

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ВОЛГОГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

А.А. ТРАВКИН
Н.Н. АРЕФЬЕВА
К.И. КАРАБАНОВА

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КРЕДИТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Учебное пособие

Волгоград 2000

ББК 67.99(2 Рос)321.23я73

Т 65

Рецензенты:

засл. юрист РФ, д-р юрид. наук, проф. П.М. Филиппов,
зам. пред. Арбитражного суда Волгоградской области
С.А. Глушкова

Печатается по решению
редакционно-издательского совета ВолГУ

Травкин А.А., Арефьева Н.Н., Карабанова К.И.

Т 65

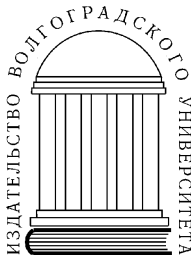
Способы обеспечения исполнения кредитных обязательств: Учебное пособие. — Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2000.
— 88 с.

ISBN 5-85534-312-X

В настоящем учебном пособии рассматриваются способы обеспечения исполнения кредитных обязательств: поручительство, неустойка, банковская гарантия, залог. На основе анализа действующего законодательства, а также практики его применения освещаются особенности их правового регулирования.

Для студентов юридических вузов, преподавателей и аспирантов, а также для юристов-практиков и предпринимателей.

ISBN 5-85534-312-X



© А.А. Травкин, Н.Н. Арефьева,
К.И. Карабанова, 2000

© Издательство Волгоградского
государственного университета, 2000

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
<i>Глава 1. НЕУСТОЙКА</i>	6
<i>Глава 2. ЗАЛОГ</i>	13
<i>Глава 3. НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИПОТЕКИ</i>	40
<i>Глава 4. ПОРУЧИТЕЛЬСТВО</i>	55
<i>Глава 5. БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ</i>	70
ПРИМЕЧАНИЯ	85
ОБ АВТОРАХ	87

ВВЕДЕНИЕ

Цель вступления граждан и юридических лиц в обязательства достигается посредством их исполнения. Поэтому стороны обязательства, вступая в него, стремятся обеспечить его надлежащее исполнение. Идя навстречу этим пожеланиям сторон, законодатель выработал и закрепил в Гражданском кодексе РФ специальные гражданско-правовые меры, способные побудить стороны к соблюдению договорной дисциплины. Нормы, регулирующие обеспечение исполнения обязательств, содержатся в главе 23 ГК РФ, насчитывающей 52 статьи (ст. 329—381), распределенных в семи параграфах.

Гражданско-правовыми способами обеспечения исполнения обязательств являются: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия, удержание имущества должника. Этот перечень способов обеспечения исполнения обязательств не является закрытым. Обязательства могут обеспечиваться и другими способами, предусмотренными законом или договором (п. 1 ст. 329 ГК РФ).

Следует отметить, что понятие «обеспечение исполнения обязательств» и термин «обеспечение кредита» не полностью совпадают¹. Целесообразно отличать разную правовую природу средств, избираемых для защиты интересов банка и совокупность прав и обязанностей тех или иных участников правоотношения. В зависимости от этого можно все правовые институты, используемые на случай невозврата кредита, разделить на три группы². В первую группу входят традиционные способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренные главой 23 ГК РФ. Из них, как правило, чаще всего используются: поручительство, банковская гарантия, залог. Вторую группу образуют различные договоры страхования, которые, не будучи способами обеспечения исполнения обязательств, создают правовые гарантии удовлетворения интересов банка в случае невозврата кредита. К третьей группе можно отнести некоторые нестандартные способы обеспечения интересов банка и его вкладчиков, позволяющие путем комбинации отдельных приемов прекращения и погашения долгов сохранить возможность обращения взыскания на имущество в наиболее благоприятном для сторон правовом режиме.

Речь идет о прекращении обязательств путем отступного или прощения долга и новации.

В данном учебном пособии авторы проанализировали наиболее характерные для договора банковского кредитования способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных в главе 23 ГК РФ: неустойку, залог, поручительство, банковскую гарантию.

Правоотношения по обеспечению обязательств являются дополнительными к основному обязательству и, как правило, следуют его судьбе: прекращение или признание недействительным основного обязательства влечет за собой прекращение или недействительность и обеспечительного правоотношения. Исключение из этого правила сделано для банковской гарантии. Это вызывает сомнения в том, что указанная гарантия принадлежит к числу способов обеспечения исполнения обязательств.

Роль обеспечения исполнения обязательств всегда была велика. В современных условиях жесточайшего экономического кризиса, сопровождаемого массовыми случаями нарушения договорных обязательств, роль указанных средств укрепления договорной дисциплины еще более возрастает. Поэтому юристы, а также хозяйственные руководители должны хорошо знать как, с помощью каких правовых средств они могут защитить интересы предприятий и учреждений, в которых работают.

Данное учебное пособие поможет им в этом.

Глава 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, Боровиковский³) 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»⁴.

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 действия⁵. 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 ценность⁶.

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 сумме⁷. 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 правила⁸. Таким образом, в тот период и законодательством и доктриной неустойки, наряду с подлежащей уплате должником, нарушившим обязательство, кредитору 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 исключе-

ния) 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 введе-

ния 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 Федерации» 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 соглаше-

нием 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 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 исполне-

ния 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 РФ⁹.

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.

Глава 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 подробного 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;
- 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).

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 залогоу 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 имущества 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 толь-

ко 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 — кредитор 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 по-

ложении 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 закреплённый 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 приобретении 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 собственном 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 отказаться от страхования заложенного имущества. Если в договоре между сторонами отсутствует условие о страховании заложенного имущества, данная обязанность считается возникшей 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 зало-

годатель, 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). Однако 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 с иском 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 за-

ложенного 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 утрату, 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, 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 муниципальных 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 «Спасский 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 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 требованиям, 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, обес-

печенных 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 недвижимо-

го 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 7.09.94, 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 7.09.94, 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 7.09.94 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. 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 Сбербанка 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 3.11.94 № 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 3.05.95.

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 3.11.94 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.

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 обратиться с иском 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 обратиться с иском 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).

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 6.06.94 № 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 6.06.94, 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 (данное письмо 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 7.12.93 № 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 подвергся порче в связи с неправомерными действиями банка, — указано следующее:

«В обеспечение кредитного договора от 7.12.93 № 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.

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, включаемые 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 5.07.94 № 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 зак-

лючения 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 1.07.92 № 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 сторон 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 залогоу 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 1.07.92 № 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.

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 подвинуть 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 момента 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 обязании 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 последнему 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, офор-

млен 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 заключается 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 обязанности 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.

Глава 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 залогодер-

жатель 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 которое 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 ипотеке 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, обратная 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, обратная 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 обратной 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 требо-

вания к собственнику по уплате долга здесь не предусматривается.

В данном правоотношении (между кредитором и собственником земельного участка, не являющимся персональным 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 переда-

точной 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), ипотека может быть установлена лишь при наличии письменного согласия всех собственников. Участник общей долевой собствен-

ности может заложить свою долю в праве на общее имущество без согласия других собственников. 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 прошло 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 непрерываемую 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 двойное значение. При договорном приобретении права внесение имеет значение не само по себе, а как завершение акта приобретения вещного права, или вещное право приобретается путем внесения. При внедоговорных способах приобретения (наследование, приобретательная давность) вещное право приобретается 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. 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 проявляет-

ся 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, со-

держась 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 слу-

чаи, 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 собственно 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 обязательства 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 новшествами, которые предусматривает ФЗ РФ «Об ипотеке».

Залогодержатель вправе обратиться взыскание 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 взыскания на заложенное имущество, предпочтение отдается условиям договора об ипотеке. Если договором об ипотеке не предусмотрено иное, обращение взыскание 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 взыскания 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, заключенно-

го после возникновения оснований для обращения взыскания 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 аукционе 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.

Глава 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 получить 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.

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, подписанном 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 РФ³¹.

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 г., 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 г. № 721.

Поскольку решение о выдаче гарантии совет директоров не принимал и в последствии сделку не одобрял, договор поручи-

тельства не соответствует требованиям закона и должен быть признан недействительным в силу ст. 168 ГК РФ.

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.

В отношении договора поручительства существенными условиями, без которых он считается незаключенным, являются чет-

кое 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.

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.

Арбитражный суд искимые 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 по-

ручительства. 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 устранение оснований, повлекших выдачу поручительства.

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 от-

ношений 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, проценты 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.

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 установлен-

ное 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 поручителю³⁸.

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 требование 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.

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 незамедлительно 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 Г 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 ответственность 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.

Глава 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 выставит 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, вы-

несенное 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, 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 способа 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 вы-

нужден 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 недействительно, 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 га-

рантии 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 образом, 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 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 гарантийное обязатель-

ство 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, прекратилось 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.

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, обеспечиваемое 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 учетной 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 исковые требования 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 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, ссылаясь 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, например, 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.

ПРИМЕЧАНИЯ

- ¹ См.: Ефимова Л.Г. Банковское право. М., 1994. С. 178.
- ² См.: Олейник О.М. Основы банковского права. М., 1997. С. 342.
- ³ См.: Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III: Права обязательственные. СПб., 1901. С. 241.
- ⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 293.
- ⁵ См: Анненков К. Указ. соч. С. 241.
- ⁶ См.: Там же.
- ⁷ См.: Герцеберг В.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право. Книга V Гражданского Уложения. СПб., 1914. С. 10—11.
- ⁸ См.: Гражданское Уложение. Проект Высочайше Учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Т. II / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 207.
- ⁹ См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 9.
- 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.
- ¹³ Шершеневич Г. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 243.
- ¹⁴ См.: Новицкий И. Б. Римское право. М., 1993. С. 112.
- 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.
- ¹⁷ См.: Российская газета. 5 авг. 1997 г.
- ¹⁸ Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 72.
- ¹⁹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 47.
- ²⁰ См.: Российская газета. 30 июля 1997 г.
- ²¹ Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 60.
- ²² См.: Коммерсант-DAILY. 1995. № 45. С. 15.
- ²³ Вестник ВАС РФ. 1996. № 1. С. 51.
- ²⁴ Вестник ВАС РФ. 1997. № 9. С. 49.
- ²⁵ Вестник ВАС РФ. 1997. № 1. С. 62.

- ²⁶ Вестник ВАС РФ. 1996. № 2. С. 96.
- ²⁷ Вестник ВАС РФ. 1996. № 10. С. 70.
- ²⁸ См.: СЗ РФ. 1998. № 29.
- ²⁹ См.: Будилов В. Залоговое право России и ФРГ. СПб., 1993.
- ³⁰ Свириденко О. Правовое регулирование залога и его реализация в банковском кредитовании // Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 75.
- ³¹ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.
- ³² См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 10.
- ³³ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.
- ³⁴ См.: Там же.
- ³⁵ См.: Там же.
- ³⁶ См.: Вестник ВАС РФ. 1997. № 10.
- ³⁷ См.: Там же.
- ³⁸ См.: Там же.
- ³⁹ См.: Там же.
- ⁴⁰ См.: Там же.
- ⁴¹ См.: Там же.
- ⁴² См.: Uniform Rules for Demand Guarantees ICC Publication. № 458.
- ⁴³ См.: Агеев А. Банковская гарантия // Домашний адвокат. 1996. № 10. С. 15.
- ⁴⁴ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.
- ⁴⁵ См.: Там же.
- ⁴⁶ См.: Там же.
- ⁴⁷ См.: Там же.
- ⁴⁸ См.: Там же.

ОБ АВТОРАХ

***Травкин
Альвин Алексеевич***

— заведующий кафедрой гражданского права и процесса Волгоградского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент. Преподает следующие дисциплины: Гражданское право. Особенная часть; Авторское право; Право собственности в РФ; Обязательства из причинения вреда.

***Арефьева
Наталья Николаевна***

— кандидат юридических наук. Читает лекции на кафедре гражданского права и процесса по дисциплинам: Гражданское право. Общая часть; Коммерческое право.

***Карабанова
Катерина Ивановна***

— кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса. Преподает дисциплины: Арбитражный процесс; Банковское право.

Учебное издание

Травкин Альвин Алексеевич
Арефьева Наталья Николаевна
Карабанова Катерина Ивановна

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ КРЕДИТНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Учебное пособие

Главный редактор *А.В. Шестакова*
Редактор *С.А. Астахова*
Технический редактор *Н.Н. Захарова*
Художник *Н.Н. Захарова*

ЛР № 020406 от 12.02.97

Подписано в печать 10.05 2000 г. Формат 60х84/16.
Бумага типографская № 1. Гарнитура Таймс. Усл. печ. л. 5,1.
Уч.-изд. л. 5,5. Тираж 100 экз. Заказ . «С» 30.

Издательство Волгоградского государственного университета.
400062, Волгоград, ул. 2-я Продольная, 30.