Деятельностью по ведению реестра владельцев именных ценных бумаг вправе заниматься только юридические лица.

Лица, осуществляющие деятельность по ведению реестра владельцев именных ценных бумаг, именуются держателями реестра (регистраторами).

Реестр — совокупность данных, зафиксированных на бумажном носителе и (или) с использованием электронной базы данных, которая обеспечивает идентификацию зареги-

стрированных лиц, удостоверение прав на ценные бумаги, учитываемые на лицевых счетах зарегистрированных лиц, а также позволяет получать и направлять информацию зарегистрированным лицам.

Зарегистрированное лицо — физическое или юридическое лицо, информация о котором внесена в реестр.

Виды зарегистрированных лиц:

- владелец — лицо, которому ценные бумаги принадлежат на праве собственности или ином вещном праве;
- номинальный держатель — профессиональный участник рынка ценных бумаг, который является держателем ценных бумаг от своего имени, но в интересах другого лица, не являясь владельцем этих ценных бумаг;
- залогодержатель — кредитор по обеспеченному залогом обязательству, на имя которого оформлен залог ценных бумаг.

Система ведения реестра владельцев ценных бумаг должна обеспечивать сбор и хранение в течение установленных законодательством Российской Федерации сроков информации о всех фактах и документах, влекущих необходимость внесения изменений в систему ведения реестра владельцев ценных бумаг, и о всех действиях держателя реестра по внесению этих изменений.

Для ценных бумаг на предъявителя система ведения реестра владельцев ценных бумаг не ведется.

Держателем реестра может быть эмитент или профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по ведению реестра на основании поручения эмитента. В случае если число владельцев превышает 500, держателем реестра должна быть независимая специализированная организация, являющаяся профессиональным участником рынка ценных бумаг и осуществляющая деятельность по ведению реестра. Регистратор имеет право делегировать часть своих функций по сбору информации, входящей в систему ведения реестра, другим регистраторам. Передоверие функций не освобождает регистратора от ответственности перед эмитентом.

Договор на ведение реестра заключается только с одним юридическим лицом. Регистратор может вести реестры владельцев ценных бумаг неограниченного числа эмитентов.

Номинальный держатель ценных бумаг — лицо, зарегистрированное в системе ведения реестра, в том числе являющееся депонентом депозитария, и не являющееся владельцем этих ценных бумаг.

В качестве номинальных держателей ценных бумаг могут выступать профессиональные участники рынка ценных бумаг. Депозитарий может быть зарегистрирован в качестве номинального держателя ценных бумаг в соответствии с депозитарным договором. Брокер может быть зарегистрирован в качестве номинального держателя ценных бумаг в соответствии с договором, на основании которого он обслуживает клиента.

Номинальный держатель ценных бумаг может осуществлять права, закрепленные ценной бумагой, только в случае получения соответствующего полномочия от владельца.

Внесение имени номинального держателя ценных бумаг в систему ведения реестра, а также перерегистрация ценных бумаг на имя номинального держателя не влекут за собой переход права собственности и (или) иного вещного права на ценные бумаги к последнему. Ценные бумаги клиентов номинального держателя ценных бумаг не подлежат взысканию в пользу кредиторов последнего.

Операции с ценными бумагами между владельцами ценных бумаг одного номинального держателя ценных бумаг не отражаются у держателя реестра или депозитария, клиентом которого он является.

Номинальный держатель в отношении именных ценных бумаг, держателем которых он является в интересах другого лица, обязан: совершать все необходимые действия, направленные на обеспечение получения этим лицом всех выплат, которые ему причитаются по этим ценным бумагам; осуществлять сделки и операции с ценными бумагами исключительно по поручению лица, в интересах которого он является номинальным держателем ценных бумаг, и в

соответствии с договором, заключенным с этим лицом; осуществлять учет ценных бумаг, которые он держит в интересах других лиц, на отдельных забалансовых счетах и постоянно иметь на отдельных забалансовых счетах достаточное количество ценных бумаг в целях удовлетворения требований лиц, в интересах которых он держит эти ценные бумаги.

Номинальный держатель ценных бумаг по требованию владельца обязан обеспечить внесение в систему ведения реестра записи о передаче ценных бумаг на имя владельца.

Держатель реестра обязан по требованию владельца или лица, действующего от его имени, а также номинального держателя ценных бумаг предоставить выписку из системы ведения реестра по его лицевому счету в течение пяти рабочих дней. Владелец ценных бумаг не имеет права требовать включения в выписку из системы ведения реестра не относящейся к нему информации, в том числе информации о других владельцах ценных бумаг и количестве принадлежащих им ценных бумаг.

Выпиской из системы ведения реестра является документ, выдаваемый держателем реестра с указанием владельца лицевого счета, количества ценных бумаг каждого выпуска, числящихся на этом счете в момент выдачи выписки, фактов их обременения обязательствами, а также иной информации, относящейся к этим бумагам.

Выписка из системы ведения реестра должна содержать отметку о всех ограничениях или фактах обременения ценных бумаг, на которые выдается выписка, обязательствами, зафиксированных на дату составления в системе ведения реестра.

В обязанности держателя реестра входит:

- открыть каждому владельцу, изъявившему желание быть зарегистрированным у держателя реестра, а также номинальному держателю ценных бумаг лицевой счет в системе ведения реестра на основании уведомления об уступке требования или распоряжения о передаче ценных бумаг, а при

размещении эмиссионных ценных бумаг — на основании уведомления продавца ценных бумаг;

- вносить в систему ведения реестра все необходимые изменения и дополнения;

- производить операции на лицевых счетах владельцев и номинальных держателей ценных бумаг только по их поручению;

- доводить до зарегистрированных лиц информацию, предоставляемую эмитентом;

- предоставлять зарегистрированным в системе ведения реестра владельцам и номинальным держателям ценных бумаг, владеющим более 1 процента голосующих акций эмитента, данные из реестра об имени (наименовании) зарегистрированных в реестре владельцев и о количестве, категории и номинальной стоимости принадлежащих им ценных бумаг;

- информировать зарегистрированных в системе ведения реестра владельцев и номинальных держателей ценных бумаг о правах, закрепленных ценными бумагами, и о способах и порядке осуществления этих прав;

- строго соблюдать порядок передачи системы ведения реестра при расторжении договора с эмитентом.

Форма распоряжения о передаче ценных бумаг и указываемые в нем сведения устанавливаются Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг.

Держатель реестра не вправе предъявлять дополнительные требования при внесении изменений в данные системы ведения реестра помимо тех, которые устанавливаются в предусмотренном законом порядке.

В случае прекращения действия договора по поддержанию системы ведения реестра между эмитентом и регистратором, последний передает другому держателю реестра, указанному эмитентом, информацию, полученную от эмитента, все данные и документы, составляющие систему ведения реестра, а также реестр, составленный на дату прекращения действия договора. Передача производится в день расторжения договора.

При замене держателя реестра эмитент дает объявление об этом в средствах массовой информации или уведомляет всех владельцев ценных бумаг письменно за свой счет.

Все выписки, выданные держателем реестра после даты прекращения действия договора с эмитентом, недействительны.

Держатель реестра вносит изменения в систему ведения реестра на основании:

- распоряжения владельца о передаче ценных бумаг, или лица, действующего от его имени, или номинального держателя ценных бумаг, который зарегистрирован в системе ведения реестра в соответствии с правилами ведения реестра, установленными законодательством Российской Федерации, а при размещении эмиссионных ценных бумаг — в соответствии с порядком, установленным законом;

- иных документов, подтверждающих переход права собственности на ценные бумаги в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации.

При документарной форме эмиссионных ценных бумаг, предусматривающей нахождение ценных бумаг у их владельцев, помимо указанных документов, представляется также сертификат ценной бумаги. При этом имя (наименование) лица, указанного в сертификате в качестве владельца именной ценной бумаги, должно соответствовать имени (наименованию) зарегистрированного лица, указанного в распоряжении о передаче ценных бумаг. Отказ от внесения записи в систему ведения реестра или уклонение от внесения такой записи, в том числе в отношении добросовестного приобретателя, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг

Деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг — это предоставление услуг, непосредственно способствующих заключению гражданско-правовых сделок с

ценными бумагами между участниками рынка ценных бумаг¹⁷. Профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг, называется организатором торговли на рынке ценных бумаг. Организатор торговли на рынке ценных бумаг — юридическое лицо, осуществляющее деятельность на рынке ценных бумаг на основании лицензии фондовой биржи или лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг.

Число участников торгов, осуществляющих торговлю через организатора торговли, должно быть не менее 25.

Организатор торговли вправе устанавливать требования к размеру собственного капитала участников торгов в размере не ниже величины, установленной нормативными актами ФКЦБ для организаций — профессиональных участников рынка ценных бумаг, осуществляющих брокерскую и (или) дилерскую деятельность на рынке ценных бумаг.

Организатор торговли обязан утвердить правила торговли ценными бумагами и финансовыми инструментами, которые должны предусматривать:

- общий порядок и условия проведения торгов;
- время начала и окончания торгового дня и торговых сессий;
- общие требования, предъявляемые к участникам торгов;
- функции маркет-мейкеров или специалистов, а также требования, предъявляемые к ним (в случае если организатором торговли установлен статус маркет-мейкера или специалиста);
- описание ценных бумаг и финансовых инструментов;
- порядок совершения через торговую систему сделок ценными бумагами или финансовыми инструментами, включая порядок объявления и изменения участниками торгов заявок;
- порядок формирования торговой системой реестра всех объявленных участниками торгов заявок с указанием условий и реквизитов каждой заявки, времени ее поступления в торговую систему и индивидуального номера;

- порядок формирования торговой системой реестра всех сделок с ценными бумагами и финансовыми инструментами, совершенных через организатора торговли в течение торговой сессии, предусматривающий присвоение в торговой системе каждой сделке индивидуального номера;

- содержание отчетов о сделках с ценными бумагами и финансовыми инструментами, совершенных участником торгов в течение торгового дня, и порядок их доведения до сторон по сделкам;

- описание порядка документооборота и взаимодействия организатора торговли и участников торгов с депозитариями, уполномоченными организациями, осуществляющими расчеты, и клиринговыми организациями;

- описание способов обеспечения обязательств по исполнению сделок с ценными бумагами.

Организатор торговли обязан утвердить правила допуска к обращению и исключения из обращения ценных бумаг и финансовых инструментов, которые должны содержать описание процедуры листинга и делистинга и процедур допуска к обращению внесписочных ценных бумаг и финансовых инструментов в соответствии с законодательством Российской Федерации и актами ФКЦБ. Ценные бумаги признаются прошедшими процедуру листинга после осуществления экспертизы документов и включения ценной бумаги в котируемый лист первого или второго уровня.

Правила листинга и делистинга организатора торговли должны включать следующие требования к ценным бумагам и их эмитентам:

- заявление о процедуре листинга ценных бумаг и включении их в котируемый лист первого уровня может представить только эмитент указанных ценных бумаг;

- заявление о процедуре листинга ценных бумаг и включении их в котируемый лист второго уровня, а также заявление о допуске к обращению через организатора торговли внесписочных ценных бумаг может представить эмитент указанных ценных бумаг или участник торгов.

Эмитент ценных бумаг, представивший заявление о процедуре листинга ценных бумаг и включении их в котирующий лист первого или второго уровня, обязан раскрывать организатору торговли информацию о существенных фактах (событиях и действиях), затрагивающих финансово-хозяйственную деятельность эмитента, в соответствии с требованиями к составу, структуре и срокам представления указанной информации, установленными нормативными актами ФКЦБ.

Выпуск ценных бумаг эмитента должен быть зарегистрирован в соответствии с законодательством Российской Федерации и нормативными актами ФКЦБ.

Отчет об итогах выпуска ценных бумаг эмитента должен быть зарегистрирован в соответствии с законодательством Российской Федерации и нормативными актами ФКЦБ.

Процедура листинга организатора торговли должна содержать следующие дополнительные требования для включения ценных бумаг в котирующий лист первого уровня:

- размер чистых активов эмитента ценных бумаг — акционерного общества должен составлять не менее 20 млн ЭКЮ (по курсу ЭКЮ, установленному Центральным банком Российской Федерации на дату расчета размера чистых активов). Расчет размера чистых активов эмитента осуществляется в соответствии с нормативными актами, принятыми совместно Министерством финансов Российской Федерации и Федеральной комиссией;

- срок осуществления деятельности эмитента ценных бумаг должен быть не менее 3 лет. В случае образования эмитента вследствие реорганизации в форме преобразования срок осуществления деятельности эмитента исчисляется с момента государственной регистрации юридического лица — правопреемника;

- количество акционеров эмитента — акционерного общества должно быть не менее 1000;

- средняя сумма сделок с ценными бумагами за месяц, рассчитанная по итогам последних 6 месяцев, должна быть не менее 50 тыс. ЭКЮ (по курсу ЭКЮ, установленному Цент-

ральным банком Российской Федерации на дату расчета указанной суммы сделок).

Процедура листинга организатора торговли должна содержать следующие дополнительные требования для включения ценных бумаг в котировальный лист второго уровня:

- размер чистых активов эмитента ценных бумаг — акционерного общества должен составлять не менее 2 млн ЭКЮ (по курсу ЭКЮ, установленному Центральным банком Российской Федерации на дату расчета размера чистых активов);

- срок осуществления деятельности эмитента ценных бумаг должен быть не менее 1 года. В случае образования эмитента вследствие реорганизации в форме преобразования срок осуществления деятельности эмитента исчисляется с момента государственной регистрации юридического лица — правопреемника;

- количество акционеров эмитента — акционерного общества должно быть не менее 500;

- средняя сумма сделок с ценными бумагами за месяц, рассчитанная по итогам последних 6 месяцев, должна быть не менее 10 тыс. ЭКЮ (по курсу ЭКЮ, установленному Центральным банком Российской Федерации на дату расчета указанной суммы сделок).

Организатор торговли обязан уведомить эмитента ценных бумаг о допуске ценных бумаг к обращению.

Прекращение обращения ценных бумаг через организатора торговли осуществляется организатором торговли по следующим основаниям:

- аннулирование государственной регистрации выпуска ценных бумаг;

- истечение сроков обращения ценных бумаг;

- ликвидация эмитента ценных бумаг;

- признание эмитента ценных бумаг несостоятельным (банкротом);

- иное основание, установленное организатором торговли.

Исключение ценных бумаг из котировального листа организатора торговли осуществляется организатором торговли по следующим основаниям:

- несоответствие показателей деятельности эмитента требованиям, предъявляемым при включении ценных бумаг в котировальный лист организатора торговли;

- несоответствие показателей средней суммы сделок с ценными бумагами одного выпуска за месяц, рассчитанной по итогам последних 6 месяцев, требованиям, предъявляемым при включении ценных бумаг в котировальный лист организатора торговли;

- иное основание, установленное организатором торговли.

Организатор торговли самостоятельно устанавливает основания прекращения обращения финансовых инструментов.

Организатор торговли обязан не реже одного раза в неделю раскрывать информацию о рыночных ценах ценных бумаг, допущенных к обращению через организатора торговли, а ежегодно — раскрывать через информационные агентства или иным способом перечень ценных бумаг и (или) финансовых инструментов, допущенных к обращению через организатора торговли, и ценных бумаг и (или) финансовых инструментов, обращение которых через организатора торговли прекращено, включая:

- наименование эмитента, вид, категорию (тип) ценной бумаги или наименование финансового инструмента;

- дату допуска к обращению (прекращения обращения) ценной бумаги или финансового инструмента через организатора торговли;

- уровень котировального листа, в который включена (из которого исключена) ценная бумага;

- для внесписочных ценных бумаг — указание на то, что ценная бумага является внесписочной.

Организатор торговли обязан утвердить перечень мер, направленных на предотвращение манипулирования ценами, включая описание системы контроля за объявлением заявок участниками торгов в течение торговой сессии. Организатор торговли несет ответственность за несоблюдение утвер-

жденного им перечня мер, направленных на предотвращение манипулирования ценами, в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации и нормативными актами Федеральной комиссии.

Манипулированием ценами признаются действия участника (участников) торгов, в том числе объявление заявок на совершение сделок с ценными бумагами и (или) финансовыми инструментами, совершение сделок с ценными бумагами и (или) финансовыми инструментами, сторонами по которым является одно и то же лицо, которые привели или могли привести к дестабилизации рынков ценных бумаг и (или) финансовых инструментов, в том числе к необусловленному объективными событиями, влияющими на рынок ценных бумаг, изменению цен спроса (предложения) ценных бумаг и (или) финансовых инструментов, либо числа заявок (сделок).

Участники торгов, осуществляющие манипулирование ценами, несут ответственность в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации и нормативными актами ФКЦБ.

Некоторые профессиональные термины организатора торговли ценными бумагами:

Торговая система — совокупность вычислительных средств, программного обеспечения, баз данных, телекоммуникационных средств и другого оборудования, обеспечивающих поддержание, хранение, обработку и раскрытие информации, необходимой для совершения и исполнения сделок с ценными бумагами и финансовыми инструментами.

Торговый день — рабочий день, в течение которого организатор торговли проводит торги ценными бумагами и финансовыми инструментами.

Торговая сессия — часть времени торгового дня, в течение которого осуществляется объявление и обработка заявок, а также совершение сделок с ценными бумагами и финансовыми инструментами.

Листинг ценных бумаг — совокупность процедур по включению ценных бумаг в котировальный лист и по осуществлению контроля за соответствием ценных бумаг условиям и требованиям организатора торговли.

Делистинг ценных бумаг — процедура исключения из котировального листа ценных бумаг, не соответствующих условиям и требованиям организатора торговли.

Котировальный лист — список ценных бумаг, прошедших процедуру листинга и соответствующих требованиям организатора торговли. Котировальный лист может быть первого и второго уровня.

Внесписочные ценные бумаги и финансовые инструменты — ценные бумаги, выпущенные в соответствии с законодательством Российской Федерации и нормативными актами Федеральной комиссии опционы, фьючерсы и иные финансовые инструменты, допущенные к обращению через организатора торговли помимо ценных бумаг, включенных в котировальный лист.

Участник торгов — юридическое лицо, имеющее лицензию профессионального участника рынка ценных бумаг на осуществление брокерской и (или) дилерской деятельности и имеющее право в соответствии с правилами организатора торговли объявлять заявки и совершать сделки с ценными бумагами или финансовыми инструментами.

Маркет-мейкер — участник торгов, который в соответствии с правилами организатора торговли принимает на себя обязательства, позволяющие повысить ликвидность рынка ценных бумаг, допущенных к торговле.

Специалист — участник торгов, который в соответствии с правилами организатора торговли и в согласованном с эмитентом ценных бумаг порядке принимает на себя обязательства, позволяющие повысить ликвидность ценных бумаг эмитента.

Уполномоченный трейдер — физическое лицо, являющееся штатным работником участника торгов, имеющее квалификационный аттестат, выданный ФКЦБ, уполномоченное участником торгов на объявление заявок и совершение

сделок через организатора торговли от имени участника торгов.

Заявка — объявленное участником торгов в соответствии с правилами организатора торговли предложение о совершении сделки с ценными бумагами или финансовыми инструментами, содержащее существенные условия сделки.

Котировка — цена, по которой участник торгов выражает готовность к приобретению или отчуждению ценной бумаги определенного эмитента, вида, категории (типа) или финансового инструмента и являющаяся одним из условий заявки.

Стандартный лот ценных бумаг — установленное правилами организатора торговли минимальное количество ценных бумаг, по которому может быть объявлена заявка.

Средневзвешенная цена — цена одной ценной бумаги определенного эмитента, вида, категории (типа) или финансового инструмента, определяемая как результат от деления общей суммы всех сделок с указанной ценной бумагой или финансовым инструментом, совершенных через организатора торговли за определенный период времени, на общее количество ценных бумаг или иных финансовых инструментов по указанным сделкам.

Цена спроса — текущая цена одной ценной бумаги или иного финансового инструмента, по которой участник торгов выражает готовность к приобретению ценной бумаги или иного финансового инструмента, являющаяся одним из условий заявки.

Цена предложения — текущая цена одной ценной бумаги или иного финансового инструмента, по которой участник торгов выражает готовность к отчуждению ценной бумаги или иного финансового инструмента, являющаяся одним из условий заявки.

3. Государственное регулирование рынка ценных бумаг. Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг

Общие правила функционирования рынка ценных бумаг должны определяться и регулироваться государством. Цель государственного регулирования заключается в обеспечении надежности рынка ценных бумаг, в выработке его национальной модели, которая с учетом существующих в стране условий в наибольшей мере способствовала бы экономическому росту.

Задачи государства в развитии системы регулирования рынка ценных бумаг сводятся в основном к следующему:

- разработке идеологии и законодательной базы работы рынка;
- концентрации финансовых ресурсов (государственных и частных) для достижения определенных (в основном макроэкономических) целей;
- установлению «правил игры» для участников рынка;
- контролю за финансовой устойчивостью и безопасностью рынка для его профессионалов и их клиентов;
- созданию системы информации о состоянии рынка и обеспечению ее открытости для инвесторов;
- формированию системы страхования инвесторов от возможных потерь;
- предотвращению негативного воздействия на рынок ценных бумаг других видов государственного регулирования (денежно-кредитное, валютное);
- недопущению чрезмерного развития рынка государственных ценных бумаг.

В истории накоплен большой опыт государственного регулирования рынка ценных бумаг. В мировой практике существует три основные модели его регулирования:

- путем прямого правительственного контроля (Ирландия, Нидерланды, Португалия);

- путем контроля с помощью финансово-банковских органов (ФРГ, Бельгия, Дания);
- через специально созданные учреждения (США, Франция, Италия, Испания, Великобритания).

Для российского рынка ценных бумаг характерна прежде всего американская модель организации и регулирования. Особенно это проявляется на законодательном и организационном уровне.

В Российской Федерации к органам государственного регулирования рынка ценных бумаг относятся:

- Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг (ФКЦБ),
- Министерство финансов РФ,
- Центральный банк РФ,
- Комитет по управлению государственным имуществом РФ,
- Антимонопольный комитет РФ,
- Государственная налоговая инспекция,
- Министерство юстиции РФ,
- Государственный комитет по надзору за деятельностью страховых организаций и др.

Основными функциями регулирующих органов, направленными на защиту инвесторов от финансовых потерь, являются: во-первых, регистрация всех участников рынка ценных бумаг; во-вторых, обеспечение всех субъектов экономики достоверной информацией о выпуске и обращении ценных бумаг; в-третьих, контроль и поддержание правопорядка на рынке ценных бумаг.

Государственное регулирование рынка ценных бумаг осуществляется в виде прямого вмешательства в его функционирование, а также в виде мер по косвенному воздействию на рынок.

К направлениям прямого вмешательства относятся:

- законодательная деятельность представительных органов власти по вопросам рынка ценных бумаг с целью создания единой правовой основы (Федеральное собрание);
- постановления и распоряжения органов исполнительной власти по этим же вопросам (Правительство РФ);

- меры, принимаемые другими государственными органами, по введению норм, касающихся функционирования рынка ценных бумаг (Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг, Министерством финансов РФ, Центральным банком РФ, Государственным комитетом по имуществу РФ и др.).

Для современного рынка ценных бумаг важное значение имеют решения Министерства финансов РФ о лицензировании деятельности на рынке ценных бумаг в качестве инвестиционных институтов, инвестиционных фондов, управляющих инвестиционными фондами, о порядке аттестации специалистов инвестиционных институтов и фондовых бирж; о лицензировании операций, совершаемых с производными ценными бумагами; о лицензировании производства и ввоза на территорию РФ бланков ценных бумаг и др.

Лицензированием деятельности коммерческих банков и кредитных организаций занимается Центральный банк РФ, страховых организаций — Государственный комитет по надзору за страховой деятельностью.

Государство является участником фондового рынка, а также осуществляет его непосредственное регулирование и контрольные функции.

Так, например, Министерство финансов РФ является эмитентом ценных бумаг, удостоверяющих федеральные государственные обязательства: облигаций (государственных долгосрочных обязательств, государственных краткосрочных обязательств, облигаций федерального займа, облигаций внутреннего валютного займа, государственных жилищных сертификатов и др.). Кроме того, государство, оставаясь владельцем акций многих крупных предприятий, посредством деятельности в качестве эмитента и инвестора регулирует отношения, складывающиеся на рынке ценных бумаг.

Вместе с тем государство также непосредственно воздействует на фондовый рынок, исполняя соответствующие кон-

трольные функции. Государственное регулирование рынка ценных бумаг осуществляется путем:

- установления обязательных требований к деятельности эмитентов, профессиональных участников рынка ценных бумаг и ее стандартов;

- регистрации выпусков эмиссионных ценных бумаг и проспектов эмиссии и контроля за соблюдением эмитентами условий и обязательств, предусмотренных в них;

- лицензирования деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг;

- создания системы защиты прав владельцев и контроля за соблюдением их прав эмитентами и профессиональными участниками рынка ценных бумаг;

- запрещения и пресечения деятельности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность на рынке ценных бумаг без соответствующей лицензии.

Контрольные функции государства реализуются, прежде всего, путем регистрации ценных бумаг. Эмиссия ценных бумаг осуществляется исключительно на основе регистрации в уполномоченных государственных органах, если иное не установлено законодательными актами Российской Федерации. Эмитент имеет право начинать размещение выпускаемых им ценных бумаг только после регистрации их выпуска. Контрольная функция государства на рынке ценных бумаг реализуется также посредством лицензирования деятельности профессиональных участников фондового рынка. Все виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг (в том числе кредитных организаций) могут вестись лишь на основании специального разрешения — лицензии. Органы, выдавшие лицензии, контролируют деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг и принимают решение об отзыве выданной лицензии при нарушении законодательства о ценных бумагах.

За нарушения законодательства о ценных бумагах виновные лица несут ответственность в гражданском, административном и уголовном порядке, в частности за манипулирование ценами на рынке ценных бумаг, осуществление недо-

бросовестной эмиссии, выпуск в обращение ценных бумаг, не прошедших государственную регистрацию, профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг без лицензии, факт недобросовестной рекламы. Эти правонарушения являются основанием для приостановления незаконной деятельности, аннулирования эмиссий ценных бумаг и лицензий на осуществление профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг и для других мер ответственности.

Центральное положение в сфере государственного регулирования и контроля на рынке ценных бумаг занимает Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг, которая, в частности, устанавливает перечень регистрирующих органов, выдает лицензии и определяет органы, полномочные выдавать лицензии, а также применяет к нарушителям законодательства о ценных бумагах меры административной ответственности (например, в виде лишения лицензий и соответствующих предписаний), направляет материалы в органы прокуратуры и в суд для возбуждения уголовного и административного преследования, а также обращается с исками в суд.

Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг.

Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг (далее — ФКЦБ или Федеральная комиссия) является федеральным органом исполнительной власти по проведению государственной политики в области рынка ценных бумаг, по контролю за деятельностью профессиональных участников рынка ценных бумаг через определение порядка их деятельности и по определению стандартов эмиссии ценных бумаг. Полномочия Федеральной комиссии не распространяются на процедуру эмиссии долговых обязательств Правительства Российской Федерации и ценных бумаг субъектов Российской Федерации. Представительные органы государственной власти и органы местного самоуправления устанавливают предельные объемы эмиссии ценных бумаг, эмитируемых органами власти соответствующего уровня.

Организацию, основные функции и компетенцию ФКЦБ в основном регламентирует Закон РФ «О рынке ценных бу-

маг». Федеральная комиссия является юридическим лицом, имеет печать с изображением Государственного герба Российской Федерации и со своим наименованием, расчетный счет и иные счета, включая валютный. Место нахождения ФКЦБ — город Москва. Руководитель Федеральной комиссии является по должности федеральным министром. Должности пяти членов ФКЦБ (первого заместителя председателя, заместителей председателя, секретаря Федеральной комиссии) являются государственными должностями государственной службы и замещаются в установленном порядке. Деятельность ФКЦБ строится на коллегиальной основе. Коллегия Федеральной комиссии состоит из 15 членов, включая председателя Федеральной комиссии, первого заместителя и заместителей председателя, секретаря Федеральной комиссии. Пять членов коллегии Федеральной комиссии являются представителями федеральных органов исполнительной власти, в компетенцию которых входят вопросы, связанные с рынком ценных бумаг. В их состав в обязательном порядке включается представитель Министерства финансов Российской Федерации. Один член коллегии Федеральной комиссии является представителем Центрального банка Российской Федерации, два члена коллегии представляют палаты Федерального собрания Российской Федерации. По должности входит в состав коллегии Федеральной комиссии председатель Экспертного совета при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг.

Экспертный совет при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг — консультативно-совещательный орган, который создается Федеральной комиссией и в который входят 25 членов: представители государственных органов и организаций, деятельность которых связана с регулированием финансового рынка и рынка ценных бумаг, профессиональных участников рынка ценных бумаг, саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных

¹⁸ Положение о саморегулируемых организациях профессиональных участников рынка ценных бумаг: Постановление ФКЦБ РФ от 01.07.97.

бумаг, их союзов, ассоциаций, иных общественных объединений и независимые эксперты.

Своих кандидатов в Экспертный совет при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг избирают профессиональные участники рынка ценных бумаг на всероссийской конференции профессиональных участников рынка ценных бумаг, организуемой Федеральной комиссией. Избранные кандидаты утверждаются решением Федеральной комиссии. Председатель Экспертного совета избирается членами Экспертного совета и утверждается председателем Федеральной комиссии. Порядок представления кандидатур для избрания в члены Экспертного совета, проведения и подведения итогов голосования устанавливается решением всероссийской конференции профессиональных участников рынка ценных бумаг. Кандидаты в Экспертный совет от государственных органов представляются этими государственными органами и утверждаются решением Федеральной комиссии. Член Экспертного совета назначается сроком на два года с возможностью назначения любое количество раз.

Работа в коллегии Федеральной комиссии и Экспертном совете при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг представителей государственных органов и иных организаций, указанных в настоящей статье, осуществляется на безвозмездной основе. Коллегия Федеральной комиссии самостоятельно утверждает регламент работы и деятельности Экспертного совета.

Федеральная комиссия для осуществления своих полномочий создает территориальные органы. Региональные отделения Федеральной комиссии образуются решением Федеральной комиссии по согласованию с органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации для обеспечения выполнения установленных законодательством Российской Федерации норм, правил и условий функционирования фондового рынка, практической реализации принимаемых Федеральной комиссией решений и контроля за деятельностью профессиональных участников рынка ценных бумаг. Региональное отделение Федеральной комиссии действует на ос-

новании Положения, утверждаемого Федеральной комиссией. Председатель регионального отделения утверждается Федеральной комиссией на основании совместного представления главы исполнительной власти субъекта Российской Федерации и председателя Федеральной комиссии.

Федеральная комиссия имеет рабочий аппарат. Расходы, связанные с деятельностью Федеральной комиссии, финансируются из средств федерального бюджета, направляемых на содержание федеральных органов исполнительной власти.

Функции Федеральной комиссии:

1) осуществляет разработку основных направлений развития рынка ценных бумаг и координацию деятельности федеральных органов исполнительной власти по вопросам регулирования рынка ценных бумаг;

2) утверждает стандарты эмиссии ценных бумаг, проспектов эмиссии ценных бумаг эмитентов, в том числе иностранных эмитентов, осуществляющих эмиссию ценных бумаг на территории Российской Федерации, и порядок регистрации эмиссии и проспектов эмиссии ценных бумаг;

3) разрабатывает и утверждает единые требования к правилам осуществления профессиональной деятельности с ценными бумагами;

4) устанавливает обязательные требования к операциям с ценными бумагами, нормы допуска ценных бумаг к их публичному размещению, обращению, котированию и листингу, расчетно-депозитарной деятельности. Правила ведения учета и составления отчетности эмитентами и профессиональными участниками рынка ценных бумаг устанавливаются Федеральной комиссией совместно с Министерством финансов Российской Федерации;

5) устанавливает обязательные требования к порядку ведения реестра;

6) устанавливает порядок и осуществляет лицензирование различных видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, а также приостанавливает или аннулирует указанные лицензии в случае нарушения требо-

ваний законодательства Российской Федерации о ценных бумагах;

7) выдает генеральные лицензии на осуществление деятельности по лицензированию деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также приостанавливает или аннулирует указанные лицензии. Аннулирование генеральной лицензии, выданной уполномоченному органу, не влечет аннулирования лицензий, выданных им профессиональным участникам рынка ценных бумаг;

8) устанавливает порядок, осуществляет лицензирование и ведет реестр саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг и аннулирует указанные лицензии при нарушении требований законодательства Российской Федерации о ценных бумагах, а также стандартов и требований, утвержденных Федеральной комиссией;

9) определяет стандарты деятельности инвестиционных, негосударственных пенсионных, страховых фондов и их управляющих компаний, а также страховых компаний на рынке ценных бумаг;

10) осуществляет контроль за соблюдением эмитентами, профессиональными участниками рынка ценных бумаг, саморегулируемыми организациями профессиональных участников рынка ценных бумаг требований законодательства Российской Федерации о ценных бумагах, стандартов и требований, утвержденных Федеральной комиссией;

11) обеспечивает раскрытие информации о зарегистрированных выпусках ценных бумаг, профессиональных участников рынка ценных бумаг и регулировании рынка ценных бумаг;

12) обеспечивает создание общедоступной системы раскрытия информации на рынке ценных бумаг;

13) утверждает квалификационные требования, предъявляемые к лицам и организациям, осуществляющим профессиональную деятельность с ценными бумагами, к персоналу этих организаций, организует исследования по вопросам развития рынка ценных бумаг;

14) разрабатывает проекты законодательных и иных нормативных актов, связанных с вопросами регулирования рынка ценных бумаг, лицензирования деятельности его профессиональных участников, саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг, контроля за соблюдением законодательных и нормативных актов о ценных бумагах, проводит их экспертизу;

15) разрабатывает соответствующие методические рекомендации по практике применения законодательства Российской Федерации о ценных бумагах;

16) осуществляет руководство региональными отделениями Федеральной комиссии;

17) ведет реестр выданных, приостановленных и аннулированных лицензий;

18) устанавливает и определяет порядок допуска к первичному размещению и обращению вне территории Российской Федерации ценных бумаг, выпущенных эмитентами, зарегистрированными в Российской Федерации;

19) обращается в арбитражный суд с иском о ликвидации юридического лица, нарушившего требования законодательства Российской Федерации о ценных бумагах, и о применении к нарушителям санкций, установленных законодательством Российской Федерации;

20) осуществляет надзор за соответствием объема выпуска эмиссионных ценных бумаг их количеству в обращении;

21) устанавливает соотношения между размерами объявленной эмиссии акций на предъявителя и оплаченного уставного капитала.

Федеральная комиссия вправе:

1) выдавать генеральные лицензии на осуществление лицензирования профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также на осуществление контроля на рынке ценных бумаг федеральным органам исполнительной власти (с правом делегирования функций по лицензированию их территориальным органам);

2) квалифицировать ценные бумаги и определять их виды в соответствии с законодательством Российской Федерации;

3) устанавливать обязательные для профессиональных участников рынка ценных бумаг (за исключением кредитных организаций) нормативы достаточности собственных средств и иные показатели, ограничивающие риски по операциям с ценными бумагами;

4) в случаях неоднократного или грубого нарушения профессиональными участниками рынка ценных бумаг законодательства Российской Федерации о ценных бумагах принимать решение о приостановлении или аннулировании лицензии, выданной на осуществление профессиональной деятельности с ценными бумагами. Немедленно после вступления в силу решения Федеральной комиссии о приостановлении действия лицензии государственный орган, выдавший соответствующую лицензию, должен принять меры по устранению нарушений либо аннулировать лицензию;

5) по основаниям, предусмотренным законодательством Российской Федерации, отказать в выдаче лицензии саморегулируемой организации профессиональных участников рынка ценных бумаг, аннулировать выданную ей лицензию с обязательным опубликованием сообщения об этом в средствах массовой информации;

6) организовывать или совместно с соответствующими федеральными органами исполнительной власти проводить проверки деятельности, назначать и отзывать инспекторов для контроля за деятельностью эмитентов, профессиональных участников рынка ценных бумаг, саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг;

7) направлять эмитентам и профессиональным участникам рынка ценных бумаг, а также их саморегулируемым организациям предписания, обязательные для исполнения, а также требовать от них представления документов, необходимых для решения вопросов, находящихся в компетенции Федеральной комиссии;

8) направлять материалы в правоохранительные органы и обращаться с исками в суд (арбитражный суд) по воп-

росам, отнесенным к компетенции Федеральной комиссии (включая недействительность сделок с ценными бумагами);

9) принимать решения о создании и ликвидации региональных отделений Федеральной комиссии;

10) применять меры к должностным лицам и специалистам, имеющим квалификационные аттестаты на право совершения операций с ценными бумагами, в случае нарушения законодательства Российской Федерации;

11) устанавливать нормативы, обязательные для соблюдения эмитентами ценных бумаг, и правила их применения.

Федеральная комиссия принимает решения по вопросам регулирования рынка ценных бумаг, деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг, саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг и контроля за соблюдением законодательства Российской Федерации и нормативных актов о ценных бумагах. Эти решения принимаются в форме постановлений, подписываются председателем Федеральной комиссии, а в его отсутствие — его первым заместителем.

Принятие постановлений Федеральной комиссии без предварительного рассмотрения их на Экспертном совете при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг не допускается. Экспертный совет при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг осуществляет:

- подготовку и предварительное рассмотрение вопросов, связанных с исполнением полномочий Федеральной комиссии;
- разработку предложений по основным направлениям регулирования рынка ценных бумаг;
- предварительное рассмотрение проектов постановлений, принимаемых Федеральной комиссией, и их публикацию по требованию любого члена Экспертного совета при Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг. Экспертный совет вправе большинством голосов его членов приостано-

¹⁹ Хинкин П. Саморегулирование на рынке ценных бумаг // Рынок ценных бумаг. 1997. № 17.

вить на срок до шести месяцев введение в действие постановлений Федеральной комиссии.

Постановления Федеральной комиссии подлежат обязательному опубликованию. Подготовка и принятие документов, в которых Федеральной комиссией специально выделяется кредитная организация, производятся по согласованию с Центральным банком РФ. Регулирование операций с валютными фондовыми ценностями производится Федеральной комиссией по согласованию с Центральным банком РФ. Нормативные акты по вопросам регулирования рынка ценных бумаг, деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг, саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг принимаются федеральными министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти в пределах их компетенции только по согласованию с Федеральной комиссией.

Постановления Федеральной комиссии по вопросам, отнесенным к ее компетенции, обязательны для исполнения федеральными министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления, а также профессиональными участниками рынка ценных бумаг и саморегулируемыми организациями. Вместе с тем постановления Федеральной комиссии могут быть обжалованы физическими и юридическими лицами в суд или в арбитражный суд.

4. Саморегулируемые организации профессиональных участников рынка ценных бумаг

В функционировании рынка ценных бумаг важное значение имеет его саморегулирование, в котором особую роль играет фондовая биржа как наиболее развитая форма организации рынка и контроля за деятельностью всех участников биржевой торговли.

Саморегулируемой организацией профессиональных участников рынка ценных бумаг называется их добровольное объединение, действующее в соответствии с федеральными законами и на принципах некоммерческой организации,

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
Глава 1. БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА РФ	7
1. Правовое положение Центрального банка РФ	8
Понятие и функции ЦБ РФ	8
Структура и органы управления ЦБ РФ	13
Компетенция ЦБ РФ	19
2. Правовое положение кредитных организаций	31
Глава 2. ДОГОВОР БАНКОВСКОГО СЧЕТА	70
Глава 3. ДОГОВОР БАНКОВСКОГО ВКЛАДА	105
Глава 4. РАСЧЕТНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ	127
1. Общие положения о безналичных расчетах	127
2. Расчеты платежными поручениями	135
3. Расчеты по аккредитиву	140
4. Расчеты по инкассо	148
Расчеты платежными требованиями	149
Расчеты инкассовыми поручениями	152
Беспорное списание средств со счета клиента	156
Ответственность сторон при расчетах по инкассо	157
5. Расчеты чеками	159
Виды чеков	162
Глава 5. КРЕДИТНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ	169
1. Понятие кредитных правоотношений	169
2. Понятие, стороны, форма, содержание договора банковского кредитования	176
Кредитор	179

Заемщик	185
Предмет договора банковского кредитования	195
Плата за пользование кредитом	199
Срок договора кредитования	211
Целевое использование кредита	217
Исполнение договора банковского кредитования	220
Порядок и формы предоставления кредита	221
Исполнение обязательств по возврату кредита	227
3. Ответственность за нарушение обязательств по кредитному договору	231
 Глава 6. СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КРЕДИТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ	238
1. Неустойка	238
2. Залог	247
Участники (субъекты) залоговых правоотношений, их права и обязанности	249
Предмет залога	258
Договор о залоге (общие положения)	264
3. Некоторые особенности правового регулирования ипотеки	276
Общие положения об ипотеке	277
Регистрация ипотеки	282
Реализация прав залогодержателя	287
4. Поручительство	292
5. Банковская гарантия	309
 Глава 7. ИНЫЕ ВИДЫ АКТИВНЫХ ОПЕРАЦИЙ КОММЕРЧЕСКИХ БАНКОВ (ЛИЗИНГ, ФАКТОРИНГ, ФОРФЕЙТИНГ)	326
1. Финансовая аренда (лизинг)	326
2. Финансирование под уступку денежного требования (факторинг)	352
3. Форфейтинг	378

Глава 8. ВАЛЮТНЫЕ ОПЕРАЦИИ КОММЕРЧЕСКИХ БАНКОВ	393
1. Цели и пределы правового регулирования валютных операций	394
Валютное законодательство и банковские правоотношения	394
Цели и принципы правового регулирования валютных операций	397
Источники валютного законодательства	399
2. Основные понятия валютных отношений	404
3. Коммерческий банк как участник валютных операций	411
Особенности положения банка на валютном рынке	411
Лицензирование банковских валютных операций	414
4. Валютные операции коммерческих банков	426
Субъектный состав валютных операций банков	427
Виды валютных операций	429
5. Государственное регулирование валютных операций уполномоченных банков	437
Валютная политика	437
Экономическое воздействие государства на валютные отношения	440
Значение и правовая природа валютного контроля	442
Глава 9. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ЦЕННЫХ БУМАГАХ.....	448
Глава 10. ЭМИССИОННЫЕ ЦЕННЫЕ БУМАГИ	461
1. Понятие эмиссионных ценных бумаг, процедура эмиссии	461
2. Виды эмиссионных ценных бумаг	491
Акции	491
Облигации	506
Государственные ценные бумаги и их виды (ГКО, ОФЗ, КО, ОВВЗ, ОГСЗ)	517
Муниципальные ценные бумаги	525
Сберегательный и депозитный сертификат	528

Глава 1 1. НЕЭМИССИОННЫЕ ЦЕННЫЕ БУМАГИ	539
1. Вексель	539
2. Коносамент	551
3. Складские свидетельства	558
4. Закладная	572
Рефинансирование кредиторов через систему коллективных инвестиций	586
Рефинансирование кредиторов через операторов вторичного рынка ипотечных кредитов	588
Глава 1 2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РЫНКА ЦЕННЫХ БУМАГ	591
1. Общая характеристика правового регулирования рынка ценных бумаг	591
Понятие рынка ценных бумаг. Его значение	591
Международный рынок ценных бумаг	597
Структура рынка ценных бумаг. Фондовая биржа	607
2. Виды профессиональных участников рынка ценных бумаг	640
Брокерская деятельность	643
Дилерская деятельность	647
Деятельность по управлению ценными бумагами	652
Деятельность по определению взаимных обязательств (клиринг)	659
Депозитарная деятельность	664
Деятельность по ведению реестра владельцев ценных бумаг	669
Деятельность по организации торговли на рынке ценных бумаг	674
3. Государственное регулирование рынка ценных бумаг. Федеральная комиссия по рынку ценных бумаг	682
4. Саморегулируемые организации профессиональных участников рынка ценных бумаг	694

Для заметок

Учебное издание

БАНКОВСКОЕ ПРАВО

Учебное пособие

Под редакцией профессора А.А. Травкина

Главный редактор *А.В. Шестакова*

Редакторы: *О.В. Изотова, Л.В. Субботина*

Технические редакторы: *Я.В. Деревянкин, Л.В. Субботина*

ЛР № 020406 от 12.02.97

Подписано в печать 28.05.01. Формат 60×84/16.

Бумага типографская № 1. Гарнитура Garamond. Усл. печ. л. 41,15.

Уч.-изд. л. 44,25. Тираж 300 экз. Заказ . «С» 53.

Издательство Волгоградского государственного университета.

400062, Волгоград, ул. 2-я Продольная, 30.

МС