

ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

Книга пятая

Том 1

ДОГОВОРЫ О ЗАЙМЕ, БАНКОВСКОМ КРЕДИТЕ И ФАКТОРИНГЕ. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА СОЗДАНИЕ КОЛЛЕКТИВНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ

М.И. БРАГИНСКИЙ, В.В. ВИТРЯНСКИЙ

2006

Авторы:

Брагинский Михаил Исаакович - доктор юридических наук, профессор - главы XI, XII.

Витрянский Василий Владимирович - доктор юридических наук, профессор - введение, главы I - X.

Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право. Книга пятая в двух томах. Том 1, 2006

ОГЛАВЛЕНИЕ

[ПРЕДИСЛОВИЕ. 3](#)

[ВВЕДЕНИЕ. 4](#)

[ЗАЕМ... 8](#)

[Глава I. ДОГОВОР ЗАЙМА В РИМСКОМ ПРАВЕ. 8](#)

[И ЗАРУБЕЖНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ. 8](#)

[1. История развития договора займа в римском праве. 8](#)

[2. Договор займа в зарубежном законодательстве. 12](#)

[Глава II. РАЗВИТИЕ ДОГОВОРА ЗАЙМА.. 15](#)

[В ОТЕЧЕСТВЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ. 15](#)

[1. Договор займа по российскому дореволюционному гражданскому праву. 15](#)

[Понятие, признаки и содержание договора займа. 15](#)

[Форма договора займа. 23](#)

[Исполнение обязательств. 24](#)

[Безденежность и иные основания недействительности займа. 28](#)

[2. Договор займа по советскому гражданскому праву. 31](#)

[Правовое регулирование договора займа. 31](#)

[Понятие, признаки и содержание договора займа. 36](#)

[Виды договора займа \("заемные операции"\) 38](#)

[Кредитный договор \(договор банковской ссуды\) 41](#)

[Заключение и оформление кредитного договора. 44](#)

[Содержание и исполнение кредитного договора. 45](#)

[Банковские ссуды гражданам.. 46](#)

[Глава III. ДОГОВОР ЗАЙМА ПО РОССИЙСКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.. 47](#)

[1. Понятие и квалификация договора займа. 48](#)

[Признаки договора займа. 48](#)

[Сфера применения договора займа. 50](#)

[Место договора займа в системе договорных обязательств. 53](#)

[2. Субъекты и объекты договора займа. 56](#)

[Субъекты договора. 56](#)

[Кредитные кооперативы.. 58](#)

[Объект договора займа. 60](#)

Деньги как объект договора займа.	61
Иностранная валюта как объект договора займа.	64
3. Заключение и оформление договора займа.	66
4. Оспаривание договора займа.	69
5. Содержание договора займа.	70
6. Исполнение заемного обязательства.	77
7. Проценты по договору займа.	84
8. Недействительность договора займа.	90
9. Виды договора займа.	94
Общие положения.	94
Кредитный договор.	95
Договор товарного кредита.	97
Договор облигационного займа.	99
Договор государственного займа.	101
Заемные обязательства, удостоверенные векселем..	107
Обязательство коммерческого кредита.	113
БАНКОВСКИЙ КРЕДИТ.	122
Глава IV. ПОНЯТИЕ И КВАЛИФИКАЦИЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА..	122
1. Категории "кредит" и "кредитные правоотношения" в гражданском праве.	122
2. История развития кредитного договора.	131
3. Понятие кредитного договора.	141
Глава V. СУБЪЕКТЫ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА..	146
1. Кредитор.	146
2. Заемщик.	152
Глава VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА..	155
1. Требования, предъявляемые к заключению кредитного договора.	155
2. Существенные условия кредитного договора.	158
3. Форма кредитного договора.	162
4. Порядок заключения кредитного договора.	164
5. Недействительность кредитного договора.	166
Основания недействительности.	166
Последствия недействительности.	171

Глава VII. СОДЕРЖАНИЕ, ИСПОЛНЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ. 173

КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА.. 173

1. Понятие содержания кредитного договора. 173
2. Обязательство на стороне кредитора. 174
3. Обязательство на стороне заемщика. 182
4. Правовой режим прав требований сторон по кредитному договору. 187
5. Ответственность за нарушение кредитного договора. 190
6. Прекращение кредитного договора. 195

Расторжение (изменение) кредитного договора. 195

Иные основания (способы) прекращения кредитного договора. 199

Глава VIII. ВИДЫ (РАЗНОВИДНОСТИ) КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА.. 202

1. Формы банковского кредитования и кредитный договор. 202
2. Кредиты Банка России (рефинансирование) 204
3. Потребительский кредит. 207
4. Вексельное "кредитование" 210

ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ (ФАКТОРИНГ) 213

Глава IX. ПОНЯТИЕ ФАКТОРИНГА И ЕГО ВИДЫ... 213

1. Происхождение и развитие факторинга. 213
2. Существо и виды факторинга. 216
3. Международный факторинг. 219

Глава X. ДОГОВОР ФИНАНСИРОВАНИЯ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ.. 222

1. Понятие и квалификация договора финансирования под уступку денежного требования. 222

Понятие договора и особенности его правового регулирования. 222

Правовая квалификация договора. 226

2. Субъектный состав договора. 231
3. Форма и порядок заключения договора. 234
4. Содержание и исполнение договора. 237

Общие положения о содержании договора. 237

Обязанности финансового агента. 237

Обязанности клиента. 239

Права и обязанности должника. 241

ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА СОЗДАНИЕ КОЛЛЕКТИВНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ.. 242

Глава XI. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ. 244

НА СОЗДАНИЕ НЕПРАВОСУБЪЕКТНЫХ КОЛЛЕКТИВНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ.. 244

1. Договоры простого товарищества. 244

2. Товарищество в римском праве. 250

3. Развитие российского законодательства о товариществе. 253

4. Квалификация договора простого товарищества. 261

5. Стороны в договоре простого товарищества. 264

6. Порядок заключения и форма договора простого товарищества. 267

7. Права и обязанности сторон в договоре простого товарищества. 270

8. Общее имущество товарищей. 276

9. Ответственность сторон в договоре простого товарищества. 278

10. Прекращение договора простого товарищества. 280

11. Договоры о негласном товариществе и некоторые. 282

другие виды договора простого товарищества. 282

12. Договоры смежные по отношению к договорам простого товарищества. 288

Глава XII. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ. 292

НА СОЗДАНИЕ ПРАВОСУБЪЕКТНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ (ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ) 292

1. Учредительный договор. 292

2. Договор о создании акционерного общества. 303

ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящая книга является результатом продолжения проводимого нами исследования договорного права, которое ранее нашло отражение в изданных четырех книгах, посвященных общим положениям договорного права, а также отдельным типам договорных обязательств, относимых к таким категориям гражданско-правовых договоров, как договоры о передаче имущества, договоры о выполнении работ и оказании услуг, договоры о перевозке и иных услугах в сфере транспорта <*>.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

-

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Договоры о передаче имущества" (Книга 2) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2002 (издание 4-е, стереотипное).

-

<*> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд., испр. М., 1999; Они же. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М., 2000; Они же. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002; Они же. Договорное право. Книга четвертая: Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услугах в сфере транспорта. М., 2003.

Книга представляет собой обобщенный результат исследования сразу нескольких групп договоров: во-первых, договоров о займе и кредите, а также о финансировании под уступку денежного требования (факторинг); во-вторых, договоров о банковском вкладе и банковском счете, а также банковских расчетов; в-третьих, договоров, направленных на создание коллективных образований; в-четвертых, договорных отношений, связанных с проведением конкурса; в-пятых, договоров об играх и пари.

Особенностью данной (пятой) книги является то, что она издается в двух томах: результаты исследования договоров о займе, банковском кредите и факторинге, а также договоров о создании коллективных образований помещены в томе 1; том 2 посвящен договорам о банковском вкладе и банковском счете, банковским расчетам, конкурсу, договорам об играх и пари. Надеемся, что такая своеобразная структура пятой книги не создаст каких-либо значительных затруднений в ее использовании.

К сожалению, в период завершения работы над этой книгой пришло печальное известие из Соединенных Штатов Америки: ушел из жизни один из лучших советских и российских цивилистов, с именем которого связана целая эпоха в становлении и развитии отечественного гражданского права, - Олимпиад Соломонович Иоффе. Его светлой памяти и посвящаем эту книгу.

ВВЕДЕНИЕ

Данная (пятая) книга завершает наше исследование гражданско-правовых договоров, урегулированных нормами, содержащимися в действующем Гражданском кодексе Российской Федерации (далее - ГК). Отмеченное обстоятельство не могло не оказать своего влияния на структуру и содержание этой книги, в которой не только анализируются определенные классификационные группы договоров, как это имело место в ранее изданных книгах (второй, третьей и четвертой), но и "подбираются" оставшиеся нерассмотренными договорные конструкции.

Большинство договоров, являющихся предметом данного исследования, все же могут быть дифференцированы (с достаточной степенью условности) на три группы.

К первой группе (назовем ее заемно-кредитные и факторинговые обязательства) можно отнести договор займа, а также договоры, представляющие собой отдельные виды договора займа: договор банковского кредита (кредитный договор); договор товарного кредита; договор облигационного займа; договор государственного займа.

Каждый из названных договоров наряду с общими чертами договора займа (обязательство заемщика, получившего в собственность денежную сумму или какое-либо конкретное количество вещей, определяемых родовыми признаками, возвратить займодавцу такую же денежную сумму или равное количество вещей) имеет свои особенности, составляющие видообразующие признаки, позволяющие выделить его в отдельный вид договора займа. Речь идет об особенностях в субъектном составе договора, его предмете или в содержании вытекающего из него обязательства, которые не носят столь существенного характера, чтобы признать указанные договоры самостоятельными гражданско-правовыми договорами, однако требуют специального регулирования. Все названные отдельные виды договора займа объединяет также то обстоятельство, что за рамками специальных правил, посвященных каждому из договоров, к правоотношениям сторон подлежат применению общие положения о договоре займа.

К обязательствам заемного типа могут быть отнесены также обязательства коммерческого кредита (ст. 823 ГК) и заемные обязательства, удостоверенные векселем (ст. 815 ГК), которые хотя и не являются отдельными видами договора займа, но выделены в ГК в целях определения порядка их правового регулирования. Обязательства коммерческого кредита обнаруживаются в иных гражданско-правовых договорах и к ним подлежат применению нормы о договоре займа. Напротив, в случае заемного обязательства, удостоверенного векселем, несмотря на то что оно изначально вытекает из договора займа, законодатель исключил возможность регулирования нормами о займе, поскольку соответствующие правоотношения подпадают под действие специальных правил вексельного законодательства.

Необходимо особо подчеркнуть, что кредитный договор (договор банковского кредита) также является отдельным видом договора займа. Его видообразующие признаки состоят в том, что кредитный договор строится по модели консенсуального договора и, как следствие, считается заключенным с момента подписания кредитором и заемщиком соглашения о предоставлении кредита,

а не с момента передачи денежных средств заемщику, как это имеет место в договоре займа, а также в особенности субъектного состава кредитного договора: на стороне кредитора (займодавца) может выступать лишь банк или иная кредитная организация.

Дело в том, что в юридической литературе термин "кредит" в основном употребляется в широком значении, выходящем далеко за пределы сферы кредитного договора, что объясняется не только восприятием правоведами экономического смысла кредита, но и тем обстоятельством, что в советский период кредитно-расчетные отношения нередко рассматривались в качестве самостоятельного класса гражданско-правовых обязательств, отличных от заемных обязательств.

На наш взгляд, в современной гражданско-правовой доктрине вряд ли возможно воспроизводить искусственно созданный в советское время класс обязательств, который был приспособлен для регулирования определенной сферы экономических отношений в условиях административно-командной системы управления экономикой, тем более что ГК ни своей структурой, ни содержанием не дает повода для подобной классификации гражданско-правовых обязательств. Напротив, в данном Кодексе кредитные обязательства отделены от обязательств по расчетам и рассматриваются в качестве отдельного вида заемных обязательств.

Родовая принадлежность кредитного договора (договора банковского кредита) к договору займа означает не только возможность субсидиарного применения к соответствующим правоотношениям правил об этом договоре. В тех случаях, когда кредитный договор "теряет" свои видообразующие признаки, он должен квалифицироваться как договор займа. Например, если по договору, предусматривающему обязанность кредитора выдать заемщику определенную денежную сумму в качестве кредита и обязанность заемщика возвратить указанную сумму и уплатить кредитору вознаграждение в виде процентов, на стороне кредитора выступает организация, не являющаяся банком (кредитной организацией), такой договор не может быть признан недействительным (на основании его противоречия ст. 819 ГК), а должен быть квалифицирован в качестве договора займа. Одно из последствий такой квалификации договора состоит в том, что он приобретает реальный характер и может считаться заключенным лишь с момента выдачи кредитором соответствующей суммы заемщику.

Таким образом, категориям "кредит" и "кредитные отношения" в экономическом смысле в гражданском праве в наибольшей степени соответствуют категории "заем" и "заемные обязательства". Именно договором займа охватываются все правоотношения, по которым одна сторона передает другой деньги или заменимые вещи, а другая сторона обязуется возвратить такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода и качества. Столь широкая сфера применения категории "заемные обязательства" объясняется тем, что ГК снял существовавшие в советские времена запреты и ограничения в применении норм о договоре займа (запрещение кредитования организаций друг другом, неприменение правил о займе к отношениям банковского кредитования, регулируемым самостоятельным договором банковской ссуды, и т.п.). В результате категории "заем" и "заемные обязательства" действительно приобрели значение универсальных правовых категорий, охватывающих практически все правоотношения, обозначаемые экономическим понятием "кредит".

Договор финансирования под уступку денежного требования (договор факторинга) объединяет с договором займа и кредитным договором то обстоятельство, что предмет указанного договора включает в себя действия финансового агента по предоставлению клиенту денежных средств. Однако договору финансирования под уступку денежного требования присущи существенные особенности, позволившие законодателю сконструировать указанный договор в качестве самостоятельного

гражданско-правового договора.

Во-первых, договор финансирования под уступку денежного требования может заключаться по модели как консенсуального (в отличие от договора займа), так и реального (в отличие от кредитного) договора.

Во-вторых, в силу п. 2 ст. 824 ГК обязательства финансового агента по договору финансирования под уступку денежного требования могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки. Данное обстоятельство означает, что отношения, складывающиеся между финансовым агентом и клиентом, должны иметь особый характер, позволяющий возложить на финансового агента оказание клиенту такого рода финансовых услуг, а также неременную готовность последнего принять на себя выполнение соответствующих обязанностей. Отмеченная особенность позволяет отличать договор финансирования под уступку денежного требования от иных (разовых) сделок по возмездной уступке денежных требований, которые должны квалифицироваться в качестве договоров купли-продажи прав требования (п. 3 ст. 454 ГК).

В-третьих, на стороне клиента по договору финансирования под уступку денежного требования (в отличие от заемщика по договорам займа или банковского кредита) изначально отсутствует обязанность по возврату финансовому агенту полученных от последнего денежных средств. Встречным обязательством клиента является именно уступка денежного требования (дебиторской задолженности) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом указанному третьему лицу товаров, выполнения им работ или оказания услуг. Даже в том случае, когда совершаемая клиентом по указанному договору уступка соответствующего денежного требования осуществляется в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, на стороне клиента не возникает обязанность по возврату финансовому агенту полученных от него денежных средств. В подобной ситуации клиент остается ответственным перед финансовым агентом за остаток долга на тот случай, если денежные средства, полученные финансовым агентом от должника, оказались меньше суммы долга клиента финансовому агенту, обеспеченной уступкой денежного требования.

Вторую группу договоров (обязательств), рассматриваемых в данной книге, составили договоры банковского вклада, банковского счета, а также банковские расчеты (т. 2). Их объединяет то обстоятельство, что все они относятся к банковским сделкам, осуществляемым в сфере безналичного денежного обращения.

Договор банковского вклада (депозита) появился еще во времена римского права, когда потребность граждан хранить свои деньги в надежном месте, не опасаясь их разграбления или похищения, вызвала появление особых образований, которые создавались лицами, занимавшимися разменом денег (менялами), и в рамках которых указанные лица принимали на себя солидарную ответственность, что и побуждало граждан отдавать им свои деньги на хранение. Изначально отношения между банком и его клиентами (вкладчиками) строились по модели договора поклажи, когда банк оказывал возмездную услугу своим вкладчикам по хранению их денег, к которой позже добавилась услуга по осуществлению расчетов между клиентами соответствующего банка. В течение длительного исторического периода вплоть до того момента, когда банки стали привлекать денежные средства вкладчиков в целях последующего кредитования участников имущественного оборота (XVII в.), договор банковского вклада сохранял все черты договора иррегулярной поклажи.

Вместе с тем как только деятельность по кредитованию участников имущественного оборота стала неотъемлемой частью банковской деятельности, правовая природа договора банковского вклада существенным образом изменилась, а сам договор приобрел известный нам современный облик. Договор банковского вклада превратился в средство удовлетворения потребностей банков в наличных кредитных ресурсах, приобретаемых путем привлечения денежных средств вкладчиков под выплату банками процентов на вклады. Указанные проценты являлись в определенном смысле платой банков вкладчикам за предоставляемое им право распоряжения привлеченными (чужими) денежными средствами.

В отечественном законодательстве и банковской практике договором банковского вклада длительное время охватывались и те правоотношения, которые ныне регулируются договором банковского счета (в юридической литературе того периода выделялся договор текущего счета как разновидность договора банковского вклада).

Однако система правового регулирования банковской деятельности была существенным образом перестроена в советское время в связи с проведением так называемой кредитной реформы в 1930 - 1931 гг., когда был введен запрет на коммерческое кредитование, а организациям было предписано хранить денежные средства в учреждениях государственного банка и осуществлять все свои расчеты только через соответствующее учреждение банка. В связи с названными преобразованиями и появился договор банковского счета как самостоятельный договор, предназначенный для регулирования отношений между организациями и обслуживающими их учреждениями госбанка. Правда, последние не столько обслуживали клиентов, сколько выполняли административные функции по осуществлению "контроля рублем" за деятельностью социалистических организаций и их финансовым состоянием. Что же касалось договора банковского вклада, то сфера его действия ограничивалась лишь отношениями между кредитными учреждениями и гражданами.

Современное законодательство (гл. 44 и гл. 45 ГК) также рассматривает договоры банковского вклада и банковского счета в качестве самостоятельных гражданско-правовых договоров (естественно, не разграничивая сферу их действия в зависимости от того, кто является клиентом банка: гражданин или юридическое лицо). В юридической литературе широко представлено понимание того обстоятельства, что допускаемая законодательством возможность применения к отношениям по договору банковского вклада правил о договоре банковского счета носит ограниченный характер: невозможность применения указанных правил (в части отношений сторон по ведению депозитного счета вкладчика) может быть предусмотрена нормами о договоре банковского вклада или вытекать из существа этого договора (п. 3 ст. 834 ГК), и направлена исключительно на техническое обеспечение обслуживания банковских вкладов, никак не влияя на квалификацию договора банковского вклада в качестве самостоятельного договора, отличного от договора банковского счета, который в основном выполняет роль "пропуска" в систему безналичных расчетов.

В отличие от договора банковского вклада содержание обязательства банка по договору банковского счета не ограничивается выдачей средств со счета по требованию клиента, а включает в себя также обязанности банка по перечислению денежных средств со счета и проведению других операций по счету на основании распоряжений владельца счета.

В связи с этим расчетные сделки, осуществляемые банком на основании расчетных документов (платежных и инкассовых поручений, платежных требований), представляемых владельцем счета, а в случаях, предусмотренных законом или договором, - уполномоченными государственными органами или контрагентами владельца счета, не рассматриваются в качестве самостоятельных договоров или

односторонних сделок (как это нередко имеет место в юридической литературе), а признаются действиями банка по исполнению своих обязательств, вытекающих непосредственно из договора банковского счета.

В целом существо механизма банковских (безналичных) расчетов, на наш взгляд, состоит в том, что права требования плательщика к обслуживающему его банку в объеме, определяемом перечисляемой денежной суммой, переходят к получателю денежных средств в виде прав требования к банку - контрагенту получателя средств по договору банковского счета. Такого рода перемещение безналичных денежных средств по банковским счетам, т.е. переход прав требования плательщика к банку с их трансформацией в требование к банку, обслуживающему получателя денежных средств (а стало быть, с непременным переводом долга), отличается от общегражданской уступки прав требования (цессии) и скорее представляет собой особый случай перехода прав кредитора к другому лицу на основании закона (ст. 387 ГК), каковым (специальным законом) и должны признаваться нормы гл. 46 ГК, а также соответствующих банковских правил о безналичных расчетах.

Третью группу договоров (из числа гражданско-правовых договоров, исследуемых в этой книге) образуют договоры, направленные на создание коллективных образований. Указанные договоры, являясь разновидностью договоров о совместной деятельности, обладают определенной спецификой и заслуживают быть выделенными в отдельную группу гражданско-правовых договоров. В свою очередь договоры о создании коллективных образований в зависимости от природы создаваемого образования дифференцируются на договоры о создании коллективных образований, не обладающих гражданской правосубъектностью (договоры простых товариществ), и договоры об образовании юридических лиц (учредительные договоры).

Включение в легальное определение договора простого товарищества (ст. 1041 ГК) указания на "совместную деятельность" нередко рассматривается в юридической литературе и судебной практике в качестве повода для отождествления договора простого товарищества с договором о совместной деятельности. Представляется, однако, что договор простого товарищества является лишь одной из разновидностей договора о совместной деятельности. Об этом, кстати, может свидетельствовать и то обстоятельство, что такими же самостоятельными, как и договор простого товарищества, являются договоры, направленные на создание образований, которые в отличие от простого товарищества имеют целью учредить юридическое лицо (учредительные договоры).

Договору простого товарищества присущи следующие характерные черты. Во-первых, совместная деятельность товарищей выражается во внесении ими вкладов в общее дело и в дальнейших совместных действиях (без образования юридического лица) для извлечения прибыли или достижения общей цели. Отсутствие прав юридического лица означает невозможность выступления простых товариществ в гражданском обороте от своего имени. Участниками гражданских правоотношений являются только сами товарищи, т.е. те, кого объединяет простое товарищество.

Во-вторых, определенной спецификой отличается формирование имущественного субстрата рассматриваемого коллективного образования на момент его учреждения, с учетом безусловной обязанности каждого из товарищей вносить соответствующие вклады в составе и размере, предусмотренных ст. 1042 ГК.

В-третьих, существенная особенность договора простого товарищества обнаруживается также в специальном режиме, установленном для внесенного его участниками имущества, а также для достигнутого совместными действиями товарищей результата и прежде всего полученных плодов и

доходов. Собственником объединенного таким образом имущества и соответствующего результата становится не коллективное образование как таковое (простое товарищество), а участники названного договора. Это имущество составляет их общую долевую собственность.

В-четвертых, договор простого товарищества носит организационный характер. Создаваемое товарищами коллективное образование, не будучи юридическим лицом, вместе с тем представляет собой определенную корпоративную структуру, созданную контрагентами на основе связывающего их договора и позволяющую им совместно выступать в гражданском обороте. Хотя внешняя сторона деятельности такого образования выражается в установлении юридических отношений третьих лиц только с определенными товарищами, от имени которых заключаются гражданско-правовые сделки.

В-пятых, существенным своеобразием обладает цель договора простого товарищества. В отличие от иных договоров, в которых перед каждой из сторон стоят свои не совпадающие с целью контрагента цели, в договоре простого товарищества перед его участниками стоят две общие цели: собственно создание коллективного образования (простого товарищества) и совместное участие в гражданском обороте. Более того, в договоре простого товарищества у всех его участников общими являются не только цель, но и интерес к результату их совместной деятельности.

В-шестых, для договора простого товарищества особое значение имеет фидуциарность, лично-доверительный характер отношений, складывающихся между товарищами. Отказ кого-либо из товарищей от дальнейшего участия в бессрочном договоре простого товарищества по общему правилу служит основанием для прекращения указанного договора.

В отличие от договора простого товарищества другой вид договоров, направленных на создание коллективных образований, - договор об образовании юридического лица (учредительный договор), служит необходимым основанием создания всякого юридического лица, имеющего корпоративную природу, и является (наряду с уставом) необходимым учредительным документом соответствующего юридического лица.

В юридической литературе можно встретить мнение о том, что учредительный договор представляет собой разновидность договора простого товарищества. На наш взгляд, напротив, необходимо разграничивать учредительный договор и договор простого товарищества, что, однако, не исключает отнесение того и другого к числу договоров о совместной деятельности.

В качестве характерных признаков учредительного договора, позволяющих отличать его от договора простого товарищества, можно назвать следующие особенности учредительного договора: во-первых, учредительный договор направлен на создание юридического лица; во-вторых, этот договор устанавливает с момента регистрации юридического лица правовую связь не только между учредителями, но и каждого из них с самим юридическим лицом; в-третьих, вклады учредителей и результат их совместных действий по созданию юридического лица становятся в конечном счете собственностью юридического лица как такового; в-четвертых, существенные условия учредительного договора охватывают период, не только предшествующий государственной регистрации юридического лица, но и следующий за ним - выступление созданного юридического лица в обороте от своего имени.

Говоря о соотношении учредительного договора и другого учредительного документа юридического лица - устава, необходимо отметить, что учредительный договор как таковой выражает волю его учредителей, а устав - волю юридического лица. Возможность их несовпадения предопределена тем обстоятельством, что участниками юридического лица помимо учредителей, подписавших учредительный договор, могут стать и лица, которые вступают в корпорацию после ее

государственной регистрации. В этом случае приоритет должен быть отдан уставу юридического лица, поскольку устав по отношению к учредительному договору представляет собой результат более позднего и более полного выражения воли всех участников юридического лица.

Как отмечалось ранее, помимо уже рассмотренных трех групп гражданско-правовых договоров в настоящей книге анализируются и такие обязательственно-правовые конструкции, как конкурс, а также игры и пари (т. 2).

Непременными признаками всякого конкурса являются состязательность и публичность. Состязательность в конкурсе направлена на достижение оптимального результата с точки зрения того, кто его организует. Вместе с тем организация конкурса предполагает также соединение интересов того, кто его объявил, и того, кто заявляет о своем участии в конкурсе. Состязательность находит прямое выражение в отдельных элементах установленного для конкурса правового режима. В частности, количество участников конкурса должно быть не менее двух, конкурс с одним участником не может считаться состоявшимся, поскольку при этом нарушается принцип состязательности. Подлинная состязательность участников конкурса предполагает обеспечение равенства условий для всех лиц, участвующих в конкурсе.

Второй признак конкурса - его публичность, под которой подразумеваются "обращение к публике" и гласность всех процедур проведения конкурса.

Конкурс представляет собой многоотраслевую модель и используется (с определенными особенностями) и за пределами гражданского права. Критерием отграничения гражданско-правовых конкурсов от конкурсов, регулируемых другими отраслями законодательства, прежде всего должна служить отраслевая принадлежность самого предмета отношений, которые складываются между тем, кто проводит конкурс, и его участниками. В связи с этим, в частности, необходимо вынести за рамки гражданского права конкурсы, в которых составляющие их предмет отношения строятся на началах власти и подчинения.

Конкурс является сложной, динамически развивающейся правовой конструкцией, состоящей из последовательно совершаемых организатором и участниками сделок. В соответствии с требованием публичности, предъявляемым ко всякому конкурсу, первой односторонней сделкой, совершаемой в рамках конкурса, является объявление (извещение) о конкурсе, которое должно дать тем, кто собирается принять в нем участие, достаточно полное представление о конкурсе и его условиях (п. 2 ст. 448 и п. 4 ст. 1057 ГК). Лицо, сделавшее объявление о конкурсе, в дальнейшем может отказаться от его проведения либо изменить объявленные условия конкурса только в установленном законом порядке. Объявление о конкурсе способно породить необходимые последствия для того, кто с ним выступил, только в том случае, если он в качестве ответа на сделанное предложение получит заявку, выражающую желание приглашенного лица (при закрытом конкурсе) либо любого отозвавшегося (при открытом конкурсе), стать участником конкурса.

Соответствующий юридический состав, включающий объявление о конкурсе и заявку, служит основанием возникновения обязательства лица, объявившего конкурс, рассмотреть заявки, полученные от претендентов, и решить вопрос об их допуске к участию в конкурсе. В случае положительного решения правовое положение претендента изменяется: он становится участником конкурса, при отрицательном решении претендент выбывает из конкурса. Затем наступает вторая стадия конкурса, цель которой состоит в осуществлении сравнительной оценки предложений участников конкурса для определения победителя конкурса.

При рассмотрении вопроса об отдельных видах конкурсов юридически значимым признается

прежде всего деление конкурсов на те, которые составляют разновидность торгов, и те, которые таковыми не являются. В свою очередь первый вид конкурсов - конкурсы, представляющие собой торги (конкурсы-торги), - дифференцируется на два подвида, направленных на заключение договоров и на право заключить конкретный договор.

Второй вид конкурсов - публичный конкурс (гл. 57 ГК). Его характерные признаки названы в п. 1 и 2 ст. 1057 ГК, согласно которым лицо, объявившее публично о выплате денежного вознаграждения или выдаче иной награды за лучшее выполнение работы или достижение иных результатов, должно выплатить (выдать) обусловленную награду тому, кто в соответствии с условиями проведения конкурса признан его победителем. Публичный конкурс должен быть направлен на достижение каких-либо общественно полезных целей.

К третьему виду конкурсов относятся конкурсы по отбору участников. Для них также установлен специальный правовой режим. Итогом таких конкурсов может быть определение нескольких победителей, с тем чтобы организатору представилась возможность выбора из них любого для заключения с ним соответствующего договора.

Все названные виды конкурсов детально проанализированы на страницах этой книги, где также предложен вариант оптимального правового регулирования соответствующих правоотношений.

Не секрет, что заключая любой договор, каждая из его сторон возлагает на себя определенный риск, связанный с возможным неисполнением вытекающего из него обязательства. Вместе с тем существует такая категория договоров, для которых распределение риска между сторонами составляет их цель. Речь идет о так называемых рискованных (алеаторных) договорах. К их числу относятся и договоры об играх и пари, специфическая черта которых состоит в том, что по указанным договорам всегда выигрывает одна сторона и проигрывает другая и это зависит от наступления или ненаступления обстоятельства, предусмотренного договором.

Таким образом, по договорам об играх и пари права одной стороны и соответствующие обязанности другой, связанные с выплатой выигрыша, предполагают для своего возникновения помимо заключенного договора и еще один юридический факт - наступление указанного в договоре обстоятельства. Однако это не означает, что договор сам по себе не порождает никаких обязательств. В результате заключения договора у его участников появляется право на участие в розыгрыше, которое само может стать объектом сделки (например, продажа лотерейного билета).

Нельзя не отметить общее негативное отношение законодателя к играм и пари, что нашло выражение в общем законоположении о том, что требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите (ст. 1062 ГК). Однако, как представляется, указанная норма не должна служить препятствием для обращения в суд третьих лиц.

Кроме того, названная норма позволяет сделать вывод о том, что игры и пари все же способны породить определенные обязательства, пусть и не обеспеченные судебной защитой (натуральные обязательства), поэтому их добровольное исполнение следует полагать надлежащим, исключающим возможность обратного требования исполненного.

Вместе с тем в ГК имеется ст. 1063, цель которой состоит в создании специального правового режима для предпринимательской деятельности, выражающейся в организации игр (игорный бизнес), включающего в себя и определенные гарантии для участников (игроков) лотерей, казино и тотализаторов.

В рамках темы о договорах об играх и пари рассматривается известная проблема расчетных форвардных контрактов ("сделок на разницу") и подтверждается ранее высказанная в юридической литературе и поддержанная судебно-арбитражной практикой позиция, согласно которой в силу ст. 1062 ГК такие сделки не подлежат судебной защите вплоть до принятия специального закона, который бы урегулировал совершение подобных сделок на финансовом рынке.

ЗАЕМ

Глава I. ДОГОВОР ЗАЙМА В РИМСКОМ ПРАВЕ И ЗАРУБЕЖНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

1. История развития договора займа в римском праве

Среди исследователей римского права преобладает мнение, что в древнейшем римском праве для целей регулирования займа использовалась сначала формальная сделка пехум, а затем - стипуляция. В частности, в свое время И.А. Покровский подчеркивал, что "в старом цивильном праве заем (денежный) осуществлялся в форме пехум" <*>.

<*> Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 413.

Как отмечал И.Б. Новицкий, сделка пехум сложилась в древнейшую эпоху римской жизни, еще до Законов XII таблиц, которые упоминают об этой форме договоров наряду с манципацией, и представляла собой "сделку, совершавшуюся в форме особого обряда, с помощью куска меди и весов". В древности, когда еще не было чеканной монеты, обряд меди и весов имел "прямой и непосредственный характер: *libripens*, весодержатель, в присутствии пяти свидетелей взвешивал слиток меди и определял, следовательно, какую ценность передавал кредитор должнику; потом, в особой торжественной форме (*mancipatio*) <*> кредитор объявлял должника (получившего слиток) обязанным к платежу" <***>. В более позднее время, когда чеканная монета вошла в употребление, сделка пехум представляла собой "простой обряд, заканчивавшийся по-прежнему торжественной формулой, посредством которой устанавливалось обязательство уплатить определенную денежную сумму. В этой формуле указывалась передаваемая сумма, возратить которую обязывается должник, и всякие дополнительные оговорки, какие стороны желали включить в свой договор" <****>.

<*> Так в оригинале, речь идет о *mancipatio*. - Ред.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Римское частное право" (под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского) включен в информационный банк согласно публикации - Юристь, 2004.

-

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 1996. С. 390 (автор соответствующего раздела - И.Б. Новицкий).

<***> Там же.

Заем, регулируемый формальной сделкой *пехум*, отличался особо суровыми последствиями для должника, не выполнившего обязательство по возврату кредитору суммы займа. В случае, когда должник был не в состоянии расплатиться с кредиторами и при этом никто не брал на себя поручительство за должника, кредитор получал право держать такого должника в оковах в течение 60 дней и за это время трижды выводить его на рынок. Если никто не выкупал должника, кредитор был вправе продать его в рабство или даже убить. Указанные чрезмерно жесткие меры, применяемые к должникам, не исполнившим обязательство по займу в форме *пехум*, существовали в римском праве до IV в. до н.э., когда был издан закон Петелия (326 до н.э.), отменивший право кредитора продавать должника в рабство или убивать его и запретивший заковывать должников <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 390 (автор соответствующего раздела - И.Б. Новицкий). С. 391 - 392.

После закона Петелия заем в форме *пехум*, привлекательность которого для кредиторов состояла именно в жестких мерах, по возможности применяемых к должнику, нарушившему обязательство, стал утрачивать свое значение и выходить из употребления. Все чаще заем стал облекаться в форму стипуляции - устного (вербального) договора (*stipulatio*). Абстрактный характер обязательства, возникающего из стипуляции, при соблюдении порядка заключения сделки, включающего в себя соответствующий вопрос кредитора, совпадающий ответ должника, способность непосредственного восприятия контрагентами друг друга, позволял облекать в эту форму любое обязательственное отношение, в том числе и заемное обязательство. Таким образом, в древнейший период развития римского права для оформления заемных отношений использовались такие формальные сделки, как *пехум* и *stipulatio*.

Вместе с тем, как отмечал И.А. Покровский, форма *пехум* "отталкивала своею строгостью и не годилась для обычных житейских отношений - займа небольшой суммы денег, какого-нибудь количества продуктов и т.д. Такие неформальные, так сказать, соседские займы, несомненно, все-таки всегда заключались, хотя, конечно, в древности исковой силы не имели. С возникновением *stipulatio* их стали часто облекать в эту форму; но все же оставалось в жизни немало случаев, когда и этой формальности не соблюдали" <*>.

<*> Покровский И.А. Указ. соч. С. 413.

О заключении сделок займа, которые не облекались в форму *пехум* и *stipulatio*, говорит также И.Б. Новицкий, который пишет: "За пределами договоров сначала *пехум*, а затем - стипуляции, сделки займа первоначально не имели исковой силы. Но, без сомнения, в практике жизни такие ненормальные сделки займа не могли не встречаться. С этим фактом с течением времени пришлось поспешить... Требования растущей хозяйственной жизни привели к тому, что ненормальные

договоры займа стали также защищаться судебными исками. Так появилась и своя форма займа - *mutuum*, реальный договор, для юридической силы которого не требовалось облекать согласие сторон в какие-либо торжественные формы, а достаточно было лишь передать на основании этого соглашения так называемую валюту займа, т.е. деньги или иные заменимые вещи" <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 393 - 394.

По мнению И.А. Покровского, правовая природа *mutuum* как реального контракта была предопределена тем обстоятельством, что ранее совершенные за пределами *nexum* и *stipulatio* сделки займа как таковые не имели исковой защиты. Но в силу того, что в результате таких сделок одно лицо могло присвоить имущество другого, "римское право уже очень рано начинает давать кредитору гражданский иск о возвращении этого недолжного обогащения... во всяком случае установленные законами *Silia* и *Calpurnia condictio*... охватывали и их. Кредитор, давший займы, был, таким образом, теперь защищен, но защита эта вытекала не из признания договора займа, а из простого факта перехода ценности (*res*) из его рук в другие. Так определилась будущая природа *mutuum*, как контракта реального" <*>.

<*> Покровский И.А. Указ. соч. С. 413.

Данное обстоятельство (защита прав кредитора кондикционным иском) повлияло и на другие аспекты договора займа. В частности, И.А. Покровский пишет: "Обязательство из *mutuum* до конца остается обязательством *stricti iuris* и обязательством строго односторонним: каких-либо встречных претензий... должник при нем предъявлять не может. С другой стороны, и кредитор может требовать только того, что было дано, без всяких дополнительных претензий: убытков, происшедших от несвоевременной уплаты, процентов и т.д." <*>.

<*> Там же. С. 414.

На аналогичные аспекты договора займа указывает и Цезаре Санфилиппо: "Из того, что *condictio* имела характер *stricti iuris*, что приводило к строгому соответствию между *intentio* и *condemnatio*... вытекала невозможность приговорить заемщика к уплате большего количества, чем было им получено, а значит заставить его уплатить проценты. Поэтому заем как таковой представляет собой безвозмездный контракт" <*>.

<*> Санфилиппо Цезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д.В. Дождева. М., 2000. С. 243.

В науке римского права дается в принципе единое определение понятия договора займа

(mutuum). Так, Чезаре Санфилиппо пишет: "Заем представляет собой односторонний контракт... состоящий в передаче собственности на деньги или иные заменимые вещи... от "займодавца" "заемщику", который обязуется вернуть такое же количество вещей того же рода и качества (tantundem)" <*>. В свою очередь И.А. Покровский отмечает: "Юридическая сущность mutuum состоит в том, что одна сторона (кредитор) дает другой (должнику) известное количество денег или других заменимых вещей... в собственность с тем, чтобы в назначенный срок (или по востребованию) кредитору было возвращено такое же количество таких же самых вещей..." <***>.

<*> Там же.

<***> Покровский И.А. Указ. соч. С. 413.

И.Б. Новицкий полагал, что "договору займа (mutuum) присущи следующие характерные признаки: а) mutuum - реальный договор (т.е. получающий юридическую силу лишь с того момента, когда на основании соглашения сторон последовала передача res, вещи), б) состоящий в передаче кредитором в собственность должника, в) известной денежной суммы или известного количества других заменимых вещей, г) с обязательством для должника вернуть кредитору такую же денежную сумму или такое же количество такого же рода вещей, какие были получены. Последний признак (п. "г") отличает договор займа от таких договоров, как commodatum (ссуда - договор о предоставлении безвозмездного пользования вещью) или depositum (поклажа - договор о безвозмездном хранении вещи), поскольку по указанным договорам кредитор имеет право требовать не такую же вещь, какова была переданная им должнику, но именно ту самую, которая была дана, eandem speciem..." <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 394.

Итак, в науке римского права общепризнанно, что договор займа (mutuum) являлся договором реальным, односторонним и безвозмездным. На последнее обстоятельство обращается особое внимание, так как имеется в виду широкое распространение в римском обществе практики взимания процентов по фактически сложившимся отношениям займа. Более того, начиная с Законов XII таблиц в римском праве устанавливался максимальный размер таких процентов. По этому поводу И.А. Покровский замечал: "Как известно, вопрос о предельной норме процентов идет еще от Законов XII таблиц, которые устанавливали maximum в 8 1/3% годовых и карали ростовщиков, foeneratores, штрафом... В 347 г. до Р.Х. неизвестный закон понизил этот maximum вдвое, а через пять лет lex Genucia запретил взимание процентов вовсе. Но этот закон скоро вышел из употребления, и в эпоху Цицерона законной предельной нормой является 12% (usurae centesimae). Эта норма и оставалась в течение всего классического периода, хотя она была значительно выше обычного договорного уровня. Юстиниан законом 528 г. ... понизил эту норму до 6%, однако с известными отступлениями: так, для сопряженного с особым риском заморского займа... Юстиниан установил 12%; торговцы между собой могут брать до 8%; напротив, personae illustres - не более 4%... Наконец, Юстиниан запретил взимание процентов на проценты (так называемый anatocismus) - даже тогда, если кредитор готов был оставить их должнику в виде нового займа" <*>.

<*> Покровский И.А. Указ. соч. С. 416.

Вместе с тем, как отмечается в юридической литературе, данное обстоятельство (фактическое взимание процентов с заемщика) не влияло на безвозмездный характер договора займа. Дело в том, что право кредитора на получение процентов не могло быть установлено договором займа, действительно являвшимся безвозмездным договором. Обязательство должника по уплате процентов обычно предусматривалось отдельным дополнительным соглашением. Так, Цезаре Санфилиппо, не подвергая сомнению безвозмездный характер договора займа, писал: "На практике это обходили, присоединяя к займу дополнительный контракт (*stipulatio usurarum*), объектом которого была именно уплата процентов" <*>. На это же указывал И.А. Покровский: "При *mutuum*, ввиду... правила о том, что кредитор может требовать только того, что было дано, соглашение о процентах должно было выразиться в отдельной *stipulatio usurarum*" <***>.

<*> Цезаре Санфилиппо. Указ. соч. С. 243.

<***> Покровский И.А. Указ. соч. С. 415.

До практики заключения отдельных соглашений о процентах в форме стипуляции существовали и более древние формы процентного займа. Например, И.Б. Новицкий отмечал: "...древнейшая форма процентного займа - *fenus*; например, крестьянину давали займы семена с тем, чтобы он вернул часть урожая, покрывающую не только стоимость данных семян, но и некоторую надбавку, т.е. проценты. К концу республики *fenus* стал выходить из употребления" <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 396.

Подтверждение тому обстоятельству, что безвозмездность составляла существенный признак договора займа (*mutuum*), мы находим и в современной литературе по римскому праву. Например, Д.В. Дождев писал: "Поскольку объем долга точно соответствовал объему полученного от займодавца, заем мог быть только беспроцентным. Лишь в случае просрочки исполнения на долг начислялись проценты. Для назначения процентов (*usurae*) при заключении договора прибегали к специальной стипуляции - *stipulatio usurarum*; в противном случае голое соглашение о процентах - *nudum pactum* - порождало лишь *obligatio naturalis*..." <*>.

<*> Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. М., 1997. С. 499.

Реальный характер договора займа предопределял возникновение из указанного договора одностороннего обязательства заемщика. По этому поводу, например, И.Б. Новицкий указывал: "Займодавец уже при самом заключении договора, так сказать, сделал свое дело, передав в собственность заемщика определенную ценность и установив такой передачей договор. Поэтому из

договора он получает только право требования и не несет более никакой обязанности... Наоборот, заемщик при заключении договора уже получил деньги или иные заменимые вещи и поэтому не имеет права на основании договора требовать чего-либо, а только несет обязанность возврата такой же денежной суммы или такого же количества других заменимых вещей, какое было получено от займодавца" <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 396.

На ситуацию несколько не повлияло то обстоятельство, что договоры займа стали оформляться посредством стипуляции, "которая то предшествовала реальной передаче, то ее сопровождала; в обоих случаях признается возникшим только одно обстоятельство, а не два; если кто-нибудь дал деньги займа без стипуляции и непосредственно вслед за этим совершил стипуляцию, возникает один договор (*unus contractus est*); то же самое придется сказать и о том случае, если сначала совершена стипуляция, а вслед за тем отсчитаны деньги..." <*>.

<*> Там же. С. 397.

В реальном и одностороннем характере договора займа, а также в его особой письменной форме мы находим исторические корни специфических правоотношений, связанных с оспариванием займа по его безвалютности (безденежности). Так, И.А. Покровский отмечал: "В период империи и по отношению к *mutuum* распространился обычай письменных документов: для лучшего доказательства факта займа составлялась письменная *cautio*" <*>. И.Б. Новицкий указывал: "Под влиянием греческого права вошли в практику Рима специальные документы - хинографы (расписки)... Составление такого документа, представлявшего собой расписку должника (заемщика) в получении денежной суммы или иной валюты займа, облегчало для кредитора лежавшее на его обязанности доказывание факта передачи валюты займа, а следовательно, и доказывание права требовать от должника возврата занятой суммы. Обеспечительный характер расписки... объясняет другое название, которое имел такой документ: *cautio creditae pecuniae* (документ, обеспечивавший доказательство передачи денег займа)" <***>.

<*> Покровский И.А. Указ. соч. С. 414.

<***> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 397.

Практика составления письменного документа - расписки, в которой должник удостоверял факт получения займа, создавала условия для недобросовестного кредитора (сильной стороны в договоре займа), при которых последний, не предоставив заемщику сумму займа, но располагая его распиской, мог потребовать уплаты несуществующего долга. При таких обстоятельствах возникала необходимость наделения должника (добросовестного заемщика, не получившего обещанного займа)

какими-либо средствами защиты от подобных действий недобросовестного кредитора.

В этих целях на случай предъявления иска о взыскании с заемщика несуществующего долга "должнику стали давать *exertio doli*, т.е. он мог сослаться против иска кредитора на то, что в действиях кредитора, не передававшего должнику валюты и тем не менее требующего от него платежа занятой суммы, опираясь на формальный момент - подписание должником документа о получении валюты, - заключается самая тяжкая недобросовестность - *dolus*... Трудность доказывания отрицательного факта до крайности умаляла практическое значение этих мер защиты интересов должника. В этом отношении дело приняло более благоприятный для должника оборот только позднее (в III в. н.э.), когда *onus probandi* (бремя доказательства) переложено было на кредитора: если должник заявлял против иска кредитора *exertio pop numeratae pecuniae*, на истца возлагалась обязанность доказать факт платежа валюты. Таким образом, была допущена возможность опротестования в течение известного срока содержащегося в расписке признания должника в получении валюты, для чего достаточно было лицу, выдавшему расписку, заявить, что оно валюты не получало..." <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 399 - 400.

В науке римского права обычно выделяют два вида займов в силу наличия специального регулирования соответствующих правоотношений: морской заем (*foenus nauticum*) и денежные займы подвластным детям (*fili familias*).

Сущность морского займа состояла в том, что такой заем выдавался для мореходных и торговых целей на определенных условиях, "при которых обязательство заемщика ставится в зависимость от счастливого исхода плавания и в качестве компенсации за такой риск могут быть согласованы повышенные проценты" <*>.

<*> Санфилиппо Чезаре. Указ. соч. С. 243.

И.Б. Новицкий, определяя наиболее существенные черты морского займа, подчеркивал, что "заемщик принимает на себя обязательство вернуть занятую сумму лишь при условии, если корабль благополучно дойдет до места назначения. Таким образом, риск случайной гибели данной валюты несет займодавец; то же самое признается и в отношении закупленных на эту валюту товаров... Лежащий на кредиторе (займодавце) риск компенсировался тем, что заем в данном случае не только является процентным, но проценты сначала не подлежали ограничению, а со времени Юстиниана, по-видимому, допускались в размере до 12 процентов, как своего рода страховая премия за время путешествия..." <*>.

<*> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 403.

Специфика договора морского займа позволила Д.В. Дождеву сделать весьма серьезное (и смелое) предположение, что указанный договор "представляет собой своеобразную *societas unius rei (negotii)* - совместное предприятие ради достижения общей коммерческой цели". При этом его не смущает признание данного договора разновидностью займа, а не совместной деятельностью. "Классификация *foenus nauticum* по модели *mutuum*, очевидно, связана с реальной структурой контракта и односторонним характером обязательства. С этой точки зрения требование кредитора оказывается обусловленным успехом предприятия, а увеличение ответственности должника - следствием распределения риска, так что высокие проценты по займу имплицированы в структуре договора и специальной стипуляции о процентах не требуется" <*>.

<*> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 500 - 501.

Что касается второй разновидности займов - денежных займов подвластным детям (*fili familias*), т.е. займов, "при которых обязательство вернуть могло вступить в силу, лишь когда заемщик сделался бы лицом *sui juris*" <*>, то предоставление такого займа было запрещено под страхом его ничтожности не только по чисто техническим причинам (недееспособность заемщика), но также и по соображениям нравственности <***>. Введению этого запрета предшествовали конкретные исторические события. И.А. Покровский описывает их следующим образом: "В конце республики - начале империи всесторонняя общественная деморализация выразилась, между прочим, и в том, что так называемая "золотая молодежь" того времени, сыновья зажиточных родителей, часто прибегали к займам у различных замаскированных ростовщиков с тем, что уплата будет произведена после смерти *paterfamilias* и получения наследства. Условия займа были при этом, конечно, самые тяжелые. Зло это приобрело такое распространение, что... произошло событие, которое глубоко взволновало общественное мнение: один из таких задолжавшихся... сыновей, теснимый кредиторами, убил своего отца. Под впечатлением этого убийства состоялось сенатское постановление, получившее впоследствии от имени убийцы - Macedo - название *senatusconsultum Macedonianum*. Это сенатское постановление гласит, что заем подвластному сыну (без согласия отца) никогда, даже после смерти *paterfamilias*, не может дать кредитору иска... Однако добровольная уплата сыном рассматривается как уплата долга, и, таким образом, *senatusconsultum Macedonianum* оставляет обязательство сына в виде *obligatio naturalis*" <***>.

<*> Санфилиппо Чезаре. Указ. соч. С. 243.

<***> Там же.

<***> Покровский И.А. Указ. соч. С. 414 - 415.

2. Договор займа в зарубежном законодательстве

Несмотря на то что в римском праве договоры займа (*mutuum*) и ссуды (*commodatum*) традиционно рассматривались в качестве самостоятельных договоров, при первых кодификациях гражданского права в Западной Европе они были объединены в единый договор. В связи с этим, например, Е.А. Васильев отмечает: "В период развития и становления капиталистических отношений

в праве развитие регулирования двух указанных видов договоров первоначально пошло по пути обобщения договоров займа и ссуды в одну правовую категорию - договор займа и признание договора ссуды разновидностью займа. Так, ст. 1874 ФГК говорит, что имеются два вида займа: заем вещей, которыми можно пользоваться без их уничтожения, называемый займом для пользования... или ссудой... и заем вещей, которые потребляются путем пользования. Последний вид соглашения называется потребительским займом... или просто займом. Вместе с тем ФГК устанавливает совершенно самостоятельное регулирование для указанных видов соглашений. Этой же традиции следуют страны, гражданское право которых испытало на себе существенное влияние ФГК" <*>.

<*> Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1992. С. 410 - 411 (автор главы - Е.А. Васильев).

Однако в более поздних кодификациях гражданского права, проводившихся в Западной Европе (например, в Германии, Швейцарии), обнаруживается приверженность к подходам, выработанным римским правом: договор займа вновь рассматривается в качестве самостоятельного договора, отличного от договора ссуды, который также получает статус *sui generis*.

В Германском гражданском уложении, к примеру, в седьмом разделе "Отдельные виды обязательств" второй книги "Обязательственное право" мы находим самостоятельные главы, посвященные каждому из названных договоров: договору ссуды (глава четвертая) и договору займа (глава пятая) <*>, в которых содержатся нормы, определяющие существо этих двух самостоятельных договоров.

<*> См.: Германское право. Ч. 1: Гражданское уложение / Пер. с нем.; Сер.: Современное зарубежное и международное частное право. М., 1996. С. 141 - 144.

В соответствии с § 598 ГГУ по договору ссуды ссудодатель обязуется представить ссудополучателю вещь в безвозмездное пользование. Ссудополучатель не может использовать полученную вещь по иному назначению, кроме установленного в договоре; он также не имеет права без разрешения ссудодателя передать вещь в пользование третьему лицу. Ссудодатель обязан возвратить переданную в безвозмездное пользование вещь по истечении срока действия договора ссуды (§ 603 и 604 ГГУ).

Сущность обязательства, вытекающего из договора займа, определяется следующим образом: лицо, получившее займы деньги или иные заменимые вещи, обязано возвратить займодавцу полученное вещами того же рода, качества и количества (п. 1 § 607 ГГУ). Если по займу установлены проценты, то при отсутствии иного соглашения они должны выплачиваться по истечении каждого года, а если заем должен быть возвращен до истечения года, то при возврате (§ 608). В случаях, когда срок возврата займа не установлен, он определяется по заявлению должника или кредитора о расторжении договора. При этом предупреждение о расторжении договора займа на сумму свыше 300 немецких марок должно быть сделано за три месяца, при меньшей сумме - за один месяц (п. п. 1 и 2 § 609 ГГУ).

В текстах приведенных правил, содержащихся в ГГУ и предназначенных для регулирования

договоров ссуды и займа, усматриваются следующие различия между этими самостоятельными гражданско-правовыми договорами.

Во-первых, в качестве объекта договора займа выступают деньги и иные заменимые вещи; объектом договора ссуды является индивидуально-определенная вещь, не утрачивающая своих полезных свойств в процессе использования.

Во-вторых, по договору ссуды вещь передается лишь в пользование ссудополучателю; деньги или иные заменимые вещи, передаваемые заемщику по договору займа, поступают в собственность заемщика.

В-третьих, в отличие от обязательства ссудополучателя, который обязан по истечении срока действия договора ссуды возвратить ссудодателю ту же вещь, которая передавалась ему в пользование, обязательство заемщика по договору займа состоит в возврате (вернее, передаче) займодавцу той же суммы денег или вещей того же рода, качества и количества, что и были получены от него.

В-четвертых, отличительной чертой договора ссуды является его безвозмездность, в то время как заемщик по договору займа может быть обязан договором уплачивать соответствующие проценты <*>.

<*> Аналогичным образом договоры ссуды и займа регулируются действующим Гражданским кодексом Российской Федерации, поэтому отмеченные отличия между указанными договорами по ГГУ могут служить критериями разграничения договоров ссуды и займа и по российскому ГК.

Следует отметить также, что в ГГУ не выделяются отдельные виды договора займа (и в частности, кредитный договор): можно обнаружить лишь некоторую дифференциацию отдельных правоотношений в рамках общего правового регулирования договора займа, касающихся, в частности, расторжения договора займа. Так, по беспроцентному займу должник вправе возвратить заем без соблюдения срока заявления о расторжении договора (соответственно три месяца и один месяц), т.е. в любой момент по своему усмотрению досрочно возвратить сумму займа (п. 3 § 609 ГГУ).

Договор займа, предусматривающий твердую процентную ставку, может быть расторгнут должником при соблюдении следующих условий: 1) если обязательство по выплате процентов прекращается до истечения срока, установленного для возврата суммы займа, и не заключается нового соглашения о процентной ставке, при условии соблюдения срока расторжения договора не ранее одного месяца со дня, когда прекращается обязательство по выплате процентов; если согласована выплата процентной ставки в определенные промежутки времени на период менее одного года, то должник может расторгнуть договор займа соответственно не ранее одного месяца со дня, когда прекращается обязательство по выплате процентов; 2) если заем предоставляется физическому лицу и не обеспечивается залоговым правом на земельный участок или на судно, то по истечении шести месяцев после получения займа в полном объеме, при условии соблюдения срока предупреждения о расторжении за три месяца; это правило не действует, если заем в полной сумме или преобладающей его части был предоставлен для осуществления ремесленной или профессиональной деятельности; 3) в любом случае по истечении десяти лет после получения займа в полном объеме, при условии соблюдения срока предупреждения о расторжении за шесть месяцев;

если после получения займа будет заключено новое соглашение о сроке возврата суммы займа при выплате процентов, то момент заключения данного соглашения указывается вместо момента возврата займа. При этом в первых двух случаях расторжение договора займа должником считается несостоявшимся, если он не выплатит сумму займа в течение двух недель после расторжения договора займа. Договор займа с изменяемой процентной ставкой может быть расторгнут должником в любой момент при условии соблюдения срока предупреждения о расторжении договора за три месяца (§ 609 ГГУ).

В ГГУ предусмотрена возможность новации долга, возникшего из любого обязательства, предметом которого являются уплата денег или передача заменимых вещей в заемное обязательство. Указанная возможность выражена правилом о том, что лицо, которое должно деньги или иные заменимые вещи на ином основании, может договориться с кредитором, чтобы деньги или вещи считались предметом договора займа (п. 2 § 607).

Нельзя не обратить внимание на правило об отзыве обещания займа, согласно которому лицо, обещавшее предоставить заем, может при наличии сомнений отказаться от данного обещания в том случае, если имущественное положение другой стороны значительно ухудшится, вследствие чего удовлетворение требования о возврате займа окажется под угрозой (§ 610 ГГУ). Данное правило свидетельствует о том, что в отличие от сложившихся в эпоху римского права традиционных представлений о договоре займа как об исключительно реальном договоре германское право при определении общего понятия договора займа, исходя из его реального характера, все же допускает и консенсуальную модель договора займа - договор обещания займа.

Указанное обстоятельство не является отличительной чертой только германского гражданского права. Как отмечается в юридической литературе, в целом для законодательств европейских стран характерно отношение к договору займа как к договору реальному при том условии, что стороны могут сконструировать конкретный договор займа по модели консенсуального договора, предусмотрев обязанность займодавца предоставить заем заемщику (заем по соглашению). Более того, право Швейцарии по общему правилу исходит из консенсуального характера договора займа, поскольку предусматривает, что договор займа обязывает займодавца передать другому лицу право собственности на известную сумму денег или других заменимых вещей, а заемщика - возвратить такое же количество вещей такого же рода и качества (ст. 312 Швейцарского обязательственного закона) <*>.

<*> См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. С. 412.

Необходимо отметить, что в ходе последних европейских кодификаций гражданского законодательства обнаружилось, что до настоящего времени не преодолена идея обобщения договора займа и ссуды в одну правовую категорию и конструирования договора займа как родового понятия по отношению к этим двум договорам, как это недавно утверждалось в юридической литературе <*>.

<*> См.: Там же. С. 411.

Именно с этих позиций подошли к формулированию правил о договоре займа разработчики

Гражданского кодекса канадской провинции Квебек, вступившего в силу с 1 января 1994 г. <*>. Согласно этому Гражданскому кодексу (ст. ст. 2312 - 2316) существует два вида займа: заем для пользования и простой заем. Займом для пользования является безвозмездный договор, по которому одно лицо, займодавец, передает имущество другому лицу, заемщику, для его использования последним с обязательством с его стороны возвратить это имущество по истечении определенного срока. Простым займом является договор, по которому займодавец передает определенное количество денег или иного имущества, потребляемого в процессе его использования, заемщику, который обязуется возвратить займодавцу такое же количество денег или имущества того же рода и качества по истечении определенного срока. Общим для обоих видов договора займа является правило, в соответствии с которым обещание дать займы наделяет лицо, в пользу которого сделано такое обещание, при его неисполнении лицом, давшим обещание, лишь правом требовать с последнего возмещения убытков.

<*> См.: Гражданский кодекс Квебека. М.: Статут, 1999 (Сер.: Современное зарубежное и международное частное право).

Определение договора займа для пользования и содержащиеся в Гражданском кодексе Квебека правила, направленные на регулирование этого договора (ст. ст. 2317 - 2326), бесспорно, свидетельствуют о том, что на самом деле речь идет о договоре безвозмездного пользования имуществом (договоре ссуды).

Что касается второго вида договора займа - договора простого займа, то этот договор согласно традиционным представлениям по сути и является договором займа. Данное обстоятельство подтверждается и теми нормами Гражданского кодекса Квебека, которыми регулируется обязательство по договору простого займа (ст. ст. 2327 - 2332). В частности, в силу простого займа заемщик становится собственником передаваемого займа имущества и несет риск его гибели с того момента, когда оно передано ему. Займодавец отвечает за любой вред, возникший вследствие недостатков передаваемого займа имущества. Заемщик обязан возвратить такое же количество имущества того же рода и качества, что и получил, и ничего сверх того, несмотря на увеличение или снижение его цены. В случае займа денежной суммы заемщик обязан возвратить лишь полученную им номинальную сумму, несмотря на какие-либо изменения стоимости денежной единицы; заем денежной суммы влечет начисление процентов с момента передачи денег заемщику. Расписка в получении денежной суммы означает и расписку в получении процентов на нее.

Особый интерес вызывает норма, содержащаяся в ст. 2332 Гражданского кодекса Квебека, которая наделяет суд, рассматривающий споры, вытекающие из договора займа, чрезвычайно широкими полномочиями. Согласно указанной норме в случае займа денежной суммы суд может признать договор недействительным, вынести решение об уменьшении обязательств по договору или пересмотреть условия исполнения обязательств в той мере, в какой он установит, что с учетом рисков и всех сопутствующих обстоятельств одна из сторон несет убытки. Видимо, здесь сказалось влияние системы англо-американского права, испытывающей особое доверие к судебной власти.

Кстати, в праве Англии и США также используется категория "заем вещей для пользования" (loan for use) как родовое понятие, включающее и договор денежного займа (loan of money) <*>.

Глава II. РАЗВИТИЕ ДОГОВОРА ЗАЙМА В ОТЕЧЕСТВЕННОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

1. Договор займа по российскому дореволюционному гражданскому праву

Понятие, признаки и содержание договора займа

В российском дореволюционном законодательстве отсутствовало легальное определение договора займа. В юридической же литературе того периода имелись различные представления о правовой природе договора займа, его квалификации и отличительных признаках. Например, Д.И. Мейер определял договор займа следующим образом: "Заем представляет собой такое соглашение воли двух лиц, по которому одно, веритель или займодавец, обязывается безвозмездно или за известное вознаграждение предоставить другому в собственность какой-либо предмет, определяемый не индивидуально, а мерой, весом или счетом; а другое лицо, должник или заемщик, в известный срок - возратить ему такой же предмет, не тот же самый, а того же качества и в том же количестве" <*>.

<*> Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. / По испр. и доп. 8-му изд. 1902 г. 2-е изд., испр. М., 2000. С. 598.

Из приведенного определения Д.И. Мейера видно, что он квалифицировал договор займа в качестве консенсуального и двустороннего договора (вопреки, кстати, действовавшему тогда законодательству, которое рассматривало договор займа как реальный договор, порождающий одностороннее обязательство). По его мнению, не было никаких препятствий для заключения договора займа с условием о том, что "одно лицо обязывается дать в заем другому такую-то денежную сумму, а другое лицо обязывается возратить ее тогда-то". И в этом случае "займодавец вправе требовать от займодавца передачи себе занятой суммы. И заключенный таким образом договор... - указывал Д.И. Мейер, - не будет находиться к займу в таком же отношении, как запродажа к купле-продаже, а будет самым договором займа... хотя, конечно, может быть заключен и такой договор, который действительно будет договором о будущем заключении займа..." <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 599.

Использование в законодательстве и на практике исключительно реальной модели договора займа Д.И. Мейер объяснял только тем обстоятельством, что законодательство определяло в качестве письменной формы договора займа заемное письмо; "форма же заемного письма такая: "Занял я, - говорит должник, - у такого-то такую-то сумму денег, которую и обязуюсь возратить тогда-то". Так что в заемном письме только и говорится об обязательстве должника, о возвращении суммы, а не об обязательстве займодавца" <*>. Причиной появления именно такой формы заемного письма Д.И.

Мейер считал то обстоятельство, что в реальной жизни в подавляющем большинстве случаев обязательство займодавца исполнялось уже при самом заключении договора займа. "Тем не менее, однако же, - писал Д.И. Мейер, - данная форма заемного письма видоизменяет первоначальную характеристику договора. Настоящая же форма займа должна быть такая: "Такие-то лица, А и В, заключают договор, по которому А обязывается выдать В такое-то имущество, а В обязывается тогда-то возвратить это имущество, т.е. имущество такого же качества и в том же количестве". При такой форме и займодавец являлся бы лицом обязанным, тогда как при существующей форме лицом обязанным является только должник" <*>.

<*> Там же.

<*> Там же.

К.П. Победоносцев, напротив, подчеркивал, что "в займе предполагается передача денежной суммы от займодавца должнику. Сущность займа состоит в возвращении взятого в заем, стало быть, обязательство отдать обратно существует под условием предварительной передачи. Правда, возможно, независимо от заемного обязательства, обязательство о заключении займа... Это будет договор особого рода, но не заем, и на основании его нельзя требовать взыскания... с того, кто не представил в срок денег для займа или не выдал в срок заемного письма; можно будет разве требовать вознаграждения за нарушение обязательства, т.е. за убыток, если он произошел непосредственно от несбывшегося расчета на исполнение" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. СПб., 1890. С. 334.

Еще более категорично выразил свою позицию относительно понятия договора займа и его правовой квалификации Г.Ф. Шершеневич, который определял договор займа следующим образом: "Займом называется договор, в силу которого одно лицо обязывается возвратить взятые у другого в собственность заменимые вещи в том же количестве и того же качества" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. 9-е изд. М., 1911. С. 481.

Г.Ф. Шершеневич утверждал: "Заем представляет собой односторонний договор: в нем лишь одна сторона обязывается к совершению действия - к возвращению взятого, тогда как другая сторона имеет только право, потому что она совершила действие одновременно с совершением договора, передала известную сумму денег или других заменимых вещей. Поэтому следует признать неправильным взгляд Мейера на заем как на договор двусторонний, в силу которого одно лицо обязывается передать заменимые вещи, а другое возвратить равную ценность. Такое соглашение, если бы оно и встретилось в действительности, было бы не договором займа, а предварительным договором о совершении в будущем займа" <*>.

<*> Там же. С. 482.

В проекте Гражданского уложения, который, как известно, был представлен в 1913 г. на рассмотрение Государственной Думы, содержалось следующее определение договора займа: "По договору займа займодавец передает в собственность заемщику за вознаграждение (рост, проценты) или безвозмездно определенную сумму денег, причем заемщик обязуется возвратить займодавцу в назначенный договором срок или по востребованию займодавца равную сумму денег. Предметом займа могут быть, кроме денег, и иные заменимые вещи, в том числе произведения земли. К этому займу соответственно применяются правила о займе денег (ст. 1884 проекта ГУ)" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Т. 2 / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 453.

В материалах Редакционной комиссии специально подчеркивается, что для заключения договора займа недостаточно одного соглашения сторон, "но необходима действительная передача одной стороной другой предмета займа" <*>. Следовательно, при подготовке проекта Гражданского уложения исходили из того, что договор займа представляет собой реальный договор, порождающий одностороннее обязательство: заемщик обязан возвратить полученную сумму (иное имущество) займодавцу, а последний имеет лишь право требовать от заемщика исполнения указанной обязанности.

<*> Там же.

Вместе с тем проектом ГУ была воспринята также конструкция предварительного договора займа ("обязательство дать займы"), о чем свидетельствует включение в проект ст. ст. 1898 и 1899, направленных исключительно на регулирование правоотношений, вытекающих из такого договора. Согласно первой из них обязательство дать займы, установленное в предварительном договоре, теряет силу, если впоследствии наступили или впервые сделались известными лицу, обязавшемуся дать займы, обстоятельства, столь значительно ухудшающие имущественное положение другой стороны, что возникает опасность потерять всю сумму, предназначенную к отдаче займы, или часть ее, предварительный договор о займе должен быть удостоверен на письме, независимо от суммы займа.

В соответствии с другой статьей обязавшийся дать займы в случае неисполнения им обязательства должен вознаградить другую сторону за понесенные ею убытки. Тот, кому обещан заем, отвечает за убытки, происшедшие вследствие отказа его от займа лишь в том случае, когда по займу условлены проценты. При этом иск о вознаграждении погашается трехмесячной давностью, исчисляемой со дня, назначенного для исполнения предварительного договора о займе.

В материалах Редакционной комиссии появление в проекте ГУ указанных норм, касающихся предварительного договора о займе, объяснялось следующим образом. Обещание предоставить заем представляет собой соглашение о заключении в будущем договора займа (предварительный договор), которое не может быть отнесено к общим постановлениям договорного права, в частности, обещание

передачи и принятия денег или имущества не подчиняется общим для всех договоров правилам. Для принявшего обещание безвозмездного займа не возникает обязательства принять в будущем предмет займа; он вправе на общем основании отказаться от выгоды, предоставленной ему таким обещанием. Но если принято обещание по процентному займу, то отказ от него нарушает право другой стороны (займодавца) на получение процентов и должен повлечь за собой имущественную ответственность лица, принявшего обещание.

Облечение обещания займа и принятия этого обещания в письменную форму должно рассматриваться не как существенная принадлежность этого соглашения, а как средство его удостоверения применительно к тому значению, которое придается заемным письмам. Всякое письменное изложение обещания займа и его принятия, например переписка сторон по этому поводу, достаточно для доказательства наличия правоотношения, связанного с обещанием займа. Однако в случае, когда речь идет об обещании процентного займа, необходимо, чтобы сторона, которой дано такое обещание, выразила в письменной форме свое согласие его принять, поскольку обязательство принять в заем соответствующую сумму должно утверждаться письменно, а не словесным принятием сказанного обещания; в противном случае положение сторон не будет равноправным.

Изменение обстоятельств, хотя бы настолько существенное, что стороны, если бы они это предвидели, не заключили бы договор, не служит по общему правилу основанием для отмены договора. Это правило применяется и к предварительным договорам. И только в двух случаях применительно к началам договорного права участник предварительного соглашения вправе отказаться от заключения окончательной сделки: 1) когда противная сторона была недобросовестной, например утаила от контрагента свое неплатежеспособное состояние; 2) когда после заключения предварительного договора для одной из сторон стало невозможным принять на себя все обещанные обязательства.

Передача имущества займа более рискованна, нежели передача по многим иным основаниям, так как передаваемый заемщику в его распоряжение предмет займа смешивается с остальным его имуществом и, таким образом, займодавец должен полагаться лишь на состоятельность должника. Всякое изменение в имущественном положении должника и даже изменение личных обстоятельств, влияющих на увеличение или уменьшение его кредитоспособности, отражается на надежности долгового требования займодавца. Поэтому обещание займа всегда дается в том предположении, что ко времени, назначенному для его исполнения, имущественная состоятельность принявшего обещание не уменьшится настолько, чтобы для займодавца могло возникнуть серьезное опасение потери предназначенного к передаче заемщику имущества. Остается открытым лишь вопрос о том, какое изменение в имущественном положении стороны, получившей обещание займа, может быть принято в качестве основания для отмены предварительного договора о займе. Определенность закона в этом отношении необходима, поскольку слишком широкое допущение этого повода отмены сделало бы сомнительной обязательность обещания займа вообще. В проекте ГУ признано необходимым в целях ограждения интересов лица, обещавшего дать деньги займа, освободить его от этого обещания в том случае, когда ко времени исполнения обещания имущественное положение другой стороны настолько ухудшится, что возвращение занятого предмета будет сомнительным.

Предварительный договор о займе независимо от суммы всегда должен быть удостоверен письменно во избежание неопределенности отношений между договаривающимися сторонами, столь возможной, когда между предварительным и окончательным договорами проходит некоторое время.

При формулировании в проекте ГУ специального правила о последствиях неисполнения предварительного договора о займе (в виде ответственности в форме возмещения убытков)

принимались во внимание следующие обстоятельства.

Предварительное соглашение о займе порождает для стороны, обещавшей дать займы, обязательство своевременной передачи предмета займа другой стороне. Но если это обязательство не было исполнено, если добровольная передача в назначенное время не состоялась, то возникает вопрос: подлежит ли обязательство принудительному исполнению или оно превращается в обязательство возместить убытки?

Отвечая на этот вопрос, Редакционная комиссия остановила свой выбор на традиционных положениях римского права, которое исходило из того, что если обещавший дать займы откажется потом от исполнения своего обещания, то он обязан возместить другой стороне все вызванные этим убытки. "Взгляд римского права на существо и последствия соглашения об отдаче в заем... - заключает Комиссия, - представляется как с юридической, так и с практической точки зрения более правильным. Усвоение его законодательством внесет ясность и определенность в отношения первостепенной важности для промышленных и торговых классов общества. Зная, что обещание займа служит основанием, по закону, лишь для иска о возмещении убытков, причиненных его неисполнением, принимающий таковое может, посредством включения в договор о будущем займе условия о неустойке, облегчить себе взыскание вознаграждения, не пускаясь в удостоверение размера убытков, и вместе с тем угрозой взыскания неустойки косвенно понудить к добровольному исполнению обещания, иногда успешнее, нежели посредством иска о понудительной передаче, в расчете на который он нередко мог бы обмануться" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 466.

Что касается обязательства принять деньги или иное передаваемое (обещанное) имущество в заем, возникающего только в случае обещания процентного займа, то оно рассматривалось Комиссией как состоящее *in faciendo*, и поэтому в случае его неисполнения речь могла идти лишь о взыскании с виновной стороны причиненных убытков.

Включение в проект ГУ (ст. 1899) нормы о сокращенном (трехмесячном) сроке исковой давности для предъявления требований, вытекающих из неисполнения предварительного договора о займе, объяснялось тем, что из свойства предварительных договоров вытекает необходимость стремиться к тому, чтобы последствия их для сторон окончательно выяснились в непродолжительное время. Поэтому для исков об исполнении обязательств, принимаемых сторонами по таким договорам, обычно назначалась краткая давность. "Иски о вознаграждении в случае неисполнения, - сказано в материалах Редакционной комиссии, - должны равным образом подлежать краткой давности, ибо размер вреда и убытка, причиняемых непредставлением обещанного займа, а также размер вреда, возникающего вследствие отказа принять процентный заем, тем легче и правильнее может быть установлен, чем скорее возбуждается о том спорное производство" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 466.

Итак, несмотря на различие взглядов российских правоведов на правовую природу договора займа, Редакционная комиссия при подготовке проекта ГУ предпочла остаться на классических

позициях римского права: договор займа в проекте ГУ конструировался в качестве реального договора, порождающего одностороннее обязательство на стороне заемщика. Что касается соглашения об обязанности предоставить заем, то оно квалифицировалось как предварительный договор, устанавливающий обязательство сторон заключить договор займа, и подлежало отдельному (специальному) регулированию.

Таким образом, реальный и односторонний характер договора займа признавался отличительной чертой (признаком) данного договора. К числу иных необходимых признаков договора займа относили также особенность предмета этого договора, а именно то обстоятельство, что заемщику передавались деньги или иные заменимые вещи с условием об обязанности последнего возвратить займодавцу такую же сумму денег или такое же количество аналогичных вещей.

Относительно того, что предметом договора займа может служить передача (и последующий возврат) лишь заменимых вещей (включая деньги), в юридической литературе того времени не возникало никаких разногласий. Определенные расхождения во мнениях наблюдались лишь по вопросу о том, допускало ли действовавшее тогда законодательство передачу в заем иных заменимых вещей (кроме денег) или ограничивалось лишь допуском займа денег. Например, К.П. Победоносцев писал: "Закон называет предметом займа вещи, потребляемые в количестве... Сюда относятся, напр., зерновой хлеб, вино, масло, сукно, полотно и т.п., наконец, и в особенности деньги. Русский закон упоминает в займе исключительно о деньгах" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 333.

Г.Ф. Шершеневич же указывал: "Основание обязательства, вытекающего из займа, заключается в передаче заменимых вещей. Наша практика и г. Победоносцев держатся того взгляда, что занимаемы могут быть только деньги... Однако совершаемые почти ежедневно в деревне заимствования муки, овса, меду и т.п. припасов, а в торговом быту бумаг на предъявителя подходят под понятие займа не только с теоретической точки зрения, но и по взгляду нашего законодательства" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 482.

В материалах Редакционной комиссии по этому поводу сказано, что действительно положения действовавшего тогда законодательства "имеют в виду исключительно денежный заем, но они положительно не ограничивают понятия займа одними деньгами и даже упоминают... о других заменимых вещах, как предметах договора займа..." <*>. Что же касается самого проекта ГУ, то, как уже отмечалось ранее, он включал в себя норму о том, что предметом займа могут быть, кроме денег, и иные заменимые вещи, в том числе произведения земли, и что к таким правоотношениям подлежат применению правила о займе денег (ч. 2 ст. 1884).

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 453.

Необходимость ограничения предмета займа только заменимыми вещами Редакционная комиссия объясняла тем, что хозяйственное значение займа состоит в потреблении заемщиком переданной ему займодавцем вещи, а поскольку потребление вещи составляет принадлежность права собственности на вещь, то для возникновения займа необходимо, чтобы заемщик получил ее в собственность. "Предметом займа кроме денег, - подчеркивала Комиссия, - могут быть весьма разнородные вещи... но все они должны отличаться одним общим свойством - заменимостью, так как с актом передачи только такого рода вещей возможен переход права собственности на них, без чего не может быть достигнута и самая цель займа - потребление занятой вещи" <*>. Кстати, Комиссия была против включения в проект ГУ каких-либо положений о том, какие вещи считаются заменимыми, поскольку пришла к следующему выводу: "Заменимость, как исключительно юридическое свойство вещей, определяется в отношениях договорных волею сторон, которые, следовательно, могут признать всякую вещь заменимой, если только она не единственная в своем роде - одни лишь недвижимости безусловно незаменимы" <***>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 453.

<***> Там же. С. 454.

Вместе с тем представление о предмете договора займа не ограничивалось лишь непосредственной передачей займодавцем заемщику определенной денежной суммы или количества заменимых вещей. Основанием возникновения займа признавались также и некоторые действия кредитора, в результате которых на стороне должника появлялось заемное обязательство. Так, у К.П. Победоносцева по этому поводу мы находим следующие рассуждения: "Понятие о передаче ценности расширяется тем, что, вместо нее, допускается при заключении займа просто обмен или зачет ценности, образовавшейся из прежних отношений, признание предшествующего долга. Так, например, когда при взаимных расчетах двух лиц... оказывается, что для уравнивания отношений одно лицо должно уплатить другому известную сумму, то вместо наличного платежа последний делает первому кредит, а первый, признавая себя должником, дает этому признанию вид заемного обязательства: таким образом, неопределенное требование превращается в определенное числом, мерою и сроком, обязательство, или прежнее обязательство получает другую, более определенную, по согласию сторон, форму (обновление). Так или иначе, в основании займа лежит передача или зачет валюты. Итак, возможна и употребительна выдача заемного письма за переданные в наличности вещи, товары, изделия и т.п., однако, целью сделки и в этом случае предполагается кредит, т.е. зачисление в долг ценности переданных вещей" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 334 - 335.

Аналогичный подход можно обнаружить и у Д.И. Мейера, который отмечал, что "форма займа, заемное письмо, служит нередко и для других долговых обязательств, возникающих независимо от займа. Само законодательство, имея в виду, что форма договора займа не всегда соответствует существу юридического отношения между верителем и должником, допускает выдачу заемного письма и независимо от займа - вследствие другого долгового обязательства, существующего между лицами. Например, законодательство допускает выдачу заемного письма вместо платы по счету, хотя

долг по счету указывает не на то, что должник занял у верителя такую-то сумму, а на то, что должник забрал у верителя товаров на такую-то сумму... Во всех подобных случаях, хотя займа на деле и не было, выдача заемного письма признается, однако же, законной, потому что все-таки есть долговое обязательство, по поводу которого выдано заемное письмо, - обязательство, соответствующее займу" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 605 - 606.

В текст проекта ГУ была включена норма, согласно которой правила о займе применяются и к тому случаю, когда акт займа выдан в удостоверение долга, проистекающего из продажи, найма или иного основания (ст. 1886). По мнению Редакционной комиссии, целью данной нормы явилась необходимость разрешения вопроса о последствиях облечения в форму займа других договорных отношений. В отличие от действовавшего тогда законодательства, которое связывало возникновение в подобных случаях заемного обязательства исключительно с оформлением заемных писем как особой формы договора займа, в ст. 1886 проекта ГУ указывалось, что о наличии правоотношений займа может свидетельствовать любое письменное удостоверение указанного обстоятельства.

Несколько удивляет тот факт, что ни у К.П. Победоносцева, ни у Д.И. Мейера, ни в материалах Редакционной комиссии мы не находим каких-либо рассуждений относительно судьбы прежнего договорного обязательства, из которого возник долг, преобразованный впоследствии в заемное обязательство. Видимо, соответствующие авторы имели в виду как само собой разумеющееся прекращение прежнего обязательства его новацией в договор займа. Хотя у К.П. Победоносцева мы находим: "Сущность новации состоит в том, что отмена прежнего обязательства не отделяется от установления нового, но и то и другое совершается в одном акте обоюдной воли. В таком случае прежнее обязательство уничтожается со всеми последствиями, принадлежностями и т.п... Новация, в этой силе своей, сама по себе не предполагается, но должна быть несомнительно выражена, так чтобы явственно было намерение уничтожить прежний договор с установлением нового..." <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 194 - 195.

С этим мнением не вполне совпадает позиция Д.И. Мейера, который по этому поводу (об оформлении волеизъявления сторон при новации обязательств) писал: "Чтобы второе обязательство было заключено с мыслью устранить первое, требуется намерение обновления. Во многих конкретных случаях само заключение нового обязательства не иначе может быть разъяснено, как намерением контрагентов устранить с помощью этого нового обязательства прежнее, существовавшее между ними обязательство" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 707.

Во всяком случае очевидно, что действительным основанием возникновения заемного обязательства тогда, когда акт займа выдавался в удостоверение долга, возникшего из договора

купли-продажи, найма или иного основания, являлась новация прежнего обязательства в договор займа.

В качестве еще одного существенного признака договора займа признавалось то обстоятельство, что деньги и иные заменимые вещи, составляющие предмет займа, передавались в собственность заемщика. В связи с этим, например, Г.Ф. Шершеневич указывал: "Цель займа - приобрести право собственности на заменимые вещи. Соответственно тому взявший их имеет полное право распоряжения ими по своему усмотрению, и давший их не вправе потребовать их обратно, напр. в случае неплатежа в срок процентов" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 482.

Данный признак договора займа (наряду с тем, что предметом займа являются заменимые вещи) служил основным критерием отграничения договора займа от договора ссуды. Так, К.П. Победоносцев подчеркивал, что в отличие от ссуды, когда "вещь берется для такого употребления, которым она не истощается и не уничтожается", целью займа служит "именно употребление истощающее, или потребление". Поэтому займодавец "расстается с вещью совершенно, уступает все свое вещное право, приобретая взамен того право по обязательству, личное требование с должника" <*>.

<*> Там же.

Весьма примечательно следующее замечание К.П. Победоносцева: "Правда, что отчуждение собственности не составляет юридической сущности займа, и заем скорее должно уподобить найму имущества, нежели отчуждению. Но таково свойство имущества, составляющего предмет займа, что оно не может сохраниться в целости и хранить в себе признак вещного права; здесь употребление вещи состоит именно в потреблении, и должник, получив деньги взаем, становится вольным их хозяином, обязываясь возвратить (не ту же самую вещь, как в ссуде, но лишь то же самое количество) вещь совершенно тождественную in genere с той, которую он принял... Здесь предмет обязательства не вид, не особенная вещь, подверженная гибели, а род не гибнущий" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 482.

Следовательно, для К.П. Победоносцева основным признаком займа, выделяющим его в самостоятельный договор (наряду с договором ссуды), является особенность его предмета, состоящая в том, что по этому договору подлежат передаче (с последующим возвратом) заменимые вещи в определенном количестве. Передача же указанных вещей не в пользование, как это имеет место по договору ссуды, а в собственность заемщика является не существенным признаком договора займа, а скорее следствием особых свойств заменимых вещей, которые не могут быть использованы без их потребления.

В этом смысле приведенное ранее утверждение Г.Ф. Шершеневича о том, что целью займа

является приобретение права собственности на заменимые вещи, представляется весьма сомнительным. В самом деле, при таком подходе договор займа по своей цели не будет отличаться, скажем, от договора купли-продажи (тех же заменимых вещей) или договора мены.

По российскому дореволюционному законодательству договор займа мог быть как возмездным, так и безвозмездным, как с указанием срока возврата займа (срочным), так и без указания такого срока. Поэтому неудивительно, что условия о сроке и о процентах не признавались существенными принадлежностями договора займа. Например, по мнению Г.Ф. Шершеневича, из определения договора займа "обнаруживаются существенные элементы договора займа: односторонность договора, передача заменимых вещей в собственность, обязанность возвращения. Кроме того, в договоре займа возможны и случайные элементы, из которых обращают на себя особое внимание условия о сроке и о процентах" <*>.

<*> Там же. С. 481.

Вместе с тем указанные "случайные элементы" договора займа подвергались довольно подробному и детальному регулированию в законодательстве и вызывали едва ли не самый большой интерес (среди всех условий займа) у российских правоведов (в особенности условие о процентах).

Так, применительно к сроку займа К.П. Победоносцев указывал: "Заем делается обыкновенно на срок, означенный в самом договоре; но может быть и бессрочный, впредь до востребования. В первом случае просрочка начинается с истечением срока; в последнем случае - со времени предъявленного требования. С истечением срока заемное письмо может быть, по новому соглашению сторон, переписано, т.е. заменено новым актом. Или может быть сделана отсрочка, т.е. продолжен срок пользования капиталом, односторонним актом займодавца, т.е. надписью на обязательстве, либо заявлением присутственному месту, где находятся, либо особой распиской об отсрочке..." <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 340.

Применительно к процентам по займу Д.И. Мейер писал: "Заем бывает возмездный и безвозмездный (безвозмездный. - В.В.). Вознаграждение займодавца со стороны должника обыкновенно определяется процентами с занятой суммы и тогда называется ростом... Однако условие о возмездии не составляет существенной принадлежности займа: он может быть и безвозмездным. Хотя большей частью заем бывает возмездный, и возмездие составляет рост", который "образуется из двух частей: вознаграждения за предоставление капитала в пользование на известное время и страховой премии - вознаграждения за риск, связанный с передачей капитала в руки должника. Но все-таки отношение между предложением капиталов и спросом на них в нормальных случаях составляет главный элемент, которым определяется величина роста" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 600.

Правда, относительно того, какой договор займа следует считать безвозмездным и при каких

условиях подлежат взиманию проценты по договору займа, не предусматривающему обязанность заемщика по их уплате, мнения российских правоведов несколько расходились. Так, К.П. Победоносцев был сторонником презумпции безвозмездности договора займа и полагал, что проценты подлежат уплате лишь в том случае, если об этом прямо сказано в договоре. "С займом соединяется обыкновенно условие о процентах за пользование капиталом; посему в заемном письме обыкновенно пишется: занял за такие-то проценты. Но где это условие не выговорено, - подчеркивал К.П. Победоносцев, - там нет основания требовать процентов за все условленное время пользования: разумеется, по истечении срока, или, в бессрочных, со времени требования, капитал остается у должника уже без согласия займодавца, и потому за все это время есть полное основание требовать проценты..." <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 340.

Г.Ф. Шершеневич допускал возможность взимания процентов по договору займа и в том случае, когда договором не был определен их размер. По этому поводу он писал: "Проценты могут быть условленные или узаконенные. Если в договоре указан размер процентов, то кредитор имеет право требовать условленного роста; если в договоре упомянуты проценты, но не указан размер, то кредитор имеет право на узаконенный рост. Если, наконец, в договоре вовсе не упомянуто о процентах, то кредитор не имеет права требовать даже узаконенного роста" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 487.

Определение размера процентов и порядка их уплаты являлось предметом соглашения сторон по договору займа. Вместе с тем в России вплоть до 1879 г. законодательством устанавливался предельный размер процентов ("указные проценты"), который ни при каких условиях не мог быть превышен сторонами договора займа, который составлял 6% годовых. Взимание процентов свыше указанного предельного размера (проценты, превышающие норму, признавались "лихвой") влекло для займодавца наложение штрафа или даже привлечение к уголовной ответственности.

Однако, как отмечалось в юридической литературе того времени, участники имущественного оборота искусно обходили законоположения о предельном размере процентов по займам. Например, по свидетельству Д.И. Мейера, "это достигалось тем, что из занимаемой суммы заранее вычитался рост, установленный между контрагентами, и в заемном письме значилось, что заем производится безвозмездно, а на деле должник получал от займодавца значащуюся в заемном письме сумму только за вычетом процентов. Или поскольку этот прием удобен только при займах на короткие сроки, при займах более продолжительных он оказывается неудобным: заемщику тогда придется получить уж очень небольшую часть занимаемой суммы, - прибегали обыкновенно еще к другому приему. В заемном письме прописывалось, что заем производится за указанные проценты, но сумма займа проставлялась большая, чем условились контрагенты. Прибавлялась такая сумма, которая вместе с указными процентами, нарастающими к сроку займа, равняется 8 или 10% действительно занимаемого капитала" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 601.

Широкое использование участниками имущественного оборота указанных и иных подобных приемов для обхода законоположений о предельном размере процентов по займам, учитывая очевидные трудности доказывания того обстоятельства, что по договору займа фактически полученная сумма оказалась меньше условленной, привело к тому, что применение строгих правил об указных процентах и лихве стало возможным лишь в исключительных случаях и не оказывало реального влияния на имущественный оборот. Данные обстоятельства заставили законодателя отменить законоположения о предельном размере процентов по займам и предоставить решение вопроса о размере процентов, взимаемых за пользование заемным капиталом, на усмотрение сторон, заключающих договор займа, что и было сделано в 1879 г.

Однако вскоре (в 1893 г.) жизнь заставила законодателя принять новые законоположения, направленные на борьбу с весьма характерным явлением того времени - ростовщичеством, когда займодавцы, пользуясь затруднительным материальным положением заемщиков, выдавали им займы под чрезвычайно высокие проценты.

Согласно новым законоположениям займы при определенных условиях признавались ростовщическими и объявлялись недействительными в части взимаемых по ним процентов. При этом выделялись две группы случаев ростовщических займов: когда займы выдавались лицам, не занимающимся такими сделками профессионально, и когда в роли займодавцев выступали профессионалы (которые "занимаются ссудами"). В первом случае соглашение о процентах признавалось недействительным: 1) если был условлен чрезмерный рост - свыше 12%; 2) если занявшее лицо вынуждено было своими стесненными обстоятельствами, известными кредитору, принять условия займа, крайне обременительные и тягостные по своим последствиям. Во втором случае недействительность соглашения о процентах обуславливалась: 1) чрезмерностью роста, т.е. свыше 12% годовых; 2) сокрытием чрезмерного роста каким-либо способом, например включением процентов в капитальную сумму в виде платы за хранение им неустойки. В обоих случаях заемное обязательство оставалось в силе, недействительным признавалось только условие о процентах. При этом кредитор лишался возможности получения не только условленных, но и узаконенных процентов, сохраняя за собой лишь право требовать от заемщика возврата выданной ему денежной суммы. Более того, если заем признавался ростовщическим уголовным судом, то займодавец подлежал тюремному заключению, а иногда сверх того и денежному штрафу; если же займодавец занимался ростовщичеством как промыслом, то он мог быть подвергнут лишению прав и ссылке <*>.

<*> См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 601 - 602; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 487 - 488.

Еще одной характерной чертой российского дореволюционного законодательства, регулирующего заемные обязательства, являлось то, что проценты по займу подлежали начислению только на заемный капитал. Начисление процентов на неуплаченные проценты по займу (анатоцизм) не допускалось. Исключение составлял лишь случай, когда заемщик не уплачивал займодавцу проценты по займу за срок не менее года, что давало кредитору право требования к заемщику об уплате процентов (в размере узаконенных 6% годовых) на проценты по займу.

При подготовке проекта Гражданского уложения в части регулирования процентов по займам в

основном были сохранены подходы, характерные для действовавшего тогда законодательства, но появились и некоторые новые положения. В общих положениях об исполнении обязательств (глава III раздела 1 книги пятой проекта ГУ) можно обнаружить норму об узаконенных процентах, которым, однако, не придавалось значение предельно допустимого размера процентов по займу и иным долговым денежным обязательствам. Согласно этой норме проценты могут быть требуемы верителем на причитающиеся ему денежные суммы лишь в том случае, когда эти проценты обусловлены в договоре или установлены законом. Определение размера процентов предоставляется усмотрению договаривающихся сторон. При неопределении в договоре размера процентов, а равно в случаях, в коих по закону причитаются проценты, они полагаются по 5 на 100 в год (узаконенные проценты) (ст. 1632).

Несмотря на то что узаконенным процентам (5% годовых) не придавался более характер предельных размеров по займам, для тех случаев, когда установленный по соглашению сторон размер процентов по договорам займа превышал узаконенные проценты, предусматривалось некоторое специальное регулирование. Например, в проекте ГУ имеется статья, согласно которой заемщик, обязавшийся платить свыше 6% на занятый капитал, имеет право во всякое время, спустя шесть месяцев по заключении займа, возвратить занятый капитал с тем, однако, что займодавец был письменно предвaren об этом не менее как за три месяца. Всякое соглашение, отменяющее или ограничивающее такое право заемщика, признается недействительным (ст. 1892).

Введение этого правила, которое распространялось на случаи превышения узаконенных процентов более чем на 1%, Редакционная комиссия объясняла необходимостью противодействия ростовщичеству. Хотя эффективность (в этих целях) такой меры, как наделение заемщика, обязавшегося платить проценты выше узаконенных, правом досрочного возврата суммы займа по истечении шести месяцев после получения указанной суммы и при условии предупреждения займодавца не позже трех месяцев до ее уплаты, вызывает большие сомнения.

Довольно интересно в проекте ГУ решался вопрос об основаниях взимания процентов по договорам займа (ст. 1893). Для тех случаев, когда заем совершался между гражданами (не торговцами), была установлена по сути презумпция безвозмездности договора займа, о чем свидетельствует норма о том, что "проценты могут быть лишь тогда требуемы займодавцем, когда они назначены в договоре". Вместе с тем для этих же случаев предусматривалось правило о том, что "заемщик, уплативший проценты, хотя бы о них не было соглашения, не может требовать ни возвращения их, ни зачисления в погашение занятой суммы".

Пытаясь как-то объяснить очевидное противоречие между двумя названными нормами, Редакционная комиссия указывала, что первое правило вытекает из существа займа как договора, основанного на передаче заменимых вещей и, следовательно, рождающего лишь одно обязательство, состоящее в возвращении таких же вещей и в том же количестве. "Из передачи в заем, - утверждала Комиссия, - не возникает само собою обязательства для заемщика возвратить что-либо сверх полученного: оно должно истекать из самостоятельного основания - из добавочного соглашения, лишенного того реального момента, какой присущ договору займа. Займодавец, требующий присуждения роста, должен доказать наличность такого самостоятельного основания" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 461.

Казалось бы, при таком подходе получение займодавцем по договору безвозмездного займа процентов, пусть и добровольно уплаченных заемщиком, должно квалифицироваться как неосновательное обогащение. Но Редакционная комиссия придерживалась другого мнения, суть которого состояла в том, что "правило о необходимости самостоятельного основания для предъявления требования об уплате процентов не препятствует признанию добровольно уплаченных процентов, о коих не было соглашения, не подлежащими обратному требованию, так как добровольная уплата процентов, не назначенных по договору, служит указанием, что общехозяйственная цель займа - получение выгоды заемщиком от предоставления капитала в его временное распоряжение - была достигнута в данном случае и побудила заемщика к исполнению долга, хотя не подлежащего понудительному против него осуществлению, но тем не менее существующего на деле, вознаградить за это займодавца. По общему же правилу уплата долга, не подлежащего взысканию (напр., вследствие ссылки на истечение исковой давности), но на самом деле существующего, не может быть требуема обратно" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 461 - 462.

Весьма странное объяснение! Как можно говорить о якобы существующем и лежащем на заемщике долге по уплате процентов, когда договор займа не может служить его основанием, поскольку, как утверждала Редакционная комиссия ранее, обязательство по уплате процентов должно проистекать из самостоятельного основания - добавочного соглашения о взимании процентов. Ссылка на общее правило об уплате долга, существующего, но не подлежащего взысканию (видимо, имелось в виду натуральное обязательство), явно некорректна, поскольку в данном случае у заемщика нет обязательства уплачивать проценты и, следовательно, речь идет о несуществующем долге.

Для тех случаев, когда договор займа совершался между торговцами, проект ГУ предусматривал презумпцию возмездности такого договора, о чем может свидетельствовать следующая норма: "По займам, совершаемым торговцами между собой, проценты могут быть требуемы и без положительного о том соглашения сторон и притом в размере, который существовал для подобных займов во время и в месте заключения договора" (ч. 2 ст. 1893).

Включение в проект ГУ этого правила со стороны Редакционной комиссии объяснялось тем, что займы между торговцами всегда совершаются с целью получения выгоды. "...Займы эти, - сказано в материалах Комиссии, - по общераспространенному торговому обычаю, всегда возмездны, хотя бы в договоре верителю и не было предоставлено право требовать вознаграждения. Признание этого обычая и составляет суть 2-й части проектируемой статьи... размер процентов по подобного рода займам должен быть определяем, в случае умолчания о том в договоре, по условиям денежного рынка, где заем совершен, а не по одному неизменному размеру, установленному для неторговых займов" <*> (имеются в виду узаконенные проценты).

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 462.

Проектом ГУ была полностью воспринята точка зрения действовавшего законодательства по вопросу о возможности начисления процентов на проценты (анатоцизм, сложные проценты), о чем

свидетельствует норма, согласно которой "проценты исчисляются только на самый капитал. Состоявшееся заранее соглашение о начислении процентов на сумму просроченных процентов признается недействительным. Но когда в назначенный по договору срок не последует платежа процентов не менее, как за год, то по требованию займодавца на следующую ему с заемщика сумму просроченных процентов начисляются с вышеозначенного срока проценты узаконенные" (ст. 1894).

Условия о сроке возврата займа и о подлежащих уплате процентах являлись элементами содержания договора займа, но далеко не основными его элементами, а скорее случайными, как было принято считать в юридической литературе. Как писал Г.Ф. Шершеневич: "Действие, которое составляет содержание обязательства, основанного на займе, заключается в возвращении ценности. Возвращены должны быть не те же вещи, что были взяты, а только подобные, того же рода и в том же количестве. Это вытекает из того, что переданы были вещи заменимые, а не индивидуальные и что право собственности на них перешло к должнику" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 482 - 483.

Аналогичный подход к определению содержания договора займа мы находим у К.П. Победоносцева, который указывал: "Существенной принадлежностью займа почитается у нас действительная передача или отдача в кредит денежной ценности. Заем, при котором такой передачи или зачета не было, называется безденежным и признается ничтожным... Однако наш закон не требует, чтобы в заемном письме означено было получение денег; в формуле его означает только: занял и обязуюсь заплатить" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 337.

Форма договора займа

В соответствии с дореволюционным российским законодательством договор займа подлежал заключению в письменной форме нотариальным или домашним порядком и не мог быть доказываемым свидетельскими показаниями. Договор займа, составленный у нотариуса (крепостное заемное письмо), должен был удостоверяться подписями не менее двух свидетелей. Обязательство займа, составленное без участия нотариуса, называлось домашним и оформлялось домовым заемным письмом. Различие между указанными двумя порядками заключения и оформления договора займа состояло, главным образом, в различной степени обеспечения и защиты прав кредитора-займодавца. Крепостное заемное письмо давало его обладателю определенные преимущества перед займодавцем по займу домашнему, в частности: в устранении возможности для должника спорить о безденежности займа; в удовлетворении требования такого кредитора при несостоятельности должника в преимущественном порядке по отношению к займодавцу по домашнему займу; в возможности требовать от суда принятия мер по обеспечению иска, предъявленного к заемщику.

Напротив, домовое долговое письмо не могло служить надежным средством защиты интересов кредитора-займодавца: он был лишен права требовать от просрочившего должника уплаты законной неустойки, а при банкротстве последнего мог получить удовлетворение своего требования лишь из

остатков имущества должника после расчетов с другими кредиторами. Правда, в целях избежания негативных для кредитора последствий законодательство предусматривало возможность оформления домашнего займа явочным порядком. В этом случае заемщик должен был в семидневный срок со дня составления домового заемного письма (для проживающих в уездах - в месячный срок) явиться к нотариусу (маклеру), который вносил сведения о домовом заемном письме в специальную книгу и учинял на нем соответствующую отметку. Вместе с тем, как указывал Г.Ф. Шершеневич: "Явка, по смыслу закона, должна быть произведена самим должником. Трудно предполагать, чтобы должник согласился всегда на этот невыгодный для него акт после того, как получил деньги. Зная это, очевидно, и кредитор не согласится дать деньги, пока должник не представит ему явленного уже письма. В виду этих формальностей и последствий их упущения заемное письмо в нашем быту совершенно вытеснено простым векселем" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 486.

Характерно, что заемным письмам, как крепостным, так и долговым, российские правоведы не придавали значения обязательной формы договора займа. Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что письменная форма договора займа "необходима только для доказательства, но не для действительности займа, который может быть заключен значительно ранее облечения его в установленную форму", а сам договор займа "совершается передачей денег или других заменимых вещей от кредитора должнику" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 485.

Аналогичный подход обнаруживается и у К.П. Победоносцева: "Прямым доказательством займа служит обыкновенно письменное заемное обязательство, хотя закон вообще не исключает возможности доказывать заем и всеми установленными способами в суде, посредством фактов, несомненно указывающих на существование займа" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 539.

Но наиболее категорическим образом выразил свою позицию по этому вопросу Д.И. Мейер: "Действительно, в юридическом быту существует очень много займов без заемных писем, а по счетам, распискам. Но счета и расписки - только доказательства существования займа, а не формы его совершения. Даже очень нередко заем совершается словесно, без всяких формальностей: одно лицо занимает у другого деньги, и договор не оставляет по себе никакого следа. Но тем не менее если существование займа будет доказано собственным признанием должника, то он будет присужден к обязательству удовлетворить займодавца: суд не вправе признать иск неосновательным потому только, что претензия истца по займу не подтверждается заемным письмом; все, что может сделать суд, - это взыскать с участников договора гербовый штраф. Все это ведет к тому заключению, что заемное письмо не составляет безусловно корпуса договора займа... а что заем есть нечто самостоятельно существующее, но связанное безусловно с заемным письмом" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 604.

Несмотря на то что заемные письма (как крепостное, так и долговое) не признавались российскими правоведами формой займа, поскольку им отводилась лишь роль доказательств, удостоверяющих возникновение заемного обязательства, указанные заемные письма выполняли еще одну весьма важную роль для имущественного оборота. Об этом, в частности, писал К.П. Победоносцев: "В заемном письме заключается обыкновенно ясное и простое требование, составляющее ценность, более или менее определительную, в имуществе займодавца. Посему односторонняя передача такого требования допускается без затруднения и нашим законом. Займодавец может передать свое право, как до срока, так и после срока, всякому лицу, кто заплатит ему деньги вместо должника, т.е. может продать заемное письмо" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 341.

Действительно, в соответствии с законодательством заемные письма (в отличие, например, от закладных) подлежали свободной передаче без согласия должника, как правило, путем учинения передаточной надписи на самом заемном письме. Однако не исключалась и возможность оформления перехода прав займодавца по заемному письму (с передачей последнего цессионарию) путем заключения соглашения об уступке права требования. Как указывал Г.Ф. Шершеневич, "последствием передачи будет выбытие из обязательственного отношения прежнего активного субъекта и занятие его места другим. В случае неудовлетворения со стороны должника, новый веритель не вправе обращаться со взысканием к прежнему, который, в противоположность вексельному надписателю, не отвечает за осуществимость обязательственного права. Зато передавший заемное письмо отвечает, если переданное право оказалось недействительным: но ответственность его за недействительность права требования основывается не на обязательственном заемном отношении, а на неосновательном обогащении" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 488.

То обстоятельство, что в реальной жизни заемные обязательства далеко не всегда оформляются заемными письмами, было учтено при подготовке проекта Гражданского уложения, в который была включена норма о том, что денежный заем на сумму свыше 30 руб. должен быть удостоверен заемным письмом, распиской или иным письменным актом; заем других заменимых вещей на сумму свыше 300 руб. должен быть удостоверен на письме (ст. 1885).

Комментируя данное законоположение, Редакционная комиссия отмечала, что в договоре займа форма, в какой он совершается, не может иметь значения существенной принадлежности. "Обязательство возвратить занятое имущество, - подчеркивается в материалах Комиссии, - возникает вследствие события передачи и принятия в заем, в котором и выражается согласие сторон заключить договор займа, между тем как самое торжественное выражение согласия, не сопровождаемое передачей, не образует займа" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 455.

Включение в проект правила о письменной форме договора займа (на сумму свыше 30 руб.) объяснялось единственной целью: ограничить способы доказывания факта заключения договора займа, а именно устранить в качестве такого доказывания показания свидетелей. "В пользу недопущения свидетелей в подтверждение займа, - сказано в материалах Комиссии, - можно привести, между прочим, то, что передача, как событие внешнее, несомненно, может быть удостоверена сторонними очевидцами, но внутренний смысл передачи, определяемый намерением сторон, может легко ускользнуть от их внимания или представиться им неверно, так как предметом займа бывают такие предметы, которые ежедневно передаются в уплату долга, в дар, вследствие продажи и притом передаются для потребления, т.е. в полное распоряжение должника, как и при займе" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 455.

Исполнение обязательств

По российскому дореволюционному законодательству исполнение заемного обязательства состояло в платеже денег либо в возвращении того количества заменимых вещей, какое было передано займодавцем заемщику. При этом полное удовлетворение требований кредитора именовалось платежом, а частичное исполнение, если таковое допускалось соглашением сторон, - уплатой. Удостоверение исполнения заемного обязательства могло выражаться на самом заемном письме или путем составления другого документа.

Заемное письмо могло служить доказательством удостоверения исполнения заемного обязательства в случаях, когда на нем имелась отметка займодавца об удовлетворении его требований или когда оно имело внешние признаки, свидетельствующие о прекращении заемного обязательства путем его исполнения. В первом случае доказательством погашения займа со стороны заемщика служила надпись об удовлетворении, которую совершал кредитор на самом заемном письме. "Спрашивается, какое значение имеет заемное письмо, когда на нем имеется надпись должника об удовлетворении им верителя? - задавался вопросом Г.Ф. Шершеневич. - Нельзя не принять в соображение, что, по естественному порядку, документ всегда находится в руках верителя и самая возможность для должника совершить надпись на своем заемном письме невольно вызывает предположение, что кредитор сам допустил это сделать, а допустить он мог под условием удовлетворения. Как предположение, оно может быть опровергнуто доказательствами кредитора, что надпись была совершена на документе помимо его воли" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 489.

Что касается иных признаков заемного письма, свидетельствующих об исполнении, то в соответствии с законодательством таким внешним признаком, внушающим предположение об

исполнении займа, признавалось прежде всего так называемое наддранное заемное письмо. Если такое наддранное заемное письмо находилось в руках должника, данное обстоятельство обычно служило доказательством платежа по займу, пока кредитором не будет доказано обратное. По этому поводу Г.Ф. Шершеневич писал: "Дело в том, что в торговом обороте документы не уничтожаются, а сохраняются для целей счетоводства. Документ только портится, надрывается, перечеркивается, штемпелюется, в отличие от целых и чистых документов, сохраняющих еще свою юридическую силу. Предположение платежа основывается в данном случае на двух обстоятельствах: порче документа и нахождении его в руках должника. Но, как предположение, оно может быть опровергнуто доказательствами, что наддрание документа и нахождение его в руках должника произошли случайно, помимо воли кредитора" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 489.

Доказательствами исполнения заемщиком своих обязательств по договору займа могли служить надпись кредитора и другие знаки на самом заемном письме, удовлетворение требований займодавца могло удостоверяться и другими документами. В частности, действовавшим тогда законодательством дозволялось вместо надписи займодавца на заемном письме брать расписку, в которой указывалось, что она выдана в удостоверение погашения обязательства. Такая расписка должна была иметь подпись кредитора. Г.Ф. Шершеневич подчеркивал: "Ясно, что доказательственная сила расписки основывается на предположении, что она относится к тому именно заемному письму, которым удостоверяется существование данного долга. Кроме платежной расписки, платеж или уплата долга по заемному обязательству могут быть доказываемы и всякими другими письменными средствами, напр., распиской кредитора в расписной или памятной книжке должника, почтовыми квитанциями об отсылке должником кредитору денег. Оценка всех подобных документов принадлежит суду" <*>.

<*> Там же. С. 490.

Весьма интересно подошел к проблеме исполнения обязательств, вытекающих из договора займа, Д.И. Мейер, выделивший новые права займодавца и заемщика, которые могли быть реализованы ими в ходе исполнения договора займа. В частности, помимо традиционного права требовать от заемщика возврата займа и уплаты причитающихся процентов займодавцу принадлежит в отношении заемщика право зачесть долг, т.е. покрыть им другое долговое обязательство, по которому сам займодавец является должником. "Юридическое воззрение действительности не представляет никакого сомнения насчет существования этого права, - считает Д.И. Мейер, - хотя в законодательстве нет на то прямого указания. Но, конечно, и здесь зачет может иметь место лишь при известных условиях..." <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 609.

Займодавец может уступить свое право, принадлежащее ему по договору займа, другому лицу, как и право почти по всякому иному обязательству. "Уступка эта, - писал Д.И. Мейер, - совершается

или посредством особого акта, или посредством передаточной надписи на заемном письме и совершается по займу чаще, нежели по другим договорам... Но когда заемное письмо имеет вид закладного акта, когда заем обеспечен залогом, то передача права по займу не допускается без согласия должника..." <*>.

<*> Там же.

Займодавец вправе предоставить должнику отсрочку, учинив об этом соответствующую надпись на заемном письме или выдав особую расписку с обязательством при первой возможности заменить ее надписью на заемном письме. Займодавец также может (при желании должника) превратить заемное обязательство в срочное, для чего не требуется совершения нового заемного акта; достаточно учинить соответствующую надпись на заемном письме или выдать временную расписку.

В случае неисполнения заемщиком обязательства по возврату займа в установленный срок "займодавец может тотчас же прибегнуть к законной защите для принуждения должника к удовлетворению... Но займодавец может и не прибегать тотчас же при неисправности должника ко взысканию, а может отложить его до другого времени; только тогда он должен принять некоторую меру для полного охранения своего права. Меру эту составляет явка заемного письма по сроку: в течение трех месяцев со дня просрочки займодавец должен заявить о неплатеже по заемному письму нотариусу, и это-то заявление называется явкой по сроку, а также протестом. Явка по сроку имеет то практическое значение, что при несостоятельности должника заемные письма, не явленные по сроку, удовлетворяются уже после заемных писем, надлежащим образом засвидетельствованных и явленных по сроку" <*>.

<*> Там же. С. 610.

Помимо уплаты долга по займу (капитальной суммы) и причитающихся процентов (роста) займодавцу в соответствии с законодательством принадлежало право требовать взыскания с неисправного заемщика так называемых указных процентов (6% годовых) и законной неустойки в форме штрафа, взимаемого однократно в размере 3% от просроченной суммы займа. Наделение займодавца таким правом Д.И. Мейер объяснял следующим образом: "Этот указный рост и эта законная неустойка по заемному письму объясняются тем, что в редких случаях займодавец может доказать, какой именно он претерпевает убыток вследствие неисправности должника; вот поэтому-то законодательство постановляет, что независимо от всяких доказательств убытка неисправность должника имеет для него последствием обязательство платить указный рост со времени просрочки по день платежа и, кроме того, заплатить неустойку" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 611.

Наиболее интересным в подходе Д.И. Мейера представляется то обстоятельство, что он выделяет не только права займодавца, который по определению является кредитором и, стало быть,

обладателем прав требования по отношению к должнику, но и права заемщика, являющегося, казалось бы, "чистым" должником в одностороннем обязательстве займа, имея в виду его обязанность возвратить полученную сумму займа (или полученное количество заменимых вещей) и уплатить причитающиеся проценты.

Тем не менее, как доказывает Д.И. Мейер, и должник в одностороннем обязательстве обладает некоторыми правами, которые могут быть объединены в группу прав, проявляющих себя в ходе исполнения обязательства. Вот как пишет об этом Д.И. Мейер применительно к правам заемщика в одностороннем обязательстве займа: "Права должника: 1) Он не только обязан в срок удовлетворить займодавца, но и вправе заплатить ему в срок: должник может требовать, чтобы займодавец в срок заемного письма принял от него платеж, а в противном случае может представить долговую сумму в суд и тем разрешить обязательство и устранить от себя последствия просрочки... 2) Подобно займодавцу, и должник может произвести зачет и тем удовлетворить займодавца. 3) После полного платежа по заемному письму, равно как и по уплате части долга, должник вправе требовать от займодавца расписки в получении платежа, которая может быть или сделана на самом заемном письме, или выдана в виде отдельного акта" <*>.

<*> Там же. С. 612.

Вопросам исполнения договора займа было уделено пристальное внимание при подготовке проекта Гражданского уложения. Помимо общей нормы о том, что "обязательство по займу исполняется платежом займодавцу заемщиком в назначенный договором срок занятой суммы с процентами, если таковые причитаются" (ст. 1887), проект ГУ включал целый ряд специальных правил, обеспечивающих дифференцированное регулирование отношений, связанных с исполнением заемного обязательства и применением последствий в случае нарушения договора займа в зависимости от его предмета, содержания условий о сроке и процентах, субъектного состава и иных обстоятельств.

Так, особым образом регулировался порядок исполнения договора займа, предметом которого служили предъявительские ценные бумаги. Проект ГУ включал в себя норму, согласно которой если предмет займа составляют процентные либо ценные бумаги на предъявителя, то заемщик, за отсутствием иного соглашения, обязан возвратить точно такие же бумаги и на ту же сумму по нарицательной их цене, независимо от повышения или понижения их курсовой разницы. В случае ненахождения к сроку займа в продаже подлежащих к возвращению бумаг заемщик обязан уплатить их стоимость по последнему курсу, а в случае изъятия их из обращения - по цене погашения (ст. 1888).

При комментарии данного законоположения Редакционная комиссия подчеркнула, что в целом она посчитала ненужным предусматривать в проекте ГУ случай, когда возвращение занятой заменимой вещи становится невозможным вследствие отсутствия ее в обращении. "Трудно допустить, - указывалось в материалах Комиссии, - чтобы род вещей, к которым принадлежала занятая вещь, совсем перестал существовать, о возврате же той самой вещи, которая была взята в заем, не может быть и речи ввиду того, что занятая вещь передается заемщику в собственность и цель займа состоит в потреблении этой вещи. Единственный достойный внимания случай ненахождения в обороте подлежащей возврату заменимой вещи может иметь место тогда, когда предмет возвращения состоит в процентных либо иных ценных бумагах, изъятых из обращения или хотя бы и неизъятых,

но не находящихся в продаже... Обязанность заемщика удовлетворить займодавца в обоих случаях должна быть сведена к возмещению стоимости занятых процентных бумаг, а стоимость эта подлежит определению в случае изъятия бумаг из обращения - по цене погашения, а в случае ненахождения в предложении - по последнему курсу" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 457.

Кстати сказать, как видно из материалов Редакционной комиссии, в ходе одного из обсуждений проекта ГУ применительно к указанной статье было высказано замечание о том, что в случае ненахождения ценных бумаг в продаже заемщик должен возвратить их стоимость не по последнему курсу, а по тому курсу, который существовал на день совершения займа. По результатам рассмотрения указанного замечания Комиссия пришла к выводу, "что с предложением этим нельзя согласиться, так как при займе процентных и иных ценных бумаг обе стороны идут на риск: как заемщик, так и займодавец имеют в виду, чтобы к сроку займа были возвращены такие же бумаги, какие были заняты, а потому для них повышение либо понижение курса безразличны и в силу сего расчет между ними должен производиться именно по последнему курсу, а отнюдь не по курсу для займа, который не соответствует по существу данной сделки соглашению сторон" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 457.

Особым образом регулировались проектом ГУ и отношения, связанные с исполнением договора займа с условием о возврате займа по востребованию либо договора, не предусматривающего срока и порядка возврата займа. На этот счет в проекте имелись два специальных правила. Согласно первому из них заемщику, обязавшемуся произвести платеж по востребованию или по предъявлении, предоставляется для исполнения трехдневный срок со дня заявления ему требования о платеже (ст. 1889). Необходимость предоставления заемщику указанного трехдневного срока (со дня предъявления кредитором требования о платеже) объяснялась Редакционной комиссией теми обстоятельствами, что "занятая сумма поступает в собственность заемщика, который и занимает ее с целью произвести какие-либо платежи и потому не может быть в каждый данный момент готов возвратить ее займодавцу; что заемщик, прибегая к займу, нередко находится в стесненном положении и бывает вынужден, вследствие настояния займодавца, принять на себя обязательство без определения срока его исполнения и тем ставит себя в зависимость от займодавца; что займодавцы нередко бывают склонны пользоваться правом внезапного предъявления требования с целью вынудить заемщика принять новые отяготительные обязательства..." <*>.

<*> Там же. С. 458.

Правда, остается неясным (при таком отношении к заемщику по займу по востребованию), почему срок, предоставляемый заемщику для платежа, должен составлять всего три дня, явно недостаточных для получения заемщиком соответствующей суммы, необходимой для исполнения обязательства перед займодавцем. Комментарий Редакционной комиссии состоит в следующем:

"Срок этот не может быть назначен более трех дней во избежание нарушения законных интересов займодавцев. Установление столь краткого льготного срока в пользу заемщика не нарушит потребностей обыкновенного гражданского оборота, не нуждающегося в особенно энергических и суровых приемах взыскания" <*>. Однако, на наш взгляд, данное объяснение не представляется убедительным.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 458.

Применительно к договорам займа, не устанавливавшим срок и порядок возврата суммы займа заемщиком, в проекте ГУ предусматривалось правило, в соответствии с которым если в договоре не назначен срок платежа и не определено, за сколько времени после предварения о прекращении займа платеж должен быть произведен, то заемщик обязан произвести платеж в случае предварения со стороны займодавца, а займодавец обязан принять платеж в случае предварения со стороны заемщика не позже трех месяцев со дня предварения. Предварение о платеже должно быть заявлено на письме, за исключением займа на сумму не свыше 30 руб. (ст. 1890).

Включение данной нормы в проект ГУ вызывалось не только желанием урегулировать порядок и срок возврата занятой денежной суммы (или заменимых вещей), но и необходимостью исключения (путем введения специального правила) действия общего положения о бессрочном обязательстве, согласно которому кредитор вправе требовать от должника исполнения немедленно по возникновении бессрочного обязательства (ст. ст. 1622 и 1664 проекта ГУ). Применение указанного общего положения к договору займа, как подчеркивается в материалах Редакционной комиссии, "было бы нецелесообразно, так как хозяйственному значению займа свойственно предоставление заемщику соответственного времени между получением в заем и возвратом для того, чтобы он успел распорядиться занятым имуществом согласно предложенному назначению" <*>.

<*> Там же.

Что касается правила о форме, в которой должно совершаться предупреждение (предварение) о платеже, то, по мнению Редакционной комиссии, такое предупреждение "должно быть заявлено в такой форме, чтобы не оставалось сомнения относительно устанавливаемого этим заявлением срока обязательства. Наилучшая форма письменная, к которой, конечно, и прибегнут займодавцы и заемщики по более крупным займам, несмотря на некоторые хлопоты и расходы, сопряженные с этим способом предварения. Что же касается займов на небольшие суммы, то предварение о платеже по таковым следует допустить и на словах для того, чтобы оно могло быть удостоверено и свидетельскими показаниями, так как вообще предварение о платеже может быть заявлено в той же форме, в какой совершается обязательство, по коему требуется платеж" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 459.

Обращают на себя внимание и содержащиеся в проекте ГУ положения, определяющие

возможность (или соответственно невозможность) досрочного возврата займа (ст. 1891). Речь идет о двух противоположных правилах, каждое из которых подлежит применению в зависимости от того, является ли договор займа возмездным или безвозмездным.

Первое правило, допускающее досрочное исполнение заемщиком своего обязательства, рассчитано на случаи беспроцентного займа, но выглядит это правило довольно странно: "по беспроцентному долгу заемщик может произвести платеж и до срока, но не вправе требовать учета процентов за время, остающееся до срока".

Оказывается, по мнению Редакционной комиссии, при досрочном погашении займа "может возникнуть вопрос - не вправе ли заемщик ввиду того, что займодавец раньше срока получает возможность пользоваться своим капиталом и извлекать из него выгоду, от которой он отказался в пользу его, заемщика, произвести вычет процентов из возвращаемого капитала за все время, остающееся до срока" <*>. Сама Редакционная комиссия отвечала на этот вопрос отрицательно, для чего и было включено соответствующее правило в проект ГУ, хотя трудно себе представить ситуацию, когда бы заемщик, получивший беспроцентный (т.е. безвозмездный) заем, возвращая его досрочно, оставил бы себе часть этого займа, составляющую проценты, начисляемые (выходит, на займодавца) за тот период, в течение которого он мог бы еще пользоваться займом, если бы не возвратил его досрочно. Ситуация эта выглядит намеренно искусственной и уж во всяком случае не требующей какого-либо правового регулирования.

<*> Там же.

Второе правило состоит в том, что "по процентному долгу займодавец не обязан принимать платеж до срока". Лишение заемщика по процентному займу права досрочного (без согласия займодавца) исполнения своего обязательства объясняется в материалах Редакционной комиссии следующим образом: "По беспроцентному займу срок исполнения обязательства имеет значение главным образом для заемщика, но не для займодавца, так как, получая свой капитал, он собственно получает все то, на что имеет право. Что же касается займодавца по процентному займу, то получение одного только отданного в заем капитала, но не условленных по срок займа или не в полном количестве процентов, нарушает его интересы самым существенным образом, потому что не только лишает его приобретенного в силу договора займа права на проценты, но и может причинить ему потери и расходы, связанные с приисканием нового помещения для капитала" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 460.

В проекте ГУ можно обнаружить и специальное правило о порядке и сроке уплаты процентов, действие которого рассчитано на тот случай, если в договоре займа отсутствуют соответствующие условия. Согласно ст. 1895 проекта за отсутствием соглашения о сроке уплаты процентов они уплачиваются ежегодно по истечении каждого года, при займах же на срок менее года - одновременно с платежом капитала.

Особым образом регулировалась ответственность торговцев, выступающих совместно в роли заемщика по договору займа. Речь идет о норме, согласно которой торговцы, занявшие деньги

совместно, отвечают перед займодавцем как совокупные должники (ст. 1896 проекта ГУ). Смысл этой нормы, видимо, состоит в том, чтобы в императивном порядке установить солидарную ответственность торговцев, которые совместно берут деньги взаем, и тем самым исключить действие аналогичного по содержанию общего положения о совокупных (солидарных) обязательствах, сформулированного в форме диспозитивной нормы: "...если двое или несколько лиц приняли на себя обязательство по договору, относящемуся к торговле или имеющему своим предметом их общую собственность, то они подлежат совокупной ответственности, разве бы в договоре было постановлено иначе" (ст. 1707) <*>.

<*> Там же. С. 288.

Правда, в комментарии Редакционной комиссии говорится несколько о другом, а именно: "Действие этого правила (о совокупной ответственности по обязательствам, возникшим из торгового промысла. - В.В.) должно быть распространено... и на заемные обязательства; но так как доказать, что данное заемное обязательство возникло из торгового промысла, иногда бывает трудно, то к признакам обязательства, по коему содолжники обязаны нести совокупную ответственность, следует отнести выдачу его торговцами, т.е. такими лицами, которые занимаются торговлей, как профессией..." <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 468.

Остается констатировать, что приведенный комментарий Редакционной комиссии не соответствует содержанию комментируемой нормы.

Безденежность и иные основания недействительности займа

В связи с реальным характером договора займа и односторонним характером вытекающего из него обязательства специфическим основанием недействительности (ничтожности) займа признавалась его безденежность. Понятие безденежности займа трактовалось довольно широко и охватывало не только те элементарные случаи, когда заемное письмо выдавалось займодавцу заемщиком, не получившим от кредитора якобы занятую денежную сумму (либо соответствующее количество заменимых вещей), но и любые иные ситуации, когда выдача заемного письма не основывалась на каком-либо долговом обязательстве заемщика перед займодавцем.

По этому поводу Д.И. Мейер писал: "Но если займа не было произведено на деле, не было и другого обязательства, которое соответствовало бы займу, то заемное письмо считается безденежным и обязательство должника, основывающееся на нем, признается ничтожным" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 606.

Более определенно о сфере применения законоположений о безденежности займа высказался К.П. Победоносцев, который указывал: "Итак, безденежностью должно признавать доказанное отсутствие всякого зачета, всякого долгового отношения между сторонами, когда акт вовсе не содержит в себе действительной ценности. Но как не требуется непременно, чтобы при заключении займа денежная сумма была передаваема наличностью от кредитора должнику, то из сего явствует, как трудно бывает доказать безденежность заемного письма". Тем более что споры о безденежности крепостных заемных писем законодательством не допускались. "Итак, в смысле закона, - продолжал свою мысль К.П. Победоносцев, - пределы спора о безденежности заемного акта стеснены значительно: необходимо доказать, что по воле и намерению сторон выдача заемного письма не соединялась ни с каким зачетом образовавшейся до того ценности, ни с каким действительным долгом. Случаи этого рода могут быть, напр., когда заемное письмо составлено между сторонами не ради долга, а ради обеспечения других соглашений, с тем чтобы ценность его служила вместо неустойки, или страховой премии. В таком случае ценность акта оказывается мнимой, недолговой, и не имеет значения перед законом" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 337 - 338.

Против такой широкой трактовки категории безденежности займа (а вернее сказать, самого понятия займа) выступал Г.Ф. Шершеневич, который подчеркивал, что "там, где закон не опасается злого умысла со стороны должника, он оставляет теоретическую точку зрения и допускает действительность и возможность займа, основанного на пользовании трудом или услугами кредитора, на передаче товаров и изделий или вообще на поступлении какой-либо ценности от кредитора к должнику... Может быть, с точки зрения экономической подобный взгляд и верен, но в юридических понятиях он способен произвести полное смешение, потому что понятие о займе охватит собою все другие договоры: куплю-продажу, личный или имущественный наем, доверенность, комиссию и пр. Следуя по намеченному законом пути, практика наша дошла до заключения, что заемное обязательство, данное вследствие дара, т.е. выражающее собою обязательство дарителя передать подаренную, но при самом совершении дара не переданную сумму, не может быть признано безденежным... Таким образом, оказывается возможным заем, т.е. обязанность возвратить то, что никогда не было получено" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 483 - 484.

Особое внимание обращалось российскими правоведами на случаи, когда безденежные заемные письма выдавались неплатежеспособными должниками в преддверии банкротства. Видимо, подобные ситуации имели в ту пору широкое распространение. Вот как об этом пишет Д.И. Мейер: "Наконец, считаются недействительными заемные письма, выданные несостоятельным должником подложно, в ущерб верителям, для возвращения ему имущества, которое должно бы идти на удовлетворение кредиторов. В действительности операция эта обрабатывается так: лицо видит, что дела его идут плохо; ему хочется обмануть кредиторов, не заплатить им долги не только из всего своего имущества, но и из того, которое он объявит при несостоятельности; и вот он безденежно выдает заемные письма своим приятелям с тем, чтобы они с получением по таким заемным письмам удовлетворения из

конкурсной массы возвратили ему полученное - все или за вычетом некоторой части в собственную пользу". В подобных случаях "заемные письма выдаются безденежно, следовательно, они ничтожны уже по своей безденежности" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 608.

К.П. Победоносцев акцентирует внимание на законодательной оценке подобных действий должника: "Закон указывает на другой случай безденежности, соединенный с подлогом, т.е. со злым намерением сторон обмануть третье лицо, в договоре не участвовавшее. Этот случай может быть при несостоятельности, когда неплатный должник, желая присвоить себе часть массы имущества, составляющей достояние кредиторов, соглашается с посторонним лицом - выдать ему безденежно, т.е. подложно, земельные акты дутые, с тем чтобы они могли быть представлены в конкурсе наравне с актами подлинных кредиторов. Так образуется мнимая и притом лживая ценность, которую закон отвергает. Такой лживый займодавец не только лишается права на удовлетворение из массы, но подвергается еще ответственности по законам уголовным..." <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 338.

Опровержение заемных писем несостоятельного должника обеспечивалось (пусть и с использованием положений о безденежном займе) благодаря специальному конкурсному законодательству. Во многих же других случаях признанию займа недействительным по безденежности препятствовало действовавшее тогда правило о недопустимости спора о безденежности займа, оформленного крепостным заемным письмом. Кстати сказать, российские правоведы пытались устранить данное препятствие при подготовке проекта Гражданского уложения, который, как отмечалось ранее, не придавал особого значения крепостному заемному письму, не имевшему никаких преимуществ перед любой иной письменной формой договора займа.

Содержавшаяся в проекте ГУ норма о недействительности займа по безденежности выглядела следующим образом: "Заемщик вправе доказывать безденежность займа, то есть что деньги не переданы или переданы в меньшем количестве против показанного в акте займа" (ст. 1897). В материалах Редакционной комиссии подчеркивается, что в проект не были включены какие-либо положения о доказательственной силе различных заемных актов по той причине, что "вопрос этот должен подлежать общим правилам о силе письменных доказательств. Возможное несоответствие содержания заемного акта в момент его написания с действительностью и подтвержденное опытом предположение, что это несоответствие может иногда продолжаться и существовать как при вручении акта противной стороне, так и при предъявлении его ко взысканию, побуждает... к принятию мер, которые ограждали бы лиц, выдавших безденежные заемные акты..." <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 463.

Интересно отметить, что в первой редакции проекта ГУ приведенная статья включала в себя

норму, не допускающую спора о безденежности заемного акта, удостоверенного нотариусом, но при последующих обсуждениях проекта данная норма была исключена <*>.

<*> См.: Там же.

Проект ГУ так и не стал действующим законом, а действовавшее правило о недопустимости спора о безденежности крепостного заемного письма не исключало возможности признания договора займа недействительным по иным основаниям (помимо безденежности). Об этом хорошо сказано у Д.И. Мейера: "Припомним, что спор о безденежности крепостного заемного письма не допускается; следовательно, стоило бы только для прикрытия лихоимственных изворотов или к ущербу кредиторов выдать крепостное заемное письмо, и цель была бы достигнута. Но при существовании особого закона о недействительности заемных писем, выданных для прикрытия взяточничества или в ущерб кредиторам, цель еще не будет достигнута выдачей крепостного заемного письма. Если спор о его безденежности не допускается, то можно опорочить заемное письмо по другому основанию: по прикрытии им взяточничества, по выдаче в ущерб кредиторам, - результат в гражданском отношении будет один и тот же: заемное письмо будет признано не подлежащим удовлетворению, ничтожным" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 608.

Законодательство, действовавшее в ту пору, особым образом относилось к займам, которые делались лицами, участвовавшими в азартных играх. В частности, закон не признавал правового значения займа, когда он заключался по игре и для игры с ведома о том кредитора. Под займом по игре понимался долг проигравшего, оформленный заемным письмом. По закону уплата такого долга составляла дело чести проигравшего, а отсутствие ее правового обеспечения восполнялось нравственной защитой. Заем по игре признавался недействительным, во всяком случае, в том числе и тогда, когда обе стороны были согласны на установление заемного обязательства.

Считалось, что заем для игры имел место тогда, когда проигравший занимал денежную сумму у третьего лица в целях платежа проигрыша выигравшему игроку. Заем для игры признавался недействительным только в том случае, если займодавцу (третьему лицу) было известно об этих целях заемщика. Если же заемщик, получая от займодавца денежную сумму, не сообщал ему о своих целях, о которых займодавцу не могло быть известно также из других источников, заемное обязательство сохраняло свою силу.

Следует отметить, что российские правоведы неоднозначно и по-разному подходили к законоположениям о недействительности займа по игре и займа для игры. Например, Г.Ф. Шершеневич полагал, что в этом случае "закон преследует мотив, по которому заключается заем, признавая безнравственность и вредность для частного хозяйства таких договоров" <*>, в то же время он подчеркивал, что "закон говорит только о долгах по игре и для игры, а не о самой игре, и потому расплата по игре сохраняет полную юридическую силу, так что не может быть и речи о требовании назад уплаченного после игры проигрыша. Если произошел платеж по долговому обязательству, основанному на игре, то для уплатившего не закрывается возможность требовать обратно уплаченного, так как исполнение по недействительному обязательству не может иметь силы,

а так называемых натуральных обязательств, которые охраняются не иском, а возражением, наше законодательство не знает" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 484.

<*> Там же. С. 485.

Д.И. Мейер указывал, что "нравственное чувство порядочного человека запрещает основывать долговые претензии на игре - самом праздном и дешевом способе приобретения имущественных средств, осуждает расчеты на средства играющего, когда в наличности у него их нет. И вот по всем этим соображениям законодательство отказывается в охранении долговым обязательствам, возникшим по игре. Другое дело, что в действительности эти обязательства исполняются, и исполняются, быть может, добросовестнее, чем другие обязательства, именно потому, что законодательство отказывается им в охранении, следовательно, исполнение их составляет дело совести и чести... Но, естественно, законодательство не разделяет такого взгляда и остается при своем отказе в охранении долговым обязательствам, возникшим по игре" <*>.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 607.

Наиболее категоричным образом выразил свое отношение к законоположениям о недействительности займа, оформляющего игорный долг, К.П. Победоносцев, который пришел к следующему выводу: "Этот закон принадлежит к числу мертвых или непрактических постановлений. Пользы от него не может быть и нравственной, ибо никого не в силах удержать ни от игры, ни от сделки по игре; доказать происхождение долга от игры крайне затруднительно, и потому закон приносит только вред, указывая недобросовестным должникам способ уклоняться от взыскания и тянуть дело. Притом не всякая игра признается незаконною и безнравственною: сам закон допускает дозволенные игры, следовательно, не имеет повода отвергать и ценность, из такой игры образовавшуюся" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 338.

Тем не менее при подготовке проекта Гражданского уложения возобладала тенденция к ужесточению правового регулирования долговых обязательств, возникших из игры. В проект ГУ была включена норма, согласно которой из игры и пари не возникает обязательств, пользующихся судебной защитой. Долг, происшедший по игре или пари, хотя бы облеченный в форму долгового акта, не подлежит ни взысканию, ни зачету (ст. 2539). В соответствии с другой нормой добровольно уплаченный проигрыш по игре или пари может быть требуем обратно в том лишь случае, если выигравшая сторона действовала недобросовестно (ст. 2542).

Как видно из материалов Редакционной комиссии, последняя провела глубокий сравнительно-правовой анализ этого вопроса и пришла к следующим выводам. Для того чтобы требование, возникающее из договора (в данном случае речь идет о договоре из игры), пользовалось защитой

закона, необходимо, чтобы договор удовлетворял существенные потребности не только тех лиц, которые вступают в соглашение между собой, а тем более не одного из них в ущерб другому, но и потребности общества или государства; "необходимо, чтобы договор делал возможным достижение общепользовательных целей, а не вызывался желанием удовлетворить личной прихоти, капризу. Вот почему покровительством закона обыкновенно пользуются лишь те договоры, которые отвечают требованиям народного благосостояния" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 1165.

Далее Комиссия отмечает, что "в практической жизни нередко высказывается мнение, будто правило о ничтожности возникающих из игры требований оказывает деморализующее влияние, поощряя игроков не платить своих проигрышей". "Против этого следует заметить, - указывается в ее материалах, - что долги по игре, принадлежащие к числу так называемых долгов чести, охраняются общественным мнением, обычаем, наконец, теми дисциплинарными мерами, которые практикуются в общественных собраниях против неисправных плательщиков... Игра на деньги может иметь лишь развращающее влияние, которое значительно возросло бы, если бы суд принял под свою защиту возникающие из таких игр требования, хотя бы игры эти велись добросовестно и не были запрещены правительством. Но не следует забывать, что при игре на деньги происходят сплошь и рядом весьма неблагоприятные проделки, шулерство, вовлечение в азарт... Возникшие при таких условиях обязательства, хотя облеченные в форму долговых актов, не могут и не должны пользоваться защитой закона, так как это было бы противно добрым нравам и деморализовало бы общество". Поэтому Комиссия не сочла возможным "обременять суды разбирательством споров по удовлетворению требований" <*>, возникающих из игр.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 1166.

2. Договор займа по советскому гражданскому праву

Правовое регулирование договора займа

В советское время развитие правового регулирования договора займа прошло четыре различных этапа, три из которых можно "привязать" к трем проводившимся кодификациям гражданского законодательства.

Первый этап правового регулирования отношений займа наступил с момента принятия и введения в действие (с 1 января 1923 г.) первого Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. (далее - ГК 1922 г.). ГК 1922 г. посвятил договору займа отдельную главу (гл. VI "Заем", ст. ст. 208 - 219), расположенную в тексте Кодекса после соответствующих глав о договорах имущественного найма, купли-продажи и мены и перед главой о договоре подряда.

Договор займа рассматривался в качестве самостоятельного гражданско-правового договора, по которому одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или определенные родовыми признаками вещи, а заемщик обязуется возвратить займодавцу полученную

сумму денег или равное взятому займы количество вещей того же рода и качества с процентами или без процентов (ст. 208 ГК 1922 г.) <*>.

<*> Гражданский кодекс РСФСР. Официальный текст с изменениями на 1 июля 1950 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов / Министерство юстиции РСФСР. М., 1950. С. 91.

Из приведенного определения договора займа видно, что он конструировался как договор реальный, который вступает в силу в момент передачи займодавцем заемщику соответствующей денежной суммы или количества вещей, определяемых родовыми признаками (т.е. заменимых). Реальным характером договора займа предопределялся односторонний характер вытекающего из него обязательства: обязанности (по возврату займа и в соответствующих случаях уплате процентов) возлагались только на заемщика, а у займодавца имелось лишь право требовать от заемщика исполнения указанных обязанностей. Договор займа мог быть как возмездным, так и безвозмездным в зависимости от наличия или отсутствия в договоре условия о процентах, подлежащих уплате заемщиком.

В целом нормы, направленные на правовое регулирование договора займа, весьма сильно напоминали соответствующие положения о займе, содержащиеся в дореволюционном проекте Гражданского уложения, за исключением лишь отдельных правил, имевших определенные отличия принципиального характера.

По сфере своего применения нормы ГК 1922 г. охватывали все соответствующие правоотношения с участием как граждан, так и организаций, в том числе и те отношения, по которым в роли займодавца или заемщика выступал государственный банк. Более того, так же как и в проекте ГУ, в ГК 1922 г. имелась норма, согласно которой стороны могли облечь в форму заемного обязательства всякий долг, возникающий из купли-продажи, найма имущества или другого основания; в таком случае подлежали применению правила о займе (ст. 209). Речь идет по сути о возможности новации любого долгового обязательства, из какого бы договора оно ни возникло, в заемное обязательство.

Так же как и в проекте Гражданского уложения, в ГК 1922 г. положительным образом решался вопрос о возможности заключения предварительного договора займа, с тем лишь уточнением, что ГК 1922 г. прямо говорит о "предварительном договоре о заключении в будущем займа", в принципе устраняя необходимость какого-либо толкования этого договора в том смысле, что он никак не может быть признан консенсуальной моделью самого договора займа, как это сделано в материалах Редакционной комиссии, подготовившей дореволюционный проект ГУ.

В положительном же смысле норма о предварительном договоре, содержащаяся в ГК 1922 г., определяет, что такой договор должен быть совершен в письменной форме, независимо от суммы займа (ст. 218). Другое правило, касающееся предварительного договора о заключении в будущем договора займа, состоит в том, что лицо, обязавшееся по предварительному договору дать другому займы, может требовать расторжения предварительного договора, если впоследствии имущественное положение контрагента значительно ухудшится, в частности, если он будет признан несостоятельным или приостановит платежи (ст. 219). И здесь мы обнаруживаем значительное, если не сказать определяющее, влияние проекта ГУ.

Что касается формы самого договора займа, то на этот счет в ГК 1922 г. имелось положение, в соответствии с которым договор займа на сумму свыше 50 рублей должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение данного требования влекло то последствие, что стороны лишались права в случае спора ссылаться в подтверждение заключения договора займа на свидетельские показания, но сохраняли право приводить письменные доказательства (ст. 211).

Как отмечалось, ГК 1922 г. допускалась возможность заключения как возмездного, так и безвозмездного договора займа. Особенность правового регулирования, предлагаемого ГК 1922 г. (ст. 212), состояла лишь в том, что в отношении любого договора займа (без их дифференциации на обычные и торговые) вводилась единая презумпция безвозмездности займа, о чем свидетельствует норма, в соответствии с которой займодавец может требовать проценты по займу лишь тогда, когда они назначены в договоре.

Так же как и в проекте ГУ, в ГК 1922 г. имелось положение о том, что проценты подлежат начислению только на капитальную сумму долга, а начисление процентов на проценты (сложные проценты) воспрещается. Правда, действие данного запрета не распространялось на сделки, совершаемые законно существующими кредитными установлениями (ст. 213). На тот случай, если в возмездном договоре займа стороны не определили порядок уплаты процентов, предусматривалось, что проценты выплачиваются ежемесячно.

Аналогично проекту ГУ, ГК 1922 г. наделял заемщика по договору беспроцентного займа правом досрочного исполнения обязательства; в подобных случаях займодавец обязывался принимать платеж, произведенный заемщиком до наступления предусмотренного договором срока (ст. 215). Что же касается возмездного договора займа, то по общему правилу займодавец мог отказаться от принятия досрочного платежа заемщика, однако по договору займа, предусматривающему размер процентов свыше 6% годовых, наделялся правом досрочно освободиться от обязательства путем возврата полученной суммы при условии предупреждения займодавца за три месяца или уплаты последнему процентов за месяц вперед (ст. 216 ГК 1922 г.).

Весьма похожи на соответствующие положения проекта ГУ и правила ГК 1922 г. о недействительности займа по безденежности: в соответствии со ст. 217 ГК 1922 г. заемщик вправе оспаривать действительность договора займа полностью или в части по его безденежности (безвалютности), доказывая, что деньги, вещи или их имущественный эквивалент (в случае новации долгового обязательства) в действительности или совсем не были им получены от займодавца, или получены в количестве меньшем, чем показано в договоре. В тех случаях, когда договор займа должен быть совершен в письменной форме, оспаривание его по безденежности не допускалось, за исключением случаев уголовно-наказуемых деяний.

Начало второму этапу развития правового регулирования договора займа положила так называемая кредитная реформа, проведенная в 1930 - 1931 гг. Законодательством о кредитной реформе, включавшем в себя ряд постановлений СНК СССР <*>, был введен запрет для социалистических организаций вступать друг с другом в заемные отношения. При этом законодательство исходило из несовместимости взаимного кредитования предприятий и организаций с хозрасчетными принципами социалистического хозяйствования. Эта мысль законодателя объяснялась в юридической литературе по-разному. Например, О.С. Иоффе по этому поводу писал: "Одно из основных назначений хозрасчета состоит в обеспечении контроля рублем за деятельностью предприятий: чем хуже предприятие работает, чем чаще срывает выполнение плана, тем большую потребность в деньгах оно испытывает. Но, удовлетворив свою потребность за счет кредитов, полученных от других организаций, можно было бы избежать выявления недостатков в работе

контролирующими органами. Чтобы этого не случилось, одновременно с мероприятиями, проведенными в начале 30-х годов с целью укрепления хозрасчета, было запрещено взаимное кредитование социалистических организаций. Поскольку, однако, потребность в кредитах не исключается и при самых высоких экономических показателях, законодательство о кредитной реформе вместо отмененного им взаимного кредитования ввело прямое банковское кредитование социалистических организаций" <*>.

<*> СЗ СССР. 1930. N 8. Ст. 98; 1931. N 4. Ст. 52, N 18. Ст. 166.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 647 - 648.

Представляется, однако, что гораздо ближе к истине те авторы, которые объясняли замену так называемого коммерческого кредитования одной организации другой прямым банковским кредитованием, осуществленную в ходе кредитной реформы, не заботой о развитии хозрасчета, а необходимостью обеспечения развернутого полного планирования народного хозяйства <*>.

<*> См., например: Научно-практический комментарий к Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик / Под ред. проф. С.Н. Братуся и проф. Е.А. Флейшиц. М., 1962. С. 316 (автор соответствующего раздела - С.В. Поленина).

Для договора займа кредитная реформа имела то последствие, что значительно сузила сферу его действия. И дело здесь не только в том, что данным договором более не охватывались отношения коммерческого кредита, которые ранее возникали между юридическими лицами (так называемыми социалистическими организациями), но в силу запрета должны были исчезнуть из имущественного оборота. Наряду с угасающими отношениями займа (результат кредитной реформы) стали развиваться отношения банковского кредитования, которые оказались довольно удобным объектом централизованного планирования, что предопределило необходимость их регулирования самостоятельным договором, который имел бы такой же плановый характер.

В итоге нормы о договоре займа, содержащиеся в ГК 1922 г., сохранили свое значение (за редкими исключениями) лишь для регулирования заемных обязательств, возникающих между гражданами. Что касается отношений, связанных с банковским кредитованием как организаций, так и граждан, то они были выведены из-под действия указанных норм о договоре займа и регулировались отдельными нормативными правовыми актами: постановлениями правительства, банковскими инструкциями и правилами.

Третий этап развития правового регулирования договора займа связан со второй кодификацией гражданского законодательства, имевшей место в начале 60-х гг. XX в. Результатом указанной кодификации явилось принятие Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик <*> (далее - Основы гражданского законодательства 1961 г., Основы 1961 г.) и Гражданского кодекса РСФСР <*> (далее - ГК 1964 г.).

<*> См.: Закон СССР "Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и

союзных республик" от 8 декабря 1961 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. N 50. Ст. 525.

<***> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. N 24. Ст. 406.

В Основах гражданского законодательства 1961 г. отсутствуют какие-либо нормы о договоре займа, поскольку в силу Конституции СССР и в соответствии с самими Основами (ст. 3) регулирование указанных отношений не было отнесено к ведению Союза ССР и, стало быть, входило в компетенцию союзных республик. Вместе с тем в Основы гражданского законодательства 1961 г. была включена гл. 11 "Расчетные и кредитные отношения", в состав которой входили в том числе статьи, содержавшие правила о банковском кредитовании: ст. 85 "Кредитование организаций"; ст. 86 "Банковские ссуды гражданам", ст. 87 "Вклады граждан в кредитных учреждениях".

В ГК 1964 г. также имелась соответствующая глава (гл. 34 "Расчетные и кредитные отношения"), включавшая в свой состав аналогичные статьи: ст. 393 "Кредитование организаций"; ст. 394 "Банковские ссуды гражданам"; ст. 395 "Вклады граждан в кредитных учреждениях", удел которых составило повторение норм, содержащихся в ст. ст. 85 - 87 Основ гражданского законодательства 1961 г. Дело в том, что в соответствии со ст. 3 Основ по отношениям, регулирование которых было отнесено к ведению Союза ССР, законодательством союзных республик могли разрешаться лишь те вопросы, которые отнесены к их ведению законодательством Союза ССР.

В то же время регулирование отношений по договору займа входило в компетенцию союзных республик, поэтому ГК 1964 г. включал в себя гл. 26 "Заем" (ст. ст. 269 - 274), где были сосредоточены как общие правила о договоре займа, так и специальные правила об отдельных его разновидностях.

Определение договора займа, содержащееся в ГК 1964 г. (ст. 269), выглядело следующим образом: по договору займа одна сторона (займодавец) передает другой стороне (заемщику) в собственность или оперативное управление деньги или вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег или равное количество вещей того же рода и качества. В ст. 269 содержались нормы о том, что договор займа на сумму свыше 50 руб. должен быть совершен в письменной форме, а также о том, что договор займа считается заключенным с момента передачи денег или вещей.

Имелось в ГК 1964 г. и правило о процентах по договору займа, согласно которому взимание процентов по договору займа допускалось только в случаях, установленных законодательством Союза ССР, а также по заемным операциям касс общественной взаимопомощи и городских ломбардов (ст. 270).

Предусматривалось также право заемщика оспаривать договор займа по его безденежности, доказывая, что деньги или вещи в действительности не получены им от займодавца или получены в меньшем количестве, чем указано в договоре. В тех случаях, когда договор займа должен был совершаться в письменной форме, оспаривание его по безденежности с привлечением свидетельских показаний не допускалось, за исключением случаев уголовно-наказуемых деяний (ст. 271 ГК 1964 г.).

Остальные статьи, содержащиеся в гл. 26 ГК 1964 г. (ст. ст. 272 - 274), включали в себя правила об отдельных разновидностях займа: о заемных операциях банков и государственных трудовых сберегательных касс, ломбардов, касс общественной взаимопомощи и фондов творческих союзов.

Очевидно, что правовое регулирование договора займа, предложенное ГК 1964 г., существенным образом отличалось от того, которое содержалось в ГК 1922 г. Само определение

договора займа (ст. 269), сохранявшее в основном традиционные черты этого договора, допускало передачу предмета займа: денежных средств или вещей, определяемых родовыми признаками, не только в собственность, но и в оперативное управление заемщика. Имелись в виду, конечно же, государственные предприятия и организации, за которыми государственное имущество закреплялось на этом ограниченном вещном праве.

Из определения договора займа, содержащегося в ст. 269 ГК 1964 г., следует, что обязательство заемщика ограничено лишь возвратом займодавцу такой же суммы денег или равного количества вещей, которые были переданы заемщику, и не включает в себя обязанность уплаты процентов. Более того, по общему правилу взимание процентов не предусматривалось, за исключением отдельных случаев, определенных законодательством (ст. 270). Данное обстоятельство сделало возможным значительно сократить число норм, регулирующих договор займа (для сравнения: ГК 1922 г. включал в себя шесть статей - ст. ст. 212 - 216, в которых разрешались различные вопросы, связанные с уплатой процентов по займу).

В ГК 1964 г. не нашлось места норме, предоставляющей сторонам право облечь в форму займа всякое долговое обязательство, возникшее из купли-продажи, имущественного найма или другого основания, с распространением на эти отношения правил о займе (в ГК 1922 г. - ст. 209). Это объяснялось в юридической литературе изменившимися экономическими условиями. Например, в одной из работ тех лет, посвященной сравнительно-правовому анализу ГК 1922 г. и ГК 1964 г., по этому поводу сказано следующее: "Но дело в том, что в отношениях между социалистическими организациями, которым запрещено взаимное кредитование, замена любого другого обязательства договором займа была бы признана противоправной, а в отношениях между гражданами, где такая замена осуществима, она вполне может быть произведена по правилам... о новации, ввиду чего нет необходимости вновь приводить аналогичное правило в главе о договоре займа" <*>.

<*> Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. Л., 1965. С. 265.

Действительно, в соответствии с ГК 1964 г. (ст. 233) новация обязательств была разрешена социалистическим организациям только в отношении неплановых договоров: "...прекращение обязательства между социалистическими организациями соглашением сторон, в частности соглашением о замене другим обязательством, допускается, поскольку это не противоречит актам планирования народного хозяйства". Если еще принять во внимание действовавший с 1930 г. общий запрет кредитования между социалистическими организациями, то становится очевидным отсутствие необходимости в норме о преобразовании любого долгового обязательства в договор займа.

Бросается в глаза еще одно весьма существенное отличие ГК 1964 г. от ГК 1922 г.: в тексте ГК 1964 г. отсутствует какое-либо упоминание о предварительном договоре займа (в ГК 1922 г. - ст. ст. 218 - 219). Комментаторы ГК 1964 г. пытались объяснить данное обстоятельство. Например, О.С. Иоффе указывал: "Действующий ГК такого института, как договор предварительного займа, не знает. Заемные отношения с участием банка возникают лишь с момента выдачи ссуды, тогда как подготовительные к ее выдаче правоотношения (например, порождаемые разрешительной надписью руководителя учреждения банка на заявлении кредитуемой организации) являются административными, а не гражданско-правовыми. Что же касается отношений между гражданами, то в настоящее время придавать юридическое значение одному только обещанию предоставить заем с возможным возложением ответственности за убытки, вызванные его неисполнением, значило бы

распространять юридическое нормирование на такие социальные явления, которые по своей природе не выходят за чисто этические рамки" <*>.

<*> Там же.

Данное объяснение причин отказа от традиционных правил, направленных на регулирование отношений, связанных с заключением и исполнением предварительного договора займа, что неуклонно влекло за собой обеднение имущественного оборота, на наш взгляд, не представляется убедительным. Впрочем, и основной аргумент О.С. Иоффе, касающийся заемных отношений с участием банков (о том, что указанные отношения возникают лишь с момента выдачи ссуды), также вызывает серьезные сомнения (данный вопрос будет рассмотрен позже).

В то же время ошибка законодателя, необоснованно отказавшегося от классической конструкции предварительного договора займа, рассматривалась О.С. Иоффе в качестве мотива внесения в текст ГК 1964 г. четкого положения о реальном характере договора займа. Имеется в виду положение, содержащееся в ст. 269, о том, что договор займа считается заключенным в момент передачи денег или вещей, являющихся предметом займа. По этому поводу О.С. Иоффе писал: "Поскольку же договор предварительного займа консенсуален, т.е. считается заключенным в момент достижения соглашения между сторонами, то ясно, что отличающийся от него договор займа не может быть никаким иным, кроме как реальным, заключаемым в момент передачи займодавцем заемщику денег или вещей, определенных родовыми признаками... Но с исключением норм о предварительном займе из советского гражданского законодательства уже нельзя по сопоставлению с ними прийти к выводу о реальном характере договора займа. Поэтому нужно было придать такому выводу прямое выражение в законе..." <*>. Хотя очевидно, что и без этого "прямого выражения в законе" существо займа как реального договора не вызывало никаких сомнений.

<*> Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 265 - 266.

Начало четвертого (переходного) этапа развития правового регулирования договора займа, который оказался самым коротким (1992 - 1996 гг.), связано с принятием и введением в действие на территории Российской Федерации (с 3 августа 1992 г.) Основ гражданского законодательства <*> (далее - Основы гражданского законодательства 1991 г., Основы 1991 г.). Как известно, Основы гражданского законодательства были приняты 31 мая 1991 г. и должны были вступить в силу на всей территории СССР с 1 января 1992 г., чему не суждено было сбыться в связи с исчезновением государства с таким названием. Вместе с тем Россия и некоторые другие государства - члены СНГ временно, до подготовки новых гражданских кодексов, сочли возможным применять на своих территориях Основы гражданского законодательства 1991 г. Таким образом, период (пусть непродолжительный), в течение которого на территории Российской Федерации применялись правила о договоре займа, содержащиеся в Основах 1991 г., действительно составляет самостоятельный (переходный) этап в развитии правового регулирования договора займа.

<*> Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. N 26. Ст.

В соответствии со ст. 113 (п. п. 1 и 2) Основ гражданского законодательства 1991 г. по договору займа (кредитному договору) займодавец (кредитор) передает заемщику (должнику) в собственность (полное хозяйственное ведение или оперативное управление) деньги или вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется своевременно возратить такую же сумму денег или равное количество вещей того же рода и качества. За кредит, предоставленный лицами, занимающимися предпринимательской деятельностью, взимаются проценты, если иное не предусмотрено договором. Размер процентов определяется соглашением сторон с соблюдением требований к процентным ставкам по кредитам, установленным в соответствии с законодательными актами, а при отсутствии такого соглашения - в размере средней ставки банковского процента, существующей в месте нахождения кредитора. Договор займа между гражданами, не связанный с предпринимательской деятельностью, предполагается беспроцентным, если в нем не установлено иное.

Из приведенного определения договора займа и положений о процентах по займу видно, насколько существенно правила о займе, содержащиеся в Основах 1991 г., отличаются от норм ГК 1964 г. В принципе само определение договора займа довольно традиционно, если не считать указания о возможности передачи заемщику предмета займа не только в собственность, но и в полное хозяйственное ведение и оперативное управление. Однако данное обстоятельство скорее свидетельствует о специфике определенных субъектов гражданских прав: государственных предприятий и государственных учреждений, наделенных теми же Основами особыми вещными правами на закрепленное за ними имущество (соответственно правом полного хозяйственного ведения и оперативного управления), нежели об особенностях регулирования именно договора займа. В остальном же из определения договора займа следует, что Основы 1991 г. остановились на его классической модели, признав, что договор займа является реальным договором, порождающим одностороннее обязательство (на стороне заемщика), объектом которого могут выступать либо деньги, либо иные вещи, определенные родовыми признаками (т.е. заменимые вещи).

По способу решения вопроса о процентах по договору займа Основы гражданского законодательства 1991 г. разительно отличаются как от ГК 1964 г., так и от ГК 1922 г. и скорее приближаются к дореволюционному проекту Гражданского уложения: в отношении обычных займов (между гражданами) установлена презумпция безвозмездности договора займа, а на тот случай, если в роли займодавца выступает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность (в редакции проекта ГУ - заем между торговцами), предусмотрена обратная презумпция: проценты подлежат уплате, если иное не предусмотрено договором, даже тогда, когда их размер не определен соглашением сторон (применяется средняя ставка банковского процента, существующая в месте нахождения кредитора).

Вместе с тем бросается в глаза отождествление договора займа и кредитного договора, которое может быть понимаемо двояко: во-первых, термины "договор займа" и "кредитный договор" признаются синонимами и обозначают одно и то же правовое явление - всякий договор, по которому заемщик (должник) получил деньги или иные заменимые вещи в собственность и обязуется возратить займодавцу такую же денежную сумму или аналогичное количество занятых вещей; во-вторых, кредитный договор не может считаться самостоятельным договором, а представляет собой вид займа, в силу чего при отсутствии специальных правил именно о кредитном договоре вытекающие из него отношения подлежат регулированию общими положениями о займе.

В пользу второй позиции свидетельствует включение в ст. 113 Основ нескольких специальных правил, направленных на регулирование исключительно кредитного договора. К числу таких правил, в частности, относятся следующие нормы: в качестве обеспечения своевременного возврата кредита банки и другие кредиторы по кредитному договору могут принимать залог, поручительство (гарантию) и обязательства в других формах, принятых банковской практикой; должник обязан предоставить банку возможность контроля за обеспеченностью кредита; нарушение обязательств по обеспечению возврата кредита служит основанием для его досрочного взыскания (п. 4 ст. 113 Основ 1991 г.).

Более того, в Основы гражданского законодательства 1991 г. была включена специально и полностью посвященная именно кредитному договору статья, согласно которой кредитным договором может быть предусмотрена обязанность банка или иного лица, занимающегося предпринимательской деятельностью, предоставить кредит в сроки, в размере и на условиях, согласованных сторонами. Лицо, обязавшееся предоставить кредит, вправе впоследствии отказаться от кредитования при признании должника неплатежеспособным, невыполнении им обязанностей по обеспечению кредита, а также в других случаях, предусмотренных договором (ст. 114 Основ 1991 г.).

Таким образом, в тексте Основ гражданского законодательства 1991 г. обнаруживаются как минимум три видообразующих признака, позволяющих выделять кредитный договор в отдельный вид договора займа: особенность субъектного состава, состоящая в том, что на стороне займодавца выступает банк или иное лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью; возмездность пользования кредитом; консенсуальный характер договора.

Основы гражданского законодательства 1991 г. включали еще одно примечательное положение о том, что предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, может быть предусмотрено договорами купли-продажи, подряда и другими договорами, если это не запрещено законодательными актами и не противоречит существу соответствующих обязательств (п. 5 ст. 113). Данное положение, бесспорно, свидетельствует о признании законодателем как коммерческого, так и товарного кредита.

Если к этому добавить, что общие положения об обязательствах, содержащиеся в Основах 1991 г., включали в себя и нормы о предварительном договоре (ст. 60), применение которых было рассчитано и на отношения, связанные с заключением предварительного договора займа, то, видимо, правильным будет вывод о стремлении разработчиков указанных Основ гражданского законодательства воссоздать классическую модель договора займа, несколько модернизированную в соответствии с условиями современного имущественного оборота.

На протяжении всех рассмотренных четырех этапов развития правового регулирования договора займа в советский период наиболее типичной и долговременной явилась модель правового регулирования отношений займа, сложившаяся в результате кредитной реформы 1930 - 1931 гг. и окончательно оформленная юридически при кодификации гражданского законодательства 1961 - 1964 гг. В этот период отношения займа (единые по своей сути) регулировались двумя признаваемыми самостоятельными гражданско-правовыми договорами: договором займа и кредитным договором (договором банковской ссуды).

Понятие, признаки и содержание договора займа

Под договором займа в советский период понимался такой договор, по которому одна сторона

(займодавец), передавая в собственность или оперативное управление другой стороне (заемщику) деньги или вещи, определенные родовыми признаками, вправе требовать, а заемщик обязан возвратить полученную сумму денег или равное взятому займы количество вещей того же рода и качества <*>.

<*> См., например: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 651.

Правовая квалификация договора займа включала в себя признание его договором реальным, поскольку он считался заключенным лишь с момента передачи заемщику денег или вещей, составляющих предмет займа; односторонним, так как займодавцу в этом договоре принадлежали только права требования при отсутствии каких-либо обязанностей, а на стороне заемщика, напротив, имелись только обязанности (возвратить полученную денежную сумму или определенное количество вещей, а в соответствующих случаях уплатить проценты); по общему правилу безвозмездным, поскольку взимание процентов допускалось лишь в особых случаях, предусмотренных законодательством.

В юридической литературе обычно подчеркивалось определенное сходство договора займа с договорами имущественного найма и ссуды и выявлялись характерные черты займа, отличающие его от названных договоров. Например, О.С. Иоффе писал: "Заем обладает некоторым сходством с имущественным наймом и ссудой, так как и по договору займа имущество одного лица передается другому с обязательством возврата без вознаграждения (подобно ссуде) или иногда с уплатой вознаграждения (подобно имущественному найму). Но ссудодатель и наймодатель передают имущество в пользование, а займодавец - в собственность или оперативное управление другого контрагента. Ссудополучатель и наниматель обязаны возвратить ту же самую вещь, а заемщик - такое же количество аналогичных вещей. Поэтому предметом ссуды и имущественного найма являются непотребляемые индивидуально определенные, а предметом займа - потребляемые, определенные родовыми признаками вещи" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 652.

Аналогичные существенные черты договора займа выделял также Я.А. Куник, который указывал: "Предметом договора займа могут быть любые вещи, определенные родовыми признаками. Практически наиболее часто предметом займа являются деньги. Во внутреннем обороте денежная сумма, составляющая предмет договора займа, должна быть выражена только в советской валюте... Предмет займа передается займодавцем заемщику в собственность, а когда заемщиком является государственная, государственно-кооперативная, государственно-колхозная или межколхозная организация, предмет займа передается соответствующей организации в оперативное управление..." <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. М., 1982. С. 316 (автор гл. 26 "Заем" - Я.А. Куник).

Поскольку сфера действия договора займа была искусственно урезана и типичные заемные отношения были либо запрещены (как, например, в случае с запретом взаимного коммерческого кредитования социалистических организаций), либо объявлены предметом регулирования со стороны самостоятельных договоров (как в случае с заемными отношениями с участием банков), в юридической литературе сложилось понимание договора займа как в узком, так и в широком смысле. Под договором займа в узком значении этого слова понимался договор, ограниченный рамками ГК и применяемый в пределах той сферы действия, которая отводилась ему законодательством. Договором займа в широком смысле, как было принято считать в юридической литературе, охватывались любые кредитные сделки в чистом виде, когда сторона, получившая деньги или вещи, определенные родовыми признаками, обязывалась вернуть такую же денежную сумму или такое же количество вещей своему контрагенту <*>.

<*> См., например: Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 216.

Комментируя нормы ГК 1964 г. о договоре займа, Я.А. Куник подчеркивал, что в ст. 269 содержится "понятие договора займа как кредитной сделки. В таком широком смысле договором займа охватываются все допустимые в нашем гражданском обороте заемные отношения, независимо от состава их участников и оснований возникновения". Вместе с тем он тут же отмечал, что "нормы гл. 26 (ст. ст. 270 - 271) имеют наибольшее практическое применение при возникновении бытовых заемных отношений между гражданами. Когда одной из сторон заемных отношений выступает социалистическая организация (ломбарды, кассы общественной взаимопомощи, фонды творческих союзов), заключается договор, регулируемый специальными нормативными актами... Отношения социалистических организаций по банковскому кредитованию также имеют сходные черты с заемными отношениями, регулируемые ГК. Однако это сходство, в основном, внешнее, их можно признать заемными лишь в широком смысле, как они определены в ст. 269. По своей правовой природе отношения по банковскому кредитованию социалистических организаций опосредуются особым договором банковской ссуды и подчиняются правилам специального законодательства..." <*>.

<*> Куник Я.А. Указ. соч. С. 316.

О.С. Иоффе, который также призывал понимать договор займа не только в узком значении, но и в широком смысле этого слова, как договор, поглощающий любые сделки по предоставлению кредита, в то же время указывал: "В том виде, в каком договор займа непосредственно регулируется ГК (ст. ст. 270 - 271), его применяют только граждане. Заемные отношения граждан с организациями (банком, гострудсберкассами, ломбардами, кассами общественной взаимопомощи и фондами творческих союзов) лишь упоминаются в ГК (ст. ст. 272 - 274) с выделением иногда некоторых видов этих отношений... Непосредственное же регулирование отношений такого рода осуществляется при помощи специальных нормативных актов, в том числе уставов тех организаций (банка, ломбарда и т.п.), от которых граждане получают кредит" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 652 - 653.

Как отмечалось, ГК 1964 г. устанавливал обязательную письменную форму для договоров займа на сумму свыше 50 рублей, но не предусматривал каких-либо специальных последствий несоблюдения этого требования. В связи с этим подлежали применению общие последствия нарушения простой письменной формы всякой сделки, которая в соответствии с законодательством должна была совершаться в письменной форме: сделка не признавалась недействительной, однако в случае спора стороны лишались права ссылаться в подтверждение сделки на свидетельские показания.

Вопрос о правах и обязанностях сторон по договору займа в силу односторонности заемного обязательства рассматривался в границах обязанностей заемщика, которыми предопределялись корреспондирующие им права займодавца.

Основная обязанность заемщика состояла в возврате займодавцу полученной денежной суммы или равного количества взятых у последнего вещей того же рода и качества. Характерно, что гл. 26 ГК 1964 г. не содержала никаких правил ни о сроке, ни о порядке исполнения заемщиком этой обязанности. В случае если в конкретном договоре займа не предусматривался срок исполнения обязательства заемщиком, подлежали применению общие положения об исполнении обязательства с неопределенным сроком исполнения: в соответствии со ст. 172 ГК 1964 г., если срок исполнения обязательства не установлен либо определен моментом востребования, кредитор вправе потребовать исполнения, а должник вправе произвести исполнение в любое время. В тех же случаях, когда договором займа был определен срок возврата занятых денег или вещей, по общему правилу допускалось досрочное исполнение с тем только изъятием, что досрочное исполнение обязательства между государственными, кооперативными и общественными организациями было возможным, когда это предусматривалось законом или договором, а также с согласия кредитора (ст. 173 ГК 1964 г.).

Относительно порядка исполнения обязательства заемщика по возврату займа, также не регулируемого специальным образом гл. 26 ГК 1964 г., можно сказать лишь то, что кредитор (опять же в силу общих правил об исполнении обязательства) имел право не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не было предусмотрено законом, актом планирования или договором (ст. 170 ГК 1964 г.).

В большинстве случаев исполнение заемщиком своего обязательства ограничивалось возвратом занятой денежной суммы или вещей, поскольку по общему правилу, как уже отмечалось, договор займа признавался безвозмездным (ст. 270 ГК 1964 г.). Вместе с тем в случае просрочки заемного обязательства, выраженного в деньгах, заемщик был обязан уплатить за время просрочки 3% годовых с просроченной суммы (ст. 226 ГК 1964 г.). Указанные проценты годовых не рассматривались в качестве меры ответственности, а считались платой за пользование чужим капиталом, следовательно, к ним не могли применяться содержащиеся в ГК 1964 г. правила об уменьшении неустойки (ст. 190) и положения о сокращенных сроках исковой давности (ст. 79).

Как указывалось ранее, в отличие от многих классических положений о займе, содержащихся в ГК 1922 г. и не учтенных в ГК 1964 г., в последнем были сохранены в традиционном виде правила об оспаривании договора займа по его безденежности, для чего заемщик должен был доказать, что деньги или вещи, являющиеся предметом займа, в действительности им не получены. При оспаривании по безденежности договора займа, который должен был совершаться в письменной форме, ссылка на свидетельские показания не допускалась, за исключением случаев уголовно-

наказуемых деяний (ст. 271 ГК 1964 г.).

Как указывал О.С. Иоффе, "заем - каузальная, а не абстрактная сделка. Поэтому даже при наличии расписки ее действительность может быть оспорена по мотивам, относящимся к основаниям договора... Заемщик вправе оспаривать договор потому, что либо он вовсе лишен основания, поскольку указанные в расписке деньги или вещи не были получены (безденежность, безвалютность договора), либо формальное выражение сделки не совпадает с ее фактическим основанием, так как на самом деле заемщик получил денежную сумму или вещи в количестве меньшем, чем указано в договоре" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 654 - 655.

Виды договора займа ("заемные операции")

Судя по расположению норм о так называемых заемных операциях, проводимых некоторыми государственными и общественными организациями (все они помещены в гл. 26 и сосредоточены в ст. ст. 272 - 274 ГК 1964 г.), законодатель имел в виду, что указанные заемные операции, которые осуществляются банками и государственными трудовыми сберегательными кассами, ломбардами, кассами общественной взаимопомощи, фондами творческих союзов, должны рассматриваться в качестве отдельных видов договора займа и регулироваться специальным законодательством. Кстати сказать, термин "заемные операции" был выбран довольно неудачно и является скорее понятием функциональным, нежели юридической категорией. В самом деле, заемные операции банков и государственных трудовых сберегательных касс, выполняющих роль заемщиков, состояли в привлечении средств вкладчиков; заемные операции ломбардов, напротив, - в выдаче займов гражданам под залог; заемные операции касс общественной взаимопомощи и фондов творческих союзов - в выдаче ссуд членам соответственно профсоюзов и творческих союзов.

Кроме того, ГК 1964 г. не содержал какого-либо положительного регулирования соответствующих заемных правоотношений, отсылая к специальному законодательству. Нет в гл. 26 ГК 1964 г. и традиционного для междоговорных отношений "род - вид" правила, обеспечивающего субсидиарное применение к отдельным видам договора норм, регулирующих родовую договор (в нашем случае - договор займа). Складывается впечатление, что соответствующие отсылочные нормы о заемных операциях были включены в гл. 26 ГК 1964 г. с единственной целью - вывести указанные правоотношения из-под действия положений ГК о займе, подчинив их только специальному законодательству. Но в этом случае видовая принадлежность указанных заемных операций к договору займа (как роду) не имеет никакого практического значения.

Наиболее показательным в этом плане является "регулирование" со стороны ГК 1964 г. заемных операций банков и государственных трудовых сберегательных касс, которое сводилось к единственной норме о том, что "заемные операции банков и государственных трудовых сберегательных касс регулируются законодательством Союза ССР" (ст. 272).

В то же время в гл. 34 "Расчетные и кредитные отношения" ГК 1964 г. мы находим ст. 395 "Вклады граждан в кредитных учреждениях" (полностью повторяющую ст. 87 Основ гражданского законодательства 1961 г.), согласно которой граждане могут хранить денежные средства в государственных трудовых сберегательных кассах и в других кредитных учреждениях,

распоряжаться вкладами, получать по вкладам доход в виде процентов или выигрышей, совершать безналичные расчеты в соответствии с уставами кредитных учреждений и изданными в установленном порядке правилами. Государство гарантирует тайну вкладов, их сохранность и выдачу по первому требованию вкладчика. Порядок распоряжения вкладами, внесенными в государственные трудовые сберегательные кассы и в другие кредитные учреждения, определяется их уставами. Взыскание на вклады граждан в государственных сберегательных кассах и в Государственном банке СССР может быть обращено на основании приговора или решения суда, которым удовлетворен гражданский иск, вытекающий из уголовного дела, или решения суда по иску о взыскании алиментов (при отсутствии заработка или иного имущества, на которое можно обратить взыскание) либо о разделе вклада, являющегося совместным имуществом супругов. Конфискация вкладов граждан в указанных кредитных учреждениях может быть произведена на основании вступившего в законную силу или вынесенного в соответствии с законом постановления о конфискации имущества.

Комментируя ст. 395 ГК 1964 г. (идентичную по своему содержанию ст. 87 Основ гражданского законодательства), Я.А. Куник указывал: "Внесение гражданином вклада в кредитное учреждение влечет за собой возникновение договорных обязательств между вкладчиком и кредитным учреждением, которые сходны с договорами хранения и займа. Однако, учитывая его назначение и направленность, следует признать, что с точки зрения юридической вкладная операция представляет собой договор займа в широком смысле... Одной из особенностей вклада как заемного обязательства является то, что вкладные операции регулируются как общими (ГК), так и специальными нормативными актами" <*>.

<*> Куник Я.А. Указ. соч. С. 482.

Ранее эту позицию обосновал О.С. Иоффе, который писал: "Известно, что типичным материальным объектом хранения являются индивидуально определенные вещи. Вещи, определенные родовыми признаками, принимаются только на иррегулярное хранение, представляющее собой уже известную модификацию исходного договорного типа, определенное отклонение от него. Но даже и при иррегулярном хранении если кто-либо вознаграждается, то хранитель, а не поклажедатель. Напротив, по вкладной операции проценты начисляются вкладчику, а не сберкассе. Значит, здесь происходит нечто большее, чем простая модификация договора хранения. Самый же факт уплаты вознаграждения вкладчику свидетельствует о том, что на основе вклада возникает возмездное заемное обязательство. Следовательно, юридически вкладная операция есть договор займа, хотя и соединенный с некоторыми элементами договора хранения" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 666.

Вместе с тем анализ не отдельной "вкладной операции", а в целом правоотношения, складывающегося между гражданином, внесшим вклад, и кредитным учреждением, говорит о том, что предмет заключаемого между ними соглашения и его содержания выходит далеко за рамки заемного обязательства. Согласно ст. 395 ГК 1964 г. и Уставу государственных трудовых сберегательных касс <*> вкладчику принадлежало право распоряжения денежными суммами, внесенными им в кредитное учреждение, он в любой момент по своему усмотрению мог потребовать

выдачи вклада полностью или частично. Вкладчик по договору вклада имел право на получение дохода по вкладу в виде процентов или выигрышей. Начисленные вкладчику проценты за год подлежали присоединению к сумме вклада. На кредитное учреждение возлагалась обязанность выполнять поручения вкладчика о совершении безналичных расчетов, в том числе зачислять на его вклад средства, поступившие вкладчику от предприятий и организаций, перечислять платежи вкладчика предприятиям и организациям, выдавать чеки и т.п.

<*> Утвержден Постановлением Совета Министров СССР от 20 ноября 1948 г. (СП СССР. 1948. N 7. Ст. 89).

Не укладывалась в конструкцию заемного обязательства также предусмотренная п. 4 ст. 395 ГК возможность обращения взыскания на вклад по обязательствам вкладчика. Ведь по договору займа денежные средства или заменимые вещи передаются в собственность заемщика, и следовательно, они выбывают из состава имущества займодавца, который сохраняет за собой лишь обязательственное право требования по отношению к заемщику.

Данные обстоятельства дали основания ряду авторов квалифицировать договор банковского вклада в качестве самостоятельного договора (*sui generis*), отличного от договора займа <*>.

<*> См., например: Советское гражданское право. Т. 2. М., 1965. С. 271 (автор раздела - А.И. Самцова); Советское гражданское право. Т. 2. М., 1973. С. 279 (автор раздела - В.С. Якушев).

Вообще-то и О.С. Иоффе допускал возможность конструирования самостоятельного договора банковского вклада, который, однако, должен был сохранять некую родовидовую связь (непонятную и неуловимую) с договором займа. Он писал: "Речь, однако, идет о займе в широком смысле, допускающем конструирование разнообразных самостоятельных, несоподчиненных договоров. Такой самостоятельностью и обладает договор денежного вклада, кредитная (заемная) природа которого не исключает признания его особым договором, а подобное признание, в свою очередь, не упраздняет его кредитного (заемного) характера. Порождая заемное и в то же время самостоятельное обязательство, вклад подчиняется не общим правилам ГК о займе, а непосредственно относящимся к нему специальным юридическим нормам" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 666 - 667.

Справедливости ради следует признать, что изложенная позиция О.С. Иоффе, отличающаяся логической непоследовательностью, имеет своим правовым основанием еще большую непоследовательность законодателя, который, поместив нормы о договоре вклада (ст. 395) в гл. 34 ГК "Расчетные и кредитные отношения" (тем самым подчеркнув его независимость и самостоятельный характер), одновременно включил нормы о заемных операциях банков и государственных трудовых сберегательных касс в гл. 26 ГК о договоре займа с той лишь целью, однако, чтобы исключить указанные заемные операции из сферы действия правил о займе, помещенных в этой главе.

В качестве следующего вида займа ГК 1964 г. (гл. 26) предлагал рассматривать заемные операции ломбардов. Согласно ст. 273 ГК 1964 г. городские ломбарды выдавали гражданам ссуды, обеспечивавшиеся залогом предметов домашнего потребления и личного пользования; предельный размер и число ссуд, которые могли быть выданы одному лицу, а также сроки, на которые выдавались ссуды, определялись типовым уставом городского ломбарда, утверждавшимся Советом Министров РСФСР.

Несколько странно, что ГК 1964 г. применительно к заемным операциям ломбардов, так же как и в отношении иных заемных операций (регулирование которых составляло задачу законодательства Союза ССР), ограничился отсылкой к иному нормативному правовому акту. Ведь принятие законодательства о деятельности ломбардов, в том числе о заключаемых ими договорах как ссуды, так и залога, относилось к ведению Российской Федерации.

Несмотря на это, заключающийся ломбардами с гражданами договор ссуды, обеспечивавшийся залогом предметов домашнего потребления и личного пользования, действительно выглядел как отдельный вид договора займа. Отличительные черты этого договора, определявшиеся в ГК 1964 г. и Типовом уставе ломбарда, утвержденном Постановлением Совета Министров РСФСР от 7 июля 1968 г. <*>, могут быть квалифицированы как видообразующие признаки по отношению к общим положениям о договоре займа.

<*> СП РСФСР. 1968. N 10. Ст. 54.

Во-первых, налицо особенность субъектного состава: на стороне займодавца по этому договору выступает особый субъект - ломбард, в качестве которого выступали государственные хозрасчетные предприятия, находившиеся в подчинении органов бытового обслуживания населения; заемщиком по такому договору могли быть только граждане (физические лица).

Во-вторых, особенностью такого договора являлось то, что предметом займа могли быть лишь денежные средства (денежная ссуда).

В-третьих, денежная ссуда выдавалась ломбардами исключительно под залог имущества граждан-заемщиков.

В-четвертых, договор ссуды, заключающийся гражданином с ломбардом, носил ярко выраженный возмездный характер: с граждан-заемщиков взимались проценты за пользование ссудой в размере 0,7% в месяц (8,4% годовых). Кроме того, с заемщика в пользу ломбарда взыскивались плата за хранение заложенных вещей и расходы ломбарда на их страхование.

Кстати сказать, залог вещей в ломбарде также рассматривался в качестве отдельного вида залога, обладающего немалым числом специфических черт. В частности, в отличие от общих правил о залоге из стоимости заложенного имущества ломбарды взимали сверх основной суммы долга плату за хранение предмета залога, расходы по его страхованию и продаже, проценты по ссуде (п. 20 Типового устава ломбарда); исполкомы городских Советов депутатов трудящихся определяли круг предметов личного пользования и домашнего потребления, не принимавшихся в залог ломбардами (ст. 194 ГК 1964 г., п. 10 Типового устава ломбарда); договор залога вещей ломбардами оформлялся специальным документом - залоговым билетом, которому придавалось значение формы одновременно двух договоров: ссуды и залога (ст. 195 ГК 1964 г., п. 17 Типового устава ломбарда); ломбард был обязан страховать предмет залога за счет залогодателя (ст. 198 ГК 1964 г., п. 3 Типового

устава ломбарда); в отличие от общих положений о залоге, которыми предусматривалось обращение взыскания на предмет залога по решению суда, ломбард по истечении льготного месячного срока продавал заложенное имущество государственным или кооперативным организациям во внесудебном порядке (ст. 200 ГК 1964 г.; п. 19 Типового устава ломбарда).

Следующий вид договора займа, по мысли законодателя, составляли заемные операции касс общественной взаимопомощи и фондов творческих союзов. Позитивное регулирование соответствующих правоотношений со стороны ГК 1964 г. (ст. 274) сводилось к нескольким правилам о том, что кассы общественной взаимопомощи при фабричных, заводских и местных комитетах профессиональных союзов выдавали рабочим и служащим долгосрочные и краткосрочные ссуды; кассы взаимопомощи в колхозах выдавали ссуды колхозникам; фонды творческих союзов выдавали ссуды работникам литературы и искусства; кассы взаимопомощи пенсионеров при исполкомах районных и городских Советов депутатов трудящихся выдавали долгосрочные и краткосрочные ссуды пенсионерам. В остальном же (в частности, для определения сроков и условий выдачи таких ссуд) ГК отсылал к типовым (примерным) уставам соответствующих касс взаимопомощи и творческих союзов.

В соответствии с Типовым уставом кассы взаимопомощи при комитете профсоюзов, утвержденным Постановлением Президиума ВЦСПС от 23 ноября 1973 г. <*>, указанные кассы взаимопомощи выдавали своим членам в случае их нуждаемости краткосрочные и долгосрочные ссуды при том условии, что они являются членами профсоюза. Краткосрочные ссуды, предельный размер которых не превышал 30 рублей, выдавались с разрешения председателя правления или председателя цехового бюро кассы взаимопомощи на срок до получения очередной заработной платы. Выдача долгосрочных ссуд производилась по решению правления кассы или цехового бюро на основании письменного заявления работника установленной формы. Типовой устав не предусматривал размера долгосрочной ссуды и сроков ее погашения, эти вопросы решались правлением кассы взаимопомощи. Не было в Типовом уставе также положений о взимании процентов за пользование ссудой; лишь на случай несвоевременного возврата ссуд, выданных кассами взаимопомощи, предусматривалась уплата пени из расчета 1% за каждый месяц просрочки.

<*> См.: Справочник профсоюзного работника. М., 1976. С. 321.

Согласно Примерному уставу кассы общественной взаимопомощи в колхозе, утвержденному Постановлением Совета Министров РСФСР от 6 января 1958 г. <*>, указанные кассы взаимопомощи оказывали помощь своим членам в случаях увечья, полученного на работе в колхозе, болезни и т.п.; детям, оставшимся без родителей, членам кассы, нуждающимся в санаторно-курортном лечении, а также тем, чье хозяйство пострадало в результате стихийных бедствий и в некоторых других случаях. Эти кассы совершали также и заемные операции (выступая в качестве займодавца) путем выдачи своим членам беспроцентных ссуд. Денежные ссуды за счет кассы взаимопомощи не выдавались тем членам колхоза, которые не имели без уважительных причин установленного минимума трудодней, нарушали трудовую дисциплину в колхозе либо нерадиво относились к работе и сохранению колхозного имущества.

<*> СП РСФСР. 1958. N 6. Ст. 68.

Типовым уставом кассы взаимопомощи пенсионеров, утвержденным Министерством социального обеспечения РСФСР 20 ноября 1962 г., предусматривалось, что такие кассы взаимопомощи могли образовываться при отделах социального обеспечения исполкомов районных и городских Советов депутатов трудящихся. Членом кассы взаимопомощи мог стать любой пенсионер по месту его жительства. Основная цель указанных касс взаимопомощи состояла в оказании материальной помощи пенсионерам - членам кассы путем выдачи им краткосрочных и долгосрочных денежных ссуд. Размер ссуды и сроки ее погашения определялись в зависимости от нуждаемости пенсионера - члена кассы, стажа его пребывания в качестве члена кассы взаимопомощи, своевременности уплаты им членских взносов. Взимание процентов за пользование денежными ссудами допускалось только при наличии соответствующего решения общего собрания членов кассы. При этом размер процентов не должен был превышать 6% годовых.

Фонды творческих союзов образовывались при объединениях лиц творческих профессий: союзах писателей, композиторов, архитекторов, кинематографистов и др. Порядок и условия выдачи денежных ссуд членам указанных фондов определялись правлениями соответствующих творческих союзов.

Конечно же, заемные операции касс общественной взаимопомощи и фондов творческих союзов не имели необходимых видообразующих признаков, которые позволили бы выделять их в качестве отдельных видов договора займа.

Кредитный договор (договор банковской ссуды)

Как уже отмечалось, следствием кредитной реформы, имевшей место в 1930 - 1931 гг., в Советском Союзе было упразднение коммерческого кредитования организациями друг друга и введение прямого планового банковского кредитования, обязательного для всех социалистических организаций. Коммерческое кредитование допускалось лишь как исключение и только в особых случаях, предусмотренных законодательством.

Последствия названной кредитной реформы можно обнаружить в Основах гражданского законодательства 1961 г. и ГК 1964 г. Согласно ст. 85 Основ кредитование организаций, колхозов и иных кооперативных и общественных организаций производилось согласно утвержденным планам путем выдачи целевых срочных ссуд Государственным Банком и другими банками СССР в порядке, установленном законодательством Союза ССР. Кредитование одной организации другой в натуральной или денежной форме, в том числе выдача авансов, допускалось лишь в случаях, установленных законодательством Союза ССР. Условия и порядок кредитования одним колхозом другого при оказании производственной помощи устанавливались законодательством союзных республик (в ГК 1964 г. имеется ст. 393 идентичного содержания, поскольку законодательное регулирование этих вопросов относилось к ведению Союза ССР).

В тех же Основах 1961 г. и в ГК 1964 г. мы обнаруживаем еще более лаконичную статью, посвященную банковским ссудам гражданам, в соответствии с которой ссуды гражданам выдавались банками СССР в случаях и порядке, определявшихся законодательством Союза ССР (ст. 86 Основ 1961 г., ст. 394 ГК 1964 г.).

Создается впечатление, что при кодификации гражданского законодательства предметом

регулирующие в данном случае служили не конкретные договорные обязательства, а некое направление деятельности (функция) государственных банков - кредитование организаций и граждан. Именно так ст. ст. 85 и 86 Основ 1961 г. и ст. 394 ГК 1964 г. оценивались в юридической литературе. Например, комментируя ст. 85 Основ гражданского законодательства 1961 г., С.В. Полянина пишет: "По действующему законодательству кредитование организаций осуществляется Государственным Банком СССР и Стройбанком СССР. В ч. 1 ст. 85 Основ закреплены важнейшие принципы кредитования в СССР: плановость кредитования, а также целевой и срочный характер банковских ссуд. Плановость кредитования заключается в том, что банковские ссуды выдаются организациям в соответствии с кредитными планами. Кредитный план является планом мобилизации и концентрации в данном кредитном учреждении денежных средств и распределения их в порядке кредитования в интересах дальнейшего развития народного хозяйства страны. Кредитное планирование является одной из форм народнохозяйственного планирования. Целевой характер банковских ссуд состоит в том, что ссуды могут выдаваться лишь на определенные, предусмотренные в соответствующих нормативных актах цели. Срочность банковских ссуд означает, что они должны быть погашены (возвращены) в установленные при их выдаче сроки. Срочность, а следовательно, и возвратность ссуд является одним из признаков, отличающих кредитование организаций (как краткосрочное, так и долгосрочное) от безвозвратного финансирования их капитального строительства" <*>.

<*> Научно-практический комментарий к Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик / Под ред. проф. С.Н. Братуся и проф. Е.А. Флейшиц. С. 315 - 316.

К названным принципам кредитования - плановость, целевой характер, срочность, возвратность - обычно добавляли обеспеченность банковских ссуд и возмездность кредитования. Например, Я.А. Куник по этому поводу указывал: "К числу принципов кредитования относится также обеспеченность ссуд. Обеспеченность кредита означает использование гарантирующих погашение банковской ссуды мер, которые охватываются гражданско-правовым понятием способов обеспечения исполнения обязательств. Обязанность ссудополучателя возвратить полученный кредит обеспечивается залогом товаров в обороте или переработке, на которые можно обратить взыскание, а в установленных случаях кредитование хозоргана осуществляется под гарантию вышестоящей организации. Принцип возмездности (платности) кредита юридически закреплен Уставом Госбанка СССР, который устанавливает, что за полученные от Госбанка ссуды заемщики уплачивают банку проценты..." <*>.

<*> Куник Я.А. Указ. соч. С. 479.

Несмотря на то что Основы гражданского законодательства 1961 г. и ГК 1964 г. относились к кредитованию как к определенному виду экономической деятельности, в юридической литературе, конечно же, основное внимание уделялось договорам, опосредующим процесс кредитования организаций и граждан. Так, Я.А. Куник писал: "Правовой формой банковского кредитования социалистических организаций является договор банковской ссуды. Согласно этому договору одна сторона - ссудодержатель - на основании кредитного плана предоставляет в оперативное управление (собственность) денежные суммы другой стороне - ссудополучателю, а последний обязывается использовать их по целевому назначению и вернуть их ссудодержателю в установленный срок с

процентами. Договор банковской ссуды является самостоятельным видом гражданско-правового договора. Его содержание predetermined в основном банковскими правилами. Необходимой юридической предпосылкой заключения договора банковской ссуды служит договор расчетного счета. В отличие от договора расчетного счета договор банковской ссуды, как правило, возмезден" <*>.

<*> Там же.

Ранее в юридической литературе велась оживленная дискуссия по вопросу о квалификации кредитного договора (договора банковской ссуды). Одна группа правоведов рассматривала указанный договор как один из самостоятельных видов договора займа. Например, Е.А. Флейшиц на основе сопоставления правил о банковском кредитовании с нормами о заемных отношениях пришла к выводу, что "тот и другой договор обязывает должника к возврату полученной им и поступившей в его распоряжение денежной суммы (по ГК союзных республик - также и иной вещи, определяемой родовыми признаками)" <*>.

<*> Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 218.

Авторы из другой группы подчеркивали самостоятельный характер договора банковского кредитования и его принципиальные отличия от договора займа. Например, И.С. Гуревич утверждал, что указанный договор "по своей правовой природе глубоко отличен от договора займа, регулируемого гражданскими кодексами союзных республик". Основное различие между указанными договорами он усматривал в том, что они регулировали совершенно разные общественные отношения, поскольку договором банковского кредитования охватывались отношения, в которых займодавцем являлся государственный банк, а в качестве заемщиков выступали социалистические организации. Содержание прав и обязанностей сторон, по мнению И.С. Гуревича, определялось спецификой кредитных отношений и функциями, возложенным и на Госбанк СССР в области государственного контроля рублем за деятельностью хозорганов <*>.

<*> См.: Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. Л., 1959. С. 41 - 44; см. также: Компанец Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. С. 74 - 75.

Весьма интересной представляется позиция О.С. Иоффе, который, с одной стороны, разделял взгляд на кредитный договор как на вид займа (в широком смысле), а с другой стороны, рассматривая договор займа, регулируемый ГК 1964 г. (и учитывая то, как это делалось), всячески подчеркивал самостоятельность кредитного договора, исключая какую-либо его родовидовые связи с договором займа. "Отношения по банковскому кредитованию социалистических организаций, - писал О.С. Иоффе, - являются договорными и в подавляющем большинстве случаев плановыми. Договор, заключенный кредитуемой организацией и банком, представляет самостоятельный вид договора займа в... широком или общем его понимании..." <*>. В то же время он отмечал, что "нормам,

рассчитанным на регулирование отношений между гражданами, нельзя придавать общее (родовое) значение и распространять их на нормы, которые регулируют отношения между организациями. Это в такой же мере недопустимо, как неправильно считать поставку разновидностью купли-продажи или подряд на капитальное строительство разновидностью обычного подряда. Купля-продажа и поставка точно так же, как подряд и подряд на капитальное строительство, - самостоятельные договоры, но первые являются разновидностями обязательств по реализации имущества, а последние - обязательств по производству работ. По аналогичным соображениям нельзя отказать в самостоятельности займу, непосредственно регулируемому ГК, и банковскому кредитованию социалистических организаций. Но это ни в какой мере не препятствует признанию каждого из них разновидностью заемных обязательств, в широком смысле выраженного в ст. 269 ГК родового понятия" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 671.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 672 - 673.

Очевидно, что, говоря о займе, договоре займа, заемном обязательстве, О.С. Иоффе на самом деле имел в виду не договор займа, регулируемый ГК, а известный тип обязательства, по которому одна сторона передает другой в собственность денежные средства или определенное количество заменимых вещей, а другая сторона обязуется возвратить в установленный срок такую же денежную сумму или аналогичное полученному количеству вещей. И в этом смысле обязательства сторон по кредитному договору действительно относились к этому типу гражданско-правовых обязательств. Однако в этом смысле не вполне точным являлось утверждение о том, что кредитный договор составлял "самостоятельный вид договора займа" (пусть и в широком смысле).

С формально-юридической и практической точек зрения признание кредитного договора видом займа или самостоятельным договором не имело значения, поскольку в любом случае он регулировался специальным законодательством, а общие положения о займе, содержащиеся в гл. 26 ГК 1964 г., не подлежали применению к отношениям, вытекающим из кредитных договоров, даже в субсидиарном порядке.

Отношения по кредитованию социалистических организаций регулировались не Основами гражданского законодательства 1961 г. и не ГК 1964 г., а подзаконными нормативными правовыми актами: постановлениями правительства, а также правилами и инструкциями Государственного банка СССР. Особую роль в регулировании кредитных отношений с участием соответствующих государственных банков (Госбанка СССР, Стройбанка СССР, Внешторгбанка СССР) играли уставы указанных банков, утверждаемые Советом Министров СССР.

Функции по кредитованию социалистических организаций распределялись между тремя системами государственных банков. Госбанк СССР осуществлял краткосрочное кредитование промышленных и торговых организаций, а также предоставлял кредиты колхозам на производственные нужды, в том числе и долгосрочные кредиты на проведение мероприятий, предусмотренных производственно-финансовыми планами колхозов.

Стройбанк СССР производил финансирование и долгосрочное кредитование капитальных вложений объединений, предприятий, организаций и учреждений, а также краткосрочное кредитование и расчеты в строительстве и геологии, осуществлял иные функции, связанные с

финансированием операционных расходов и капитального ремонта основных фондов строительных, монтажных, проектных, изыскательских, буровых и геологических организаций. Внешторгбанк СССР осуществлял кредитование внешнеторговой деятельности.

Существенной чертой кредитования социалистических организаций являлся его плановый характер. В связи с этим, например, Я.А. Куник писал: "Кредитный план - часть народно-хозяйственного плана. Он включает сумму и целевое назначение кредитов, распределенных по отраслям народного хозяйства и по союзным республикам. Кредитный план определяет также источники образования кредитных средств. После его утверждения Советом Министров СССР кредитный план доводится до учреждений банка и кредитующихся хозорганов в виде планов кредитных вложений или лимитных извещений" <*>.

<*> Куник Я.А. Указ. соч. С. 479.

Роль планового основания кредитного договора отводилась так называемому кредитному лимиту, когда кредитуемой организации выделялся определенный лимит кредитования в виде определенной (планируемой) денежной суммы или в форме контрольной цифры, которые не могли быть превышены при заключении конкретных кредитных договоров. Одновременно указанные лимиты кредитования в разрезе организаций-заемщиков доводились и до банков, которые должны были выступать в роли кредиторов. В этих случаях как у банков, так и у кредитуемых организаций возникала обязанность вступить в договорные отношения по поводу выдачи соответствующего кредита, а лимит кредитования выступал в роли необходимой и обязательной плановой предпосылки заключения кредитного договора.

Наряду с указанными лимитируемыми ссудами планировалась выдача банками и так называемых нелимитируемых ссуд. В этом случае процесс планирования состоял в том, что банкам сообщалась общая сумма ссуд, которые не были распределены по конкретным организациям. Эти средства использовались банками для выдачи банковских ссуд, получение которых организациями-заемщиками заранее не планировалось, на временные нужды организаций. Таким образом, банк, выдавая такие нелимитированные ссуды организациям, действовал в рамках установленного ему планового задания; для организаций, получающих нелимитируемые банковские ссуды, они представляли дополнительные кредитные ресурсы, не предусмотренные планами соответствующих организаций. Это обстоятельство дало основание О.С. Иоффе утверждать, что в данном случае речь идет о неплановом кредитном договоре. "Общая сумма таких ссуд, не распределенная по конкретным кредитным организациям, - писал О.С. Иоффе, - сообщается лишь учреждению банка, самостоятельно решающему вопрос о выдаче их отдельным предприятиям. Здесь уже акт планирования обращен только к банку, а не к обоим контрагентам и, следовательно, не составляет юридического основания договора банковской ссуды, который поэтому не приобретает характера планового договора" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 675.

Принимая во внимание, что основная часть банковских ссуд выдавалась на основе лимитов и поэтому кредитные отношения, как правило, опосредовались плановыми договорами (причем для

банков заключение таких договоров было обязательным), в юридической литературе не могла не возникнуть дискуссия относительно правовой природы обязательства банка заключить кредитный договор, основанный на лимите кредитования. Некоторые авторы определяли правовую природу соответствующих правоотношений как отношений административно-правовых или как минимум комплексных, включающих в себя как административно-правовые, так и гражданско-правовые элементы. В доказательство этой позиции приводились доводы о том, что обязанность банка заключить кредитный договор возникает из планового (административного) акта, причем это обязательство перед государственным органом, утвердившим кредитный план; при этом банк при выдаче лимитируемых банковских ссуд в порядке осуществления своих контрольных функций должен был проверять наличие тех хозяйственных целей, для реализации которых планировалась выдача кредита <*>. В пользу этой позиции свидетельствовало также то обстоятельство, что в случае отказа банка в выдаче банковской ссуды спор указанного банка с организацией-заемщиком не подлежал рассмотрению в государственном арбитраже, а вопрос о выдаче ссуды решался вышестоящим учреждением банка <***>.

<*> См., например: Гуревич И.С. Указ. соч. С. 44; Малеин Н.С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. М., 1964. С. 36.

<***> См.: Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 675.

Другие авторы, напротив, обосновывали гражданско-правовой характер обязательства банка по выдаче ссуды, основанного на утвержденном в установленном порядке лимите кредитования. Например, О.С. Иоффе по этому поводу писал: "Обеспечение правового регулирования кредитной деятельности банка различными отраслями права бесспорно. Но комплексное регулирование отнюдь не порождает комплексных правоотношений... Выполняя контрольные функции, банк выступает как орган управления, состоящий в административном правоотношении с кредитуемой организацией. Если он выявит отсутствие необходимых для предоставления кредита предпосылок, это будет означать, что, несмотря на установленный лимит кредитования, гражданско-правовое обязательство по выдаче ссуды не возникло. Если же оно возникло, поскольку необходимые предпосылки имеются, банк, не утрачивая своих контрольных функций, не вправе отказать в выдаче кредита именно потому, что состоит с кредитуемой организацией также в гражданских правоотношениях... Следовательно, не только комплексное регулирование банковского кредита, но и выполняемые банком контрольные функции не препятствуют признанию и договорного, и основанного на кредитном лимите планового обязательства гражданским, а не административным правоотношением" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 677.

Заключение и оформление кредитного договора

Согласно банковским правилам кредиты, предоставляемые предприятиям и организациям, оформлялись путем открытия указанным предприятиям и организациям простого ссудного счета или специального ссудного счета, на которых отражались и движение денежных средств, предоставляемых банками ссудополучателям, и движение принадлежащих последним денежных

средств, которые направлялись для погашения задолженности по полученным ссудам.

Для заключения договора банковской ссуды в форме простого ссудного счета ссудополучатель должен был подать заявление на имя банка и представить в качестве приложения к своему заявлению документы, свидетельствующие о наличии остатков кредитуемых товарно-материальных ценностей и срочных обязательств. Доказательством принятия банком заявления ссудополучателя служило распоряжение управляющего учреждения банка о предоставлении кредита. Договор банковской ссуды в форме специального ссудного счета заключался в том же порядке и с той лишь особенностью, что ссудополучатель представлял в банк заявление-обязательство установленной формы.

В юридической литературе того периода имелись разные мнения относительно порядка заключения договора банковской ссуды и момента его вступления в силу. Большинство авторов полагало, что обращение ссудополучателя с заявлением о выдаче банковской ссуды является его предложением заключить договор (офертой), а распоряжение руководителя соответствующего отделения (конторы) банка о предоставлении ссуды заявителю или, во всяком случае, открытие ему ссудного счета следует считать согласием банка на заключение договора (акцептом), а поэтому именно с этого момента договор банковской ссуды должен считаться заключенным. Например, Я.А. Куник по этому поводу писал: "Договор банковской ссуды в форме простого ссудного счета оформляется на основе заявления, подаваемого ссудополучателем на имя банка... Акцептом данного предложения служит распоряжение управляющего учреждения банка о предоставлении кредита. Заявление ссудополучателя является предложением (офертой) на заключение договора и одновременно залоговым обязательством" <*>.

<*> Куник Я.А. Указ. соч. С. 480; см. также: Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 215 - 217; Компанец Е.С., Полонский Э.Г. Указ. соч. С. 116.

С этой позицией не соглашался О.С. Иоффе, которого более всего смущало то обстоятельство, что при подобной оценке порядка заключения кредитного договора (договора банковской ссуды) указанный договор приобретал консенсуальный характер (сам О.С. Иоффе полагал, что договор банковской ссуды является реальным и односторонним договором). "В момент открытия счета, - отмечал он, - известен только предельный размер возможной ссуды, но не сумма кредита, которая будет выдана фактически и величина которой зависит от того, как реально сложится объем кредитуемого оборота. А при неопределенности размера кредита нет ни одного из существенных для заключения кредитной сделки условий. Значит, в лучшем случае можно говорить о консенсуальности ссуды при простом и реальности при специальном ссудном счете. Но и этот своеобразный компромисс тоже едва ли приемлем" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 679.

Определяя свою позицию по этому вопросу, О.С. Иоффе подчеркивал, что "лишь после фактической выдачи ссуды контрагентом связывает договор, в котором банк, выполнивший свою плановую обязанность, становится носителем только права (требовать погашения ссуды с уплатой процентов), а предприятие, реализовавшее свое плановое правомочие, - носителем только

обязанности (погасить ссуду с уплатой процентов). Это и доказывает, что договор банковской ссуды - не консенсуальный, а реальный и не взаимный, а односторонний" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 679 - 680.

Видимо, такой вывод О.С. Иоффе, основанный на том, что кредитный договор должен быть непременно реальным и односторонним, вытекает из его взгляда на кредитный договор как на вид договора займа, понимаемого в широком смысле. Иными словами, имелась в виду принципиальная относимость кредитного договора к заемному типу обязательств, как вид к роду. Вместе с тем такая связь ("вид - род") вовсе не делает обязательной наличие у кредита специфических видообразующих признаков, к каковым и может быть отнесен консенсуальный характер кредитного договора.

Если снять отмеченное сомнение и допустимость, что кредитный договор (в отличие от договора займа) строится по модели консенсуального договора, то становится очевидным, что кредитный договор действительно должен признаваться заключенным с момента открытия ссудодателю ссудного счета. В этом случае заявление ссудодателя на имя банка вполне обоснованно признавалось офертой. Акцептом же, видимо, являлось не распоряжение руководителя учреждения банка подчиненным работникам о выдаче ссуды ссудополучателю (это внутренний документ банка, не обращенный к контрагенту), а в целом действия банка по открытию ссудополучателю ссудного счета (включая и распоряжение руководителя учреждения банка как необходимый элемент этих действий). Что же касается действий банка по зачислению денежных средств на расчетный счет ссудополучателя или по выполнению поручений последнего об их перечислении непосредственно со ссудного счета, то они скорее относятся к исполнению банком своих обязательств, вытекающих из кредитного договора (бесспорно, консенсуального по своей природе).

Содержание и исполнение кредитного договора

Содержание всякого гражданско-правового договора составляет совокупность всех его условий. Учитывая, что кредитный договор носит консенсуальный характер, его условия определяют права и обязанности как на стороне банка-кредитора, ссудодателя (обязанности, связанные с предоставлением суммы кредита), так и на стороне организации-ссудополучателя (обязанности по возврату кредита, ссуды). Для кредитного договора (договора банковской ссуды) основными условиями являются: размер выдаваемой ссуды и порядок ее предоставления; срок пользования ссудой; размер процентов годовых за пользование ссудой; порядок возврата денежной суммы ссудодателю и уплаты ему процентов.

Размер ссуды, подлежащий выдаче ссудополучателю (вернее, его максимально возможное значение), по лимитируемым ссудам определялся плановым актом - лимитом кредитования, который доводился как до банка-ссудодателя, так и до организации-ссудополучателя. По нелимитируемым ссудам размер выдаваемых ссуд определялся кредитным лимитом, который доводился до банка и устанавливал общую денежную сумму без распределения по ссудополучателям, в пределах которой банк мог выдавать банковские ссуды.

Порядок выдачи банковских ссуд определялся банковскими правилами и инструкциями в зависимости от оформления договора банковской ссуды. По договору банковской ссуды в форме

простого ссудного счета банк должен был зачислить соответствующую денежную сумму на расчетный счет ссудополучателя. При заключении договора банковской ссуды в форме специального ссудного счета, как правило, деньги не зачислялись на расчетный счет ссудополучателя, но банк брал на себя обязанность исполнять его поручения в пределах денежной суммы, обозначенной на специальном ссудном счете.

Срок пользования ссудой устанавливался сторонами в договоре в пределах максимальных сроков, которые определялись банковскими правилами в зависимости от вида кредитования (краткосрочное или долгосрочное) и целевого назначения выдаваемой ссуды. Например, при краткосрочном кредитовании по договору банковской ссуды, целью которого являлось покрытие сезонных затрат в производстве, срок пользования ссудой устанавливался исходя из периода, к окончанию которого ссудодателем должна быть реализована готовая продукция, но не мог превышать 12 месяцев; по ссудам, выдаваемым организациям для осуществления банковских расчетов (расчетный кредит) под расчетные документы ссудополучателя, срок пользования ссудой определялся периодом времени, необходимым для почтового пробега соответствующей корреспонденции и осуществления расчетной операции.

При долгосрочном кредитовании, когда выдаваемые ссуды обычно были связаны с затратами ссудополучателя на развитие основных производственных фондов и с капитальными вложениями, ссуды выдавались на продолжительные сроки. Например, ссуды на капитальные затраты колхозам могли выдаваться на срок до 20 лет, потребительской кооперации - до семи лет и т.д.

Процентные ставки за пользование краткосрочными и долгосрочными кредитами, взимаемые с предприятий и организаций, устанавливались напрямую постановлениями Совета Министров СССР <*>.

<*> См., например: Постановление Совета Министров СССР от 21 апреля 1980 г. // СП СССР. 1980. N 13. Ст. 89.

Заключение договора банковской ссуды обычно сопровождалось обеспечением исполнения организацией-ссудополучателем обязательства по возврату выданной ссуды. При этом в качестве способов обеспечения, как правило, использовались залог товаров в обороте (в переработке) и гарантия.

Заявление ссудополучателя о выдаче банковской ссуды, подаваемое на имя банка, считалось предложением заключить договор банковской ссуды (офертой) и одновременно признавалось залоговым обязательством ссудополучателя.

Что касается гарантии (ст. 210 ГК 1964 г.), то такой способ обеспечения применялся в основном при выдаче ссуд организациям, имеющим недостаток собственных оборотных средств по не зависящим от них причинам: неправомерное изъятие у них собственных оборотных средств, несвоевременный перевод средств на прирост нормативов и т.п. <*>. Кроме того, кредитование только под гарантию вышестоящих организаций в некоторых случаях рассматривалось как своеобразная санкция, применяемая банками к организациям-ссудополучателям, допускающим нарушения кредитной дисциплины.

<*> См., например: Постановление Совета Министров СССР от 3 апреля 1967 г. "О мерах по дальнейшему улучшению кредитования и расчетов в народном хозяйстве и повышении роли кредита в стимулировании производства" (п. 29) // СП СССР. 1967. N 10. Ст. 56.

В качестве гаранта, как правило, выступала вышестоящая организация, ведавшая вопросами финансирования организации-ссудополучателя (министерство, ведомство и т.п.), при том условии, что гарант являлся владельцем счета, открытого в банке-ссудодателе. Гарантия признавалась договором, который заключался между учреждением банка-ссудодателя и вышестоящей организацией ссудополучателя, выступающей в роли гаранта, путем представления последним банку гарантийного письма установленной формы и принятия этого письма банком-ссудодателем.

В случае неисполнения ссудополучателем обязательства по возврату ссуды обращение банком-ссудодателем взыскания на предмет обеспечения производилось путем простого списания суммы задолженности, образовавшейся у ссудополучателя, со счета его вышестоящей организации-гаранта (благо, гарант, так же как и организация-ссудополучатель, являлся клиентом банка-ссудодателя).

Порядок исполнения обязательств ссудополучателем по возврату полученной ссуды и уплате процентов определялся в зависимости от способа оформления договора банковской ссуды. Погашение обязательств по договору банковской ссуды в форме простого ссудного счета осуществлялось путем списания с расчетного счета ссудополучателя, который, как правило, выдавал банку срочное обязательство, служившее основанием для бесспорного списания банком-ссудодателем соответствующих сумм с расчетного счета ссудополучателя.

В отношении договора банковской ссуды, оформленного путем открытия специального ссудного счета, действовал иной порядок исполнения обязательств: погашение задолженности производилось либо путем непосредственного зачисления денежной выручки ссудодателя на специальный ссудный счет (без предварительного ее зачисления на расчетный счет ссудодателя), либо путем периодического снятия банком денег с расчетного счета ссудополучателя в виде определенных сумм - плановых платежей.

Банковские ссуды гражданам

Как отмечалось ранее, Основы гражданского законодательства 1961 г. (ст. 86) и ГК 1964 г. (ст. 394) включали в себя норму о том, что ссуды гражданам выдаются банками СССР в случаях и порядке, определяемых законодательством Союза ССР.

Специальным законодательством, регламентирующим порядок и условия предоставления гражданам банковских ссуд (постановления Совета Министров СССР <*>, уставы банков, банковские правила и инструкции), кредитование граждан было возложено на учреждения Госбанка СССР и Стройбанка СССР. Учреждения Госбанка СССР предоставляли долгосрочные кредиты гражданам, проживающим в сельской местности, на индивидуальное жилищное строительство, на приобретение крупного рогатого и иного скота, хозяйственное обзаведение. Учреждениями Стройбанка предоставлялись ссуды рабочим и служащим на строительство и ремонт жилых домов и на некоторые другие цели.

<*> См., например: Постановление Совета Министров СССР от 20 декабря 1976 г. "О кредитовании индивидуального жилищного строительства в сельской местности" // СП СССР. 1977. N 3. Ст. 17.

Выдача банковских ссуд гражданам, в частности выделение кредитов для индивидуального жилищного строительства в разрезе заинтересованных министерств, ведомств, предприятий, организаций местных органов власти, являлось составной частью кредитных планов соответствующих банков, утверждаемых Советом Министров СССР и советами министров союзных республик.

В юридической литературе выделяли так называемые административные предпосылки к выдаче кредита на индивидуальное жилищное строительство. Гражданин-ссудополучатель (застройщик) должен был состоять в списке застройщиков по месту работы, который согласовывался с профсоюзной организацией и представлялся банку-ссудодателю как основание выплаты соответствующих денежных сумм. Законодательством предъявлялись и определенные требования к гражданину-ссудополучателю: он должен был нуждаться в жилье, получить земельный участок (под строительство), иметь типовой или индивидуальный проект, быть готовым вложить в строительство жилья собственные средства (вместо денег вклад гражданина мог выражаться в виде строительных материалов либо его труда на строительстве).

Порядок выдачи ссуд гражданам на индивидуальное жилищное строительство определялся в зависимости от того, в каких организациях они работали: граждане, работавшие в бюджетных учреждениях, получали ссуды непосредственно от учреждений банков-ссудодателей, которым они предоставляли обязательство по установленной форме о своевременном погашении ссуды. В случаях, когда граждане являлись работниками хозрасчетных предприятий и организаций, ссуды выдавались соответствующим предприятиям и организациям под обязательство последних возвратить предоставленный кредит. Таким образом, возникало два кредитных правоотношения: между банком и организацией (в качестве ссудополучателя), а также между соответствующей организацией и гражданином-застройщиком. Правда, в юридической литературе высказывалось и иное мнение, отрицающее кредитный характер правоотношений, складывавшихся между банком и предприятием (организацией), поскольку последнему отводилась чисто организационная роль в деле создания кредитных связей между банком и застройщиком <*>.

<*> См.: Алексеев С.С., Шешенин Е.Д. Гражданско-правовые формы кредитования индивидуального жилищного строительства // Советское государство и право. 1956. N 7. С. 68.

Что касается конкретных условий выдачи банковских ссуд гражданам, а также порядка и сроков их погашения, то они регулировались многочисленными постановлениями и распоряжениями Совета Министров СССР, банковскими правилами и инструкциями. Например, Постановлением Совета Министров СССР от 20 декабря 1976 г. "О кредитовании индивидуального жилищного строительства в сельской местности" (действовавшим с 1 января 1977 г.) было установлено, что ссуды на индивидуальное жилищное строительство работникам предприятий, организаций и учреждений, расположенных в сельской местности, подлежат выдаче в размере 1500 руб. с их погашением в течение 10 лет после завершения строительства дома.

Банковские ссуды, выдаваемые гражданам на индивидуальное жилищное строительство и ремонт жилых домов, обеспечивались залогом строений, возводимых или реконструируемых на средства, полученные от банка-ссудодателя.

По поводу правовой природы договора банковской ссуды на индивидуальное жилищное строительство в юридической литературе были высказаны различные точки зрения. Непременный целевой характер выдаваемой ссуды; возложение на ссудополучателя-застройщика дополнительных обязанностей по участию в строительстве, соблюдению требований проекта и своевременному завершению строительства; обязательное участие ссудополучателя в трудовых правоотношениях - эти и другие особенности договора банковской ссуды на индивидуальное жилищное строительство приводили некоторых авторов к выводу о том, что в данном случае речь идет об особом самостоятельном гражданско-правовом договоре, отличном от договора займа <*>.

<*> См.: Алексеев С.С., Шешенин Е.Д. Гражданско-правовые формы кредитования индивидуального жилищного строительства. С. 66.

Иной точки зрения придерживался О.С. Иоффе, который указывал: "Ни целевой характер банковского кредита, ни особые способы его обеспечения, ни даже тесная связь с трудовыми правоотношениями не находятся в противоречии с сущностью договора займа... Дело, стало быть, не в этих соображениях, а всецело и исключительно в том, что обычный заем - реальная сделка, тогда как банковский кредит, по первому впечатлению, оформляется консенсуальным договором. Но правильно ли такое впечатление?" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 662 - 663.

Сам О.С. Иоффе отвечал на этот вопрос отрицательно и полагал, "что банковское кредитование индивидуального жилищного строительства опосредствуется не консенсуальной, а реальной сделкой... До фактического получения кредита это обязательство не действует. Оно вступает в силу, а значит, и договор считается заключенным в момент выдачи застройщику соответствующих сумм, причем, поскольку деньги выдаются периодически и по частям, оформление банковского кредита требует целой серии реальных сделок. Но, так как они охватываются одним и тем же письменным обязательством застройщика, каждая из них, объединенная с предшествующими сделками, образует вместе с ними единый договор, являющийся особой разновидностью договора займа" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 663.

Похоже, что мысль О.С. Иоффе о том, что всякий договор, относимый по своим признакам к заемному типу обязательств, непременно должен строиться по модели реального договора, на этот раз увела его слишком далеко. Выходит, что банк, предоставляя кредит, не имеет никаких обязательств перед ссудополучателем и действует по своему усмотрению. Непонятно также, на каком этапе из "серии реальных сделок" (т.е. фактических действий банка по исполнению своего

обязательства перед ссудополучателем по выдаче ссуды) образуется, наконец, единый договор, являющийся "особой разновидностью договора займа". Разве банк вправе ограничиваться лишь выдачей части ссуды? Или на стороне заемщика (ссудополучателя), получившего только первую часть ссуды, отсутствует обязательство по ее возврату?

Представляется, что гораздо проще было бы признать, что соответствующий (заемный) тип гражданско-правовых обязательств охватывает не только реальные, но и консенсуальные договоры.

Глава III. ДОГОВОР ЗАЙМА ПО РОССИЙСКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

В части второй нового Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК, ГК РФ, Кодекс) <*> договору займа (заемным обязательством) было возвращено истинное и традиционное его значение, которое придавалось ему в российском дореволюционном законодательстве и было утрачено в советский период развития гражданского права: договор займа вновь стал родовым понятием по отношению ко всем иным сделкам, по которым одна сторона передает другой стороне деньги или вещи, определяемые родовыми признаками, с обязанностью последней возвратить ту же денежную сумму или то же количество вещей того же рода и качества и которые в свою очередь признаются отдельными видами договора займа.

<*> СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

Причем указанное значение займа нашло и свое формально-юридическое выражение в виде определенной системы правового регулирования соответствующих правоотношений, примененной в ГК. На это обратил внимание один из основных разработчиков проекта Кодекса С.А. Хохлов в первом же комментарии к части второй ГК, изданном сразу после введения ее в действие (1 марта 1996 г.). "Основные юридические формы кредитования урегулированы в трех параграфах главы 42, в которых содержатся правила о договоре займа (параграф 1), кредитном договоре (параграф 2), а также о товарном и коммерческом кредите (параграф 3). Общие положения о кредитных обязательствах в данной главе не выделены, - подчеркивал С.А. Хохлов, - но они существуют в виде правил о займе, которые применяются к другим кредитным обязательствам, если иное не установлено правилами о кредитном договоре, товарном и коммерческом кредите, или не противоречат существу таких обязательств. Заем с этой точки зрения представляет собой наиболее типичное кредитное обязательство, выражающее основные признаки и других форм кредитования" <*>.

<*> Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 420 (автор гл. 42 "Заем и кредит" - С.А. Хохлов).

Действительно, в отличие от иных глав ГК о сложных договорах, имеющих свои отдельные виды (купля-продажа, аренда, подряд и др.), в гл. 42 ГК отсутствует параграф об общих положениях, относящихся ко всем видам договора займа, место которого занимают нормы об этом договоре.

1. Понятие и квалификация договора займа

Признаки договора займа

В ГК содержится традиционное определение договора займа: по договору займа одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества; договор займа считается заключенным с момента передачи денег или других вещей (п. 1 ст. 807).

Можно выделить следующие основные черты (признаки) договора займа, отличающие его от иных договорных обязательств и предопределяющие его место в системе гражданско-правовых договоров.

Во-первых, объектом договора займа являются деньги или иные вещи, определяемые родовыми признаками (заменяемые вещи). Пользование деньгами и вещами, определенными родовыми признаками, со стороны заемщика возможно только путем их потребления. Поэтому на заемщика не может быть возложена обязанность возврата займодавцу по истечении срока использования объекта займа тех же денег или тех же вещей, как это имеет место, например, по договорам имущественного найма, ссуды (безвозмездного пользования), доверительного управления имуществом, объектом которых (по этой причине) могут служить только индивидуально-определенные вещи, не теряющие своих качеств в процессе использования.

Во-вторых, отмеченная специфика объекта договора займа имеет своим следствием то обстоятельство, что пользование деньгами и иными вещами, определяемыми родовыми признаками, которое возможно только в форме их потребления, предполагает наличие у заемщика правомочия по распоряжению объектом договора займа. Для того чтобы заемщик имел возможность распоряжаться полученными от займодавца деньгами или иными вещами, он должен быть их собственником. В связи с этим по договору займа служащие его объектом деньги или вещи, определяемые родовыми признаками, передаются в собственность заемщика. Данное обстоятельство также позволяет отличить договор займа от договоров аренды (имущественного найма), ссуды (безвозмездного пользования) и доверительного управления, по которым объект указанных договоров передается лишь во владение и пользование контрагента: арендатора, ссудополучателя, доверительного управляющего.

То обстоятельство, что истинная цель заемщика состоит во временном пользовании денежными средствами или вещами, предоставляемыми займодавцем, с обязанностью их возврата (что сближает договор займа с арендой и ссудой), не меняет положения дел: объект займа передается в собственность заемщика, поскольку, учитывая качества объекта, заемщик может его использовать только путем его потребления. По этому поводу, например, Е.А. Суханов пишет: "Составляющее предмет займа имущество (движимые вещи) поступает в собственность заемщика, поскольку последний использует его для своих нужд, обычно смешивая с аналогичным собственным имуществом... Различие собственных и заемных средств (имущества), проводимое в учетно-бухгалтерских целях, например при определении размера чистых активов хозяйственного общества, не меняет этого положения, ибо собственником "заемных средств" все равно становится заемщик" <*>.

перераб. и доп. М., 2000. С. 204 (автор гл. 49 "Договоры займа, кредита и финансирования под уступку денежного требования" - Е.А. Суханов).

В-третьих, договор займа носит реальный характер: он считается заключенным лишь с момента фактической передачи займодавцем заемщику денег или вещей, определяемых родовыми признаками и служащих объектом договора займа. Этот признак договора займа отграничивает его от всех консенсуальных договоров, включая те же договоры аренды (имущественного найма) и ссуды (безвозмездного пользования), и одновременно сближает его с иными реальными договорами: хранения, перевозки, доверительного управления имуществом. Вместе с тем названные договоры относятся к категории гражданско-правовых договоров об оказании услуг: хранитель, перевозчик, доверительный управляющий оказывают услуги по хранению, транспортировке, доверительному управлению имуществом соответственно поклажедателю, грузоотправителю (грузополучателю), учредителю доверительного управления. В отличие от этого, по договору займа деньги и иное имущество, определяемое родовыми признаками, передаются в собственность заемщику и используются последним самостоятельно по его усмотрению.

Реальный характер договора займа означает, что даже при наличии между заемщиком и займодавцем письменного соглашения, по которому последний взял на себя обязанность предоставить заемщику определенную денежную сумму или количество вещей, на стороне заемщика не возникает права требовать от займодавца исполнения этой обязанности, поскольку само заемное обязательство не может считаться возникшим до момента фактической передачи займодавцем денег или иного имущества в собственность заемщику. Так, С.А. Хохлов, подчеркивая реальный характер договора займа, указывал: "Исходя из такого традиционного для российского права подхода к договору займа, в его рамках исключается признание какого-либо юридического значения за обещанием предоставить имущество займа. Условие о предоставлении займа, даже согласованное сторонами, не имеет юридической силы, и займодавец соответственно не может быть понужден к выдаче займа и не несет ответственности за непредоставление обещанных средств. Юридически значимое обязательство предоставить кредит существует только в строго очерченной сфере кредитных обязательств (кредитный договор и товарный кредит)" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 421.

К этому следует добавить, что обещанию займодавца предоставить заемщику деньги или имущество займа может быть в определенных случаях (за рамками конструкции договора займа, который всегда носит реальный характер) придано правовое значение. Речь идет о предварительном договоре займа (ст. 429 ГК), возможность заключения которого не исключается нормами о договоре займа, содержащимися в гл. 42 ГК. Однако из предварительного договора займа не вытекает обязательство займодавца предоставить деньги или вещи, определяемые родовыми признаками, заемщику, а следует лишь его обязанность заключить с последним договор займа в срок и на условиях, предусмотренных предварительным договором, который также будет иметь реальный характер.

Правда, общие положения о предварительном договоре (ст. 429 ГК) явно рассчитаны на договоры консенсуального характера. Что, например, может означать для регулирования отношений

сторон по предварительному договору займа применение к ним норм, содержащихся в п. п. 5 и 6 ст. 429 ГК, согласно которым в случаях, когда сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, применяются положения, предусмотренные п. 4 ст. 445 ГК (о праве ее контрагента обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также об обязанности стороны, уклоняющейся от заключения договора, возместить контрагенту причиненные этим убытки); обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор?

Например, по мнению Е.А. Павлодского, названные положения о предварительном договоре должны применяться без всяких изъятий, а их применение должно иметь своим последствием исполнение займодавцем своего обязательства по передаче заемщику объекта займа. Во всяком случае Е.А. Павлодский полагает, что при заключении "предварительного договора (ст. 429 ГК), в котором определены существенные условия будущего договора займа (сумма займа, срок возврата и т.д.), займодавец обязан в установленные предварительным договором сроки заключить договор займа, т.е. предоставить заемщику оговоренную денежную сумму" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М., 2000. С. 5.

Такой подход представляется не вполне обоснованным, учитывая именно то обстоятельство, что общие положения, содержащиеся в ст. 429 ГК, рассчитаны именно на правоотношения, связанные с заключением предварительных договоров в отношении тех основных договоров, которые носят консенсуальный характер.

Что же касается реального договора займа, то правоотношения, связанные с его заключением, подчиняются специальному правилу, предусмотренному п. 2 ст. 433 ГК: если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества. Поэтому думается, что понуждение со стороны суда займодавца к заключению договора займа на основе предварительного договора означает лишь признание судом наличия между сторонами письменного соглашения о займе, которое, однако, в силу реального характера договора займа не порождает обязательство займодавца предоставить заемщику денежные средства или иное имущество, являющиеся объектом данного соглашения. Иначе придется признать, что, скажем, решение суда о понуждении одного из контрагентов к заключению договора, подлежащего государственной регистрации, на основе предварительного договора будет означать одновременное понуждение государственного органа, осуществляющего такую регистрацию, к осуществлению государственной регистрации названного договора, поскольку договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации (п. 3 ст. 433 ГК).

В-четвертых, договор займа является односторонним договором. "После его заключения, в процедуру которого входит и передача заемных средств, - указывал С.А. Хохлов, - все обязанности по договору, в том числе и основную из них - вернуть сумму денежного займа или равное количество полученных других вещей того же рода и качества, - несет заемщик. Заемщик приобретает по договору только права" <*>. Выделение данного признака договора займа не вызывает сомнений и признается всеми авторами. Например, Д.А. Медведев пишет: "Договор займа является классической

разновидностью реального и одностороннего договора. В силу прямого указания п. 1 ст. 807 ГК он считается заключенным с момента передачи денег или других вещей. Односторонний характер договора выражается в том, что заемщик создает для себя заключением договора голый долг, а займодавец всегда получает право требования" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 421 - 422.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 427 (автор гл. 39 "Кредитные и расчетные обязательства" - Д.А. Медведев).

В-пятых, специфика объекта договора займа: деньги или вещи, определяемые родовыми признаками (т.е. заменимые вещи), а также его реальный и односторонний характер предопределяют и особенность предмета договора займа, состоящую в том, что таковым следует признать действия заемщика по возврату займодавцу соответствующей денежной суммы или равного полученному количеству вещей.

Бытующий в юридической литературе взгляд на предмет договора займа, в соответствии с которым под предметом договора займа понимаются деньги и вещи, определяемые родовыми признаками, которые переданы заемщику, не вполне корреспондирует учению и формально-юридическим правилам о предмете всякого гражданско-правового обязательства как о действиях обязанной стороны (ст. 307 ГК).

Другое дело, что относительно договоров, относимых к категории гражданско-правовых договоров о передаче имущества, можно вести речь о сложном предмете договора, включающем два рода объектов: действия обязанной стороны по передаче имущества и само имущество, поскольку правовое регулирование таких договоров во многом ориентируется на особенности передаваемого имущества и зачастую зависит от его специфических признаков <*>. Именно таков подход к предмету договора займа, например, у О.С. Иоффе: "Материальный объект заемного правоотношения составляют либо вещи, определенные родовыми признаками, либо денежная сумма, выраженная в... денежных знаках... Но чаще всего в этом качестве выступают именно деньги, хотя при чисто товарищеских отношениях, не облакаемых в четко выраженные правовые формы, предметом займа нередко становятся различного рода вещи повседневного потребления. Ввиду того что договор займа признается заключенным в момент передачи заемщику денег или вещей, а в дальнейшем займодавец вправе требовать погашения долга, действия, совершаемые заемщиком в этих целях, являются юридическим объектом заемного обязательства" <*>.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

-
<*> Подробнее об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга

первая: Общие положения. М., 1997. С. 224 - 230.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 654.

Сфера применения договора займа

По сфере своего применения договор займа теперь охватывает все обязательственные правоотношения, по которым одна сторона передает другой деньги или заменимые вещи, а другая обязуется возвратить такую же денежную сумму или такое же количество вещей. Существовавшие в советские времена запреты и ограничения в применении норм о договоре займа, в частности: запрещение кредитования организаций друг другом, неприменение правил о займе к отношениям банковского кредитования, которые регулировались самостоятельным договором банковской ссуды, были устранены еще Основами гражданского законодательства 1991 г. В связи с этим, например, С.А. Хохлов писал: "Сфера применения договора займа в ГК не ограничена какими-либо указаниями на определенный состав участников этого обязательства, как это ранее вытекало из ГК РСФСР 1964 г. Следуя за Основами гражданского законодательства 1991 г. (ст. 113), новый ГК придает займу значение универсальной кредитной сделки, которая может совершаться как в бытовой, так и в предпринимательской областях деятельности. Правила займа распространяются, в частности, на краткосрочные и долгосрочные банковские ссуды, выдаваемые гражданам, коммерческим и некоммерческим организациям" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 420 - 421.

В отличие от советского гражданского права, где договор займа понимался в узком смысле (в том виде, в каком он регулировался ГК 1964 г. и иным законодательством) со всеми запретами и ограничениями, появившимися в результате кредитной реформы 1930 - 1931 гг., и в широком значении этого слова - как родовое понятие по отношению ко всякому кредиту <*>, действующая сегодня система правового регулирования, избавившись от необоснованных запретов и ограничений, вернулась к традиционной модели договора займа, охватывающего все кредитные правоотношения, некоторые из которых (отношения банковского кредитования, товарного кредита) теперь составляют его отдельные виды.

<*> См.: Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 60; Иоффе О.С. Указ. соч. С. 653.

Вместе с тем и в современной юридической литературе можно встретить рассуждения о различного рода ограничениях сферы применения договора займа. Так, по мнению Е.А. Суханова, "недопустимо систематическое выступление в роли займодавца юридического лица, не являющегося кредитной организацией (хотя бы и в пределах законно имеющихся у него наличных денежных сумм), поскольку деятельность по выдаче кредитов подлежит обязательному лицензированию. Названное ограничение не распространяется на получение от своих коммерческих партнеров векселей в оплату за переданное им имущество, произведенные работы или оказанные услуги, а также на предоставление им в этих случаях отсрочки или рассрочки платежа (являющихся формами

коммерческого кредитования). Очевидно, что и отдельные граждане без статуса индивидуальных предпринимателей не могут систематически выступать в качестве займодавцев в возмездных договорах займа, ибо, по сути, речь в таком случае шла бы о ростовщичестве" <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 205 - 206 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Еще более определенной и категоричной является позиция С.С. Занковского, который упрекает гл. 42 ГК в том, что она "не ставит никаких препятствий к систематическому предоставлению лицами, не относящимися к числу банков и иных кредитных организаций, возмездных (с уплатой процентов) займов". Данное обстоятельство, по мнению С.С. Занковского, "лишний раз свидетельствует об отсутствии должной связи между гражданским и уголовным законодательством" <*> (?!). Сам же автор полагает: "Действия граждан и юридических лиц по систематическому предоставлению процентных займов находятся в опасной близости от состава правонарушения, предусмотренного в ст. 172 УК РФ, установившей ответственность за незаконную банковскую деятельность, т.е. за выполнение банковских операций без регистрации или без специального разрешения (лицензии) в случаях, когда наличие лицензии обязательно. Но последняя применительно к размещению денежных средств на условиях возвратности, платности и срочности может быть получена только банками и другими кредитными организациями" <***>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 497 (автор комментария - С.С. Занковский).

<***> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. С. 497 (автор комментария - С.С. Занковский).

"Поскольку передача денег займы не относится к разряду специфических банковских операций, - считает Д.А. Медведев, - она не требует получения лицензии Банка России... На этом строится разграничение договора займа, в котором в роли займодавца может выступать любое лицо, и кредитного договора, имеющего специальный субъектный состав, займодавцем в котором может быть только банк (кредитная организация)" <*>. Но тут же делает существенную оговорку: "Следует иметь в виду, что выдача организацией денежных средств займы (с процентами или без таковых) может считаться законной лишь в тех случаях, когда такие сделки носят эпизодический характер. Систематическая выдача кредитов в предпринимательских целях должна расцениваться в качестве банковской операции, для совершения которой требуется лицензия" <***>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 428 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

<***> Там же.

Подобным теоретическим воззрениям в немалой степени способствовала судебно-арбитражная

практика, имевшая место до принятия ГК, которая основывалась на тех же позициях <*>.

<*> См., например: информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 августа 1994 г. N С1-7/ОП-555 (п. 4) // Вестник Высшего Арбитражного Суда (далее - Вестник ВАС) РФ. 1994. N 10.

Вместе с тем в свое время, как известно, ограничения заемных отношений по их субъектному составу, подобные описанным, явились последствием так называемой кредитной реформы 1930 - 1931 гг., когда организациям было запрещено кредитовать друг друга и все народное хозяйство было переведено на прямое банковское кредитование, результатом чего было выделение договора банковской ссуды в качестве самостоятельного договора, отличного от договора займа.

В условиях свободы предпринимательской деятельности и действия принципа свободы договора, при отсутствии на то прямых указаний в законе было бы неправильно воспроизводить старые запреты и ограничения сферы применения договора займа в имущественном обороте. При этом не имеет значения, идет ли речь о полном запрете организациям кредитовать друг друга или только о запрете систематически осуществляемых заемных операций; сути дела это не меняет: очевидно, что действующее сегодня законодательство не запрещает одним участникам имущественного оборота, не относящимся к банкам или иным кредитным организациям, предоставлять займы другим участникам имущественного оборота; не предусматривается законодательством также и исключительное прямое банковское кредитование, как это имело место в советский период. Напротив, для тех случаев, когда в роли займодавца выступает банк или иная кредитная организация и договор займа конструируется по модели консенсуального договора, предусмотрено, что соответствующие правоотношения регулируются отдельным видом договора займа, рассчитанным именно на такие профессиональные отношения, - кредитным договором (ст. 819 ГК).

Может, следует говорить о целесообразности введения (естественно, в законодательном порядке) некоторых ограничений для субъектов имущественного оборота, не являющихся банками или кредитными организациями, на осуществление заемных операций. Но в этом случае надо позаботиться о четких и ясных критериях определения пределов такой деятельности. Использование критерия систематичности заемных операций (в противовес их эпизодичности), как это предлагается в современной юридической литературе, должно быть исключено, поскольку это открывает путь для административного и судебного произвола.

Скажем, можно обсуждать вопрос о целесообразности определения предельной (достаточно большой) суммы денежного займа, допускаемого в отношениях между организациями, а также между индивидуальными предпринимателями. В целях борьбы с ростовщичеством можно воспользоваться богатым опытом дореволюционного отечественного и зарубежного законодательства в части установления максимального размера процентов, которые могут взиматься по договору займа.

Косвенные ограничения на осуществление заемных операций могли бы быть введены и в сфере публично-правового регулирования, к примеру, в виде прогрессивной ставки налога на прибыль, возрастающей пропорционально увеличению доли прибыли от заемных операций в общей сумме выручки организации, не относящейся к числу кредитных организаций.

Вместе с тем очевидно, что при обсуждении вопросов о возможных ограничениях заемных

операций в отношениях между организациями и индивидуальными предпринимателями следует всячески избегать предложений о введении прямых запретов на осуществление заемных операций в отношении организаций, не являющихся банками или кредитными организациями.

Кроме того, в приведенных рассуждениях всех авторов, настроенных против широкого применения денежного займа в отношениях между организациями на систематической основе, имеется одна неточность: деятельность по выдаче займов, осуществляемая организациями в качестве займодавцев на систематической основе, этими авторами приравнивается к банковской деятельности, которая может осуществляться лишь специальными организациями - банками и иными кредитными организациями - и требует лицензирования. На самом деле суть банковской деятельности состоит во взаимосвязанных операциях по привлечению денежных средств граждан и организаций (во вклады и на счета) и последующему распоряжению соответствующими денежными средствами. Необходимость контроля со стороны государства (предварительного контроля в процессе лицензирования банковской деятельности и последующего контроля в форме государственного надзора за деятельностью банков) объясняется именно тем обстоятельством, что, совершая сделки с денежными средствами, которые формально юридически им принадлежат и находятся в их полном распоряжении, в том числе путем предоставления кредитов заемщикам, банки по сути своей распоряжаются "чужими" денежными средствами, поскольку вкладчики и владельцы счетов, обслуживаемые банками, имеют к последним соответствующие права требования.

Если же речь идет о предоставлении займы собственных средств организаций (индивидуальных предпринимателей) другим организациям (индивидуальным предпринимателям), даже если такого рода деятельность осуществляется на систематической основе, то совершение таких заемных операций никак не может быть признано банковской деятельностью. Поэтому в действительности видообразующим признаком кредитного договора как отдельного вида договора займа выступает отнюдь не деятельность по выдаче займов в систематическом порядке, а то обстоятельство, что в роли займодавца выступает банк, означающее, что при заключении кредитного договора по сути имеет место сделка по распоряжению привлеченными денежными средствами.

В юридической литературе иногда можно встретить также довод об ограничении сферы применения договора займа, проводимом по объектам этого договора. Так, в одном из современных учебников указывается: "Предметом займа не случайно всегда считались вещи, ибо в обычной ситуации только они способны становиться объектами права собственности. Из этого очевидно, что в данном качестве могут выступать лишь наличные деньги (вещи), а не безналичные "денежные средства" (права требования), выступающие предметом иного - кредитного - договора (это прямо следует из текста действующего закона - ср.: п. 1 ст. 807 и п. 1 ст. 819 ГК). Поэтому ограничения наличного денежного оборота в отношениях между юридическими лицами также соответствующим образом ограничивают возможности заключения между ними договора займа" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 206 - 207.

Такой подход равносителен введению хорошо известного с советских времен запрета на кредитование организациями друг друга и переходу исключительно на прямое банковское кредитование. В самом деле, расчеты наличными деньгами между организациями лимитируются Банком России (в настоящее время предельная сумма таких расчетов не может превышать 60 тыс.

руб.). В то же время всякий заем путем предоставления безналичных денежных средств предлагается рассматривать как находящийся за пределами сферы применения договора займа и составляющий предмет специального кредитного договора, в роли займодавца по которому могут выступать только банки и иные кредитные организации. Это и есть переход исключительно к прямому банковскому кредитованию!

Думается, что изложенная позиция основана на буквальном прочтении нормы, содержащейся в п. 1 ст. 807 ГК, и сугубо формальном ее толковании, что явно не соответствует позиции законодателя, который, употребляя во множестве норм ГК термины "деньги", "денежные средства" для обозначения соответствующего объекта гражданских прав, имеет в виду как наличные, так и безналичные денежные средства и тем самым сознательно допускает применение норм о праве собственности и иных вещных правах не только к наличным, но и к безналичным денежным средствам (правам требования). В связи с этим, например, М.И. Брагинский отмечает: "Применительно к договору займа ст. 807 ГК прямо говорит о переходе предмета договора, который она называет, правда, вещами, в собственность заемщика. В определении кредитного договора отсутствует указание на передачу в собственность. Но это последнее и для этого договора не вызывает сомнений... Между тем не вызывает сомнений и другое обстоятельство - то, что кредиты выдаются не путем передачи денег "из рук в руки", но зачислением со счета на счет, т.е. передачей соответствующих прав" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 235.

Содержащуюся в п. 1 ст. 807 ГК формулировку о передаче объекта займа (денег и вещей, определяемых родовыми признаками) в собственность заемщика нельзя понимать буквально и сугубо формально, имея в виду и общее предназначение договора займа, и ту роль, которая отводится этому договору в регулировании имущественного оборота. Например, С.С. Занковский, анализируя указанную формулировку, приходит к следующему обоснованному выводу: "Строго говоря, право собственности у заемщика возникает, главным образом, в случаях, когда в этой роли выступает гражданин, получивший займы наличные деньги. Но при таком узком толковании пришлось бы отказать в праве играть такую роль унитарным предприятиям, т.к. они не могут обладать имуществом на праве собственности и, кроме того, вообще всем юридическим лицам - владельцам банковских счетов, потому что в отношении зачисленных на них в безналичном порядке сумм займов они обладали бы не правами собственника, а обращенными к банку правомочиями, основанными на договоре банковского счета. Приведенную формулировку не следует понимать буквально и по другой причине. Условиями договора может быть предусмотрено, что займодавец передает сумму займа не заемщику, а указанному им лицу, например, поставщику товаров, для оплаты которых и привлекался займ" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. С. 496 (автор комментария - С.С. Занковский).

Сам законодатель выразил свое отношение к договору займа и его роли в регулировании имущественного оборота, определив ему чрезвычайно широкую сферу применения, которая не может быть ограничена ни по субъектному составу, ни по объектам, подпадающим под определение денег и

иных вещей, определяемых родовыми признаками, если только такого рода ограничения не предусмотрены специальными правилами о соответствующих субъектах или объектах гражданских прав. Об этом свидетельствуют, в частности, содержащиеся в гл. 42 ГК нормы о товарном и коммерческом кредите, а также о возможности новации любого долга в заемное обязательство.

Правила о договоре займа (после норм о кредитном договоре) подлежат применению ко всякому соглашению, предусматривающему обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками (договор товарного кредита); этими правилами непосредственно регулируются обязательства коммерческого кредита в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг, обнаруживаемые во всяком договоре, исполнение которого связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками (ст. ст. 822 и 823 ГК).

В соответствии со ст. 818 ГК по соглашению сторон всякий долг, возникший из купли-продажи, аренды имущества или иного основания, может быть в порядке новации заменен заемным обязательством. Анализируя аналогичное положение ГК 1922 г. о новации долга в заемное обязательство (ст. 209), М.И. Брагинский подчеркивает, что договор займа, "обслуживающий основную массу отношений банка с клиентами, предусматривал переход денег или определенной родовыми признаками вещи в собственность. Однако одновременно допускалось оформление заемным обязательством отношений из купли-продажи, найма имущества или другого основания. К таким отношениям, в которых займодавец - кредитор, а заемщик - должник, применялись нормы о займе. Это давало возможность признать собственником заемщика и тогда, когда займы передавалась вещь, и тогда, когда предметом займа служило требование (например, при выдаче ссуды банком путем зачисления денег на счет заемщика)" <*>. Думается, что подобный вывод можно сделать и применительно к ст. 818 действующего ГК.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 230.

Место договора займа в системе договорных обязательств

Квалификация договора займа была бы неполной без определения его места в общей системе гражданско-правовых договоров. По этому вопросу в юридической литературе можно встретить изложение весьма разнообразных взглядов различных авторов.

Например, в учебнике гражданского права, подготовленном на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета <*>, рассмотрение договоров займа и кредита наряду с договором финансирования под уступку денежного требования, договоров банковского вклада и банковского счета, а также расчетных обязательств объединено в одну главу под названием "Кредитные и расчетные обязательства". Причем данное обстоятельство объясняется не только учебными целями, а главным образом тем, что, по мнению авторов учебника, кредитные и расчетные обязательства образуют некий самостоятельный класс договорных обязательств, являющийся родовым понятием по отношению к отдельным договорам, его составляющим. Так, автор соответствующей главы учебника Д.А. Медведев подчеркивает, что кредитные и расчетные обязательства не являются акцессорными обязательствами (по отношению к актам товарного обмена) "и существуют юридически самостоятельно". "Более того, - рассуждает Д.А. Медведев, - в ряде случаев они просто оторваны от актов обмена реальными стоимостями (таков вексель). Объясняется это тем, что в обмене

материальными благами при исполнении договоров купли-продажи, подряда, аренды и т.д. принимает участие финансовый институт (банк или иное лицо), специально созданный рынком для осуществления кредитования и расчетов в безналичной форме. Это придает таким отношениям "известную самостоятельность"... Именно эта автономность и позволяет говорить о наличии особых обязательств по кредитованию и расчетам, выделяя их в конкретные виды договорных правоотношений" <*>. При этом в качестве одного из обязательных признаков расчетно-кредитных обязательств, подчеркивающих их специфичность и самостоятельность, Д.А. Медведев признает их денежный характер <***>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997.

<*> Там же. С. 421 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

<***> См.: Там же.

Внутри класса расчетно-кредитных обязательств Д.А. Медведев наряду с расчетным обязательством выделяет так называемое кредитное обязательство, под которым предлагается понимать "гражданское правоотношение, состоящее в передаче кредитором должнику денег или вещей, определяемых родовыми признаками, с условием возврата эквивалентного количества денег или таких же вещей либо в предоставлении одной стороной другой стороне правоотношения отсрочки исполнения какой-либо обязанности по договору (уплатить деньги, передать имущество, выполнить работы, оказать услуги)" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 422.

Правда, автор указанной классификации отдает себе отчет в том, "что приведенные определения не вполне универсальны". "Такие важные договоры, как финансирование под уступку денежного требования (факторинг), договор банковского счета, вексельное обязательство, - пишет Д.А. Медведев, - нельзя полностью подвести под приведенные понятия, хотя они и неразрывно связаны с обычными расчетными и кредитными обязательствами" <*>.

<*> Там же. С. 423.

Во всяком случае, место договора займа в приведенной классификации определено достаточно четко: он составляет один из видов договорных правоотношений, которые охватываются понятием "кредитное обязательство", относимым в свою очередь к классу расчетно-кредитных обязательств. Хотя и в договоре займа, и в кредитном обязательстве мы далеко не всегда находим неперменный родовый признак расчетно-кредитных обязательств, а именно участие финансового института (банка или иного лица), специально созданного рынком "для осуществления кредитования и расчетов в безналичной форме", как указывает Д.А. Медведев.

Позиция Д.А. Медведева, предложившего указанную классификацию, тесно переплетается с

позицией О.С. Иоффе, который в свое время также выделял в отдельный класс договорных обязательств обязательства по кредиту и расчетам, однако в качестве общего родового понятия предлагал понимать договор займа в широком значении. "Юридической формой как денежного, так и товарного кредита в чистом виде, а не в сочетании с продажей или другими имущественными предоставлениями, - писал О.С. Иоффе, - является договор займа. В зависимости от сферы использования займа различают отдельные его разновидности" <*>. Выделение в отдельный классификационный класс гражданско-правовых обязательств по кредиту и расчетам в 70-е гг. XX в. О.С. Иоффе было легко объяснимо: в ГК 1964 г. наряду с гл. 26 "Заем" имелась самостоятельная гл. 34 "Расчетные и кредитные отношения", в которой для регулирования отношений по кредитованию как организаций, так и граждан использовался договор банковского кредитования (договор банковской ссуды), сформулированный как самостоятельный договор, отличный от договора займа. Поэтому-то О.С. Иоффе и объединил указанные договоры, имеющие единую правовую природу, в один класс договорных обязательств, использовав в качестве родового понятия понятие договора займа в широком смысле.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 647.

В настоящее время, когда нормы как о договоре займа, так и о кредитном договоре помещены в одну главу (гл. 42 "Заем"), причем даже с формально-юридической точки зрения соотношение этих договоров (займа к кредиту) определено по схеме "род - вид", при отсутствии запрета организациям кредитовать друг друга без участия банка, объединение договоров займа и кредита с договорами банковского вклада и банковского счета, а также с расчетными обязательствами в некий единый класс расчетно-кредитных обязательств, как представляется, потеряло всякий практический смысл (с теоретической точки зрения оснований для этого не было и ранее).

Иной подход к определению договора займа в классификации гражданско-правовых договорных обязательств предлагается в учебнике гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова <*>. В этом учебнике договоры займа, кредита и финансирования под уступку денежного требования сведены в одну классификационную группу, объединяемую общей категорией кредитных обязательств, отнесенных в свою очередь, наряду с договорами страхования, договорами банковского счета и банковского вклада, а также расчетными обязательствами, к классу гражданско-правовых обязательств по оказанию финансовых услуг. Объясняя такую классификацию, Е.А. Суханов указывает: "Договор займа оформляет экономические отношения, единые по своей природе с кредитным договором и договором факторинга (финансирования под уступку денежного требования). Во всех этих ситуациях речь идет о передаче одним участником товарного оборота другому определенного имущества с условием возврата его эквивалента и, как правило, уплаты вознаграждения, т.е. о предоставлении кредита в экономическом смысле. Однако... кредитные экономические взаимосвязи юридически могут оформляться по-разному: с помощью договора займа денег или вещей... с помощью кредитного договора (в том числе договора о предоставлении товарного кредита), а также с помощью договора факторинга. Вместе с тем наличие некоторых общих правил, применимых ко всем перечисленным обязательствам (в виде правил о займе, которые применяются к другим кредитным обязательствам согласно п. 2 ст. 819, ч. 1 ст. 822 и п. 2 ст. 823 ГК), позволяет говорить о существовании общей категории кредитных обязательств, наиболее типичным из которых является обязательство из договора займа. Таким образом, заем представляет собой одну из гражданско-правовых форм кредитования" <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

<***> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 204 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Объединение в одну классификационную группу договоров займа, кредита и финансирования под уступку денежного требования под общим понятием категорией "кредитные обязательства" (без их смешения с расчетными обязательствами) не вызывает возражений (если не принимать во внимание того обстоятельства, что кредитный договор является отдельным видом договора займа и относится к последнему, как вид к роду).

Вместе с тем отнесение указанных договоров, объединенных общим понятием "кредитные обязательства", к классу обязательств по оказанию финансовых услуг вряд ли можно признать правильным.

Конечно, предоставление заемщику требуемой ему денежной суммы или определенного количества вещей несет в себе элемент услуги со стороны займодавца, которая в случае денежного займа приобретает финансовый характер. Однако данное обстоятельство отнюдь не является преобладающим ни в цели договора займа, ни в предмете заемного обязательства, как это имеет место, например, в договорах страхования, банковского вклада или банковского счета (совершенно обоснованно отнесенных к классу обязательств по оказанию финансовых услуг).

Договор займа по цели своей и по предмету вытекающего из него обязательства гораздо ближе к договорам имущественного найма и ссуды, нежели к тем же договорам страхования или банковского вклада. Ведь от названных договоров (имущественного найма и ссуды) договор займа отличает лишь то обстоятельство, что его объектом (денежные средства или вещи, определяемые родовыми признаками, в которых временно нуждается заемщик) являются вещи заменимые, а не индивидуально-определенные, как это имеет место в договорах имущественного найма и ссуды. Именно (и только!) этим обстоятельством обусловлены все остальные отличия договора займа от указанных договоров, а именно: передача имущества, которое может использоваться лишь путем его потребления, в собственность, а не во владение и пользование заемщика; обязанность заемщика возвратить не ту же вещь, которая была получена от займодавца, а равное полученному количество тех же вещей или соответствующую денежную сумму, и т.д. Однако предложенная классификация разводит названные весьма схожие (по целям и предмету обязательств) договоры по разным классификационным классам договорных обязательств, что вряд ли может быть признано правильным.

Весьма оригинальную квалификацию договора займа предложил Ю.В. Романец, который распределил по группам все гражданско-правовые договоры по единому критерию - по направленности обязательств, поскольку, как отмечает автор, "приоритетное значение признака направленности выражается в том, что он, предопределяя наиболее существенные элементы договора, суть его содержания, позволяет выработать единую (в той или иной степени) основу правового регулирования для всех правоотношений, характеризующихся одинаковой направленностью. Как следствие, практически все гражданские договоры могут быть классифицированы по этому основанию" <*>.

<*> Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 101 - 102.

Используя признак направленности обязательства, Ю.В. Романец объединил договор займа с договорами банковского вклада и банковского счета в единый класс договоров, направленных на предоставление отсрочки возврата такого же количества имущества того же рода и качества или на отсрочку оплаты. "Экономическая и юридическая цель данных договоров, - считает Ю.В. Романец, - заключается в предоставлении отсрочки встречного эквивалентного возмещения. Иной цели у сторон, заключающих договор, согласно которому одна сторона передает другой стороне имущество в собственность с условием возврата такого же количества имущества того же рода и качества, нет" <*>.

<*> Там же. С. 119.

Что касается договора займа, то в нем, как полагает Ю.В. Романец, "направленность на отсрочку встречного предоставления проявляется в чистом виде, поскольку в нем производится передача в собственность и возврат одинакового имущества, отвечающего требованиям эквивалентности" <*>. Весьма характерно, что, сравнивая договор займа с иными договорами, относимыми к смежным классам договорных обязательств: договорами, направленными на передачу имущества в собственность (купля-продажа, мена); договорами, направленными на выполнение работ или оказание услуг (обезличенное хранение, поручение) <***>, Ю.В. Романец не находит нужным определить соотношение договора займа с договорами имущественного найма и ссуды (которые вместе с договорами жилищного найма и коммерческой концессии объединены автором в класс договоров, направленных на передачу во временное пользование объектов гражданских прав), видимо, полагая, что цели этих договоров являются абсолютно не совпадающими.

<*> Там же. С. 451

<***> Романец Ю.В. Указ. соч. С. 119 - 124.

Между тем, как нам уже приходилось отмечать, по своим экономическим целям (и, стало быть, по направленности) договор займа наиболее близок именно договорам имущественного найма и ссуды: и в том и в другом случае прежде всего удовлетворяются потребности заемщика (нанимателя, ссудополучателя) во временном использовании имущества займодавца (наймодателя, ссудодателя). Разница состоит лишь в том, что объектом займа (в отличие от имущественного найма и ссуды) являются деньги и иные вещи, определяемые родовыми признаками, использование которых невозможно без их потребления. Отсюда и все остальные различия между названными договорами: имущество передается в собственность заемщика (а не во владение и пользование), возвращается аналогичное имущество того же рода и качества (а не то же самое имущество) и т.п.

Более того, если руководствоваться критерием направленности обязательства на предоставление отсрочки, то соответствующий признак в чистом виде обнаруживается прежде всего как раз у

договоров имущественного найма и ссуды, предмет которых составляет передача имущества во временное владение и пользование нанимателя (ссудополучателя) с обязанностью последнего возвратить его наймодателю (ссудодателю) в установленный срок. В то же время, скажем, у договора банковского счета, объединяемого автором с договором займа в единый класс договоров, такого рода направленность явно не выражена: там превалирует скорее направленность на осуществление банком расчетных операций (оказание услуг).

Кроме того, представляется, что вряд ли возможно вообще говорить о "направленности на отсрочку встречного предоставления" в отношении одностороннего обязательства, каковым является договор займа.

Следует заметить, что в отечественной юридической литературе уже давно используется такой критерий, как "направленность гражданско-правового результата", при многочисленных попытках классифицировать гражданско-правовые договоры <*>.

<*> См., например: Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве // Уч. зап. Харьковского юрид. ин-та. 1954. Вып. 5. С. 85; Красавчиков О.А. Вопросы системы Особенной части ГК РСФСР. Свердловск, 1957. С. 127; и др.

Если же мы обратимся к современной юридической литературе, то обнаружим применение данного критерия (на высшей ступени классификации всех гражданско-правовых договоров) у М.И. Брагинского, который пишет: "Используя достаточно последовательно принцип "результата" ("направленности результата"), гражданские договоры, выделенные в ГК, можно разделить на четыре группы: направленные, во-первых, на передачу имущества, во-вторых, на выполнение работ, в-третьих, на оказание услуг и, в-четвертых, на учреждение различных образований" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 320.

На этой высшей ступени классификации всех гражданско-правовых договоров договор займа, безусловно, должен быть отнесен по направленности результата к классу договорных обязательств, направленных на передачу имущества, и, следовательно, в одном классе с договором займа окажутся договоры купли-продажи, мены, ренты, имущественного найма и ссуды, жилищного найма и другие договоры, опосредующие передачу имущества.

Дальнейшая классификация договоров в рамках названного класса (если продолжать использовать тот же критерий "направленности результата") неизбежно приводит нас к выделению трех характерных типов обязательств: договоров, направленных на передачу имущества в собственность с обязанностью стороны оплатить стоимость переданного имущества либо представить ее эквивалент (купля-продажа, мена, рента); договоров, направленных на передачу имущества в собственность без какого-либо встречного предоставления (дарение, пожертвование); договоров, направленных на передачу имущества в целях его временного использования с обязанностью возвратить то же имущество (индивидуально-определенное) либо такое же имущество (определяемое родовыми признаками).

При такой классификации договор займа наконец-то объединяется в одной классификационной

группе с наиболее близкими ему по своим целям договорами имущественного найма и ссуды (цель всех указанных договоров - временное использование имущества с обязанностью возврата этого же имущества или такого же имущества в зависимости от того, связано ли использование этого имущества с его потреблением).

В рамках этой классификационной группы (уже с использованием такого критерия, как объект договора) мы можем выделить договорные обязательства заемного типа <*>, объектом которых являются деньги или иные вещи, определяемые родовыми признаками (заменяемые вещи), в силу чего на стороне, получившей имущество, лежит обязанность возвратить контрагенту не то же самое имущество, а такое же имущество или денежную сумму, равную полученной.

<*> Термин "кредитные обязательства", используемый в юридической литературе, представляется неудачным, поскольку кредит относится к займу, как вид к роду, а не наоборот.

2. Субъекты и объекты договора займа

Субъекты договора

Общие положения о займе (§ 1 гл. 42 ГК) не включают в свой состав каких-либо правил, касающихся специальным образом субъектов этого договора, который рассчитан на применение к заемным отношениям с участием как граждан, так и организаций. Поэтому правильным будет вывод о том, что по общему правилу в роли займодавца или заемщика по договору займа может выступать всякое лицо, признаваемое субъектом гражданских прав (физическое лицо, юридическое лицо, государство: Российская Федерация и субъект Российской Федерации, а также муниципальное образование), обладающее гражданской правоспособностью и дееспособностью.

Существующие в реальной жизни ограничения на участие в заемных правоотношениях касаются лишь отдельных категорий участников имущественного оборота и проистекают не из обязательственно-правовых норм о займе, а из норм, определяющих правовой статус соответствующих субъектов.

К примеру, юридические лица, действующие в организационно-правовой форме учреждений, финансируемых собственником, обладают закрепленным за ними имуществом на праве оперативного управления. Правовой режим имущества, находящегося на этом ограниченном вещном праве у учреждений, включает в себя запрет на его отчуждение: согласно п. 1 ст. 298 ГК учреждение не вправе отчуждать или иным способом распоряжаться закрепленным за ним имуществом и имуществом, приобретенным за счет средств, выделенных ему по смете. Следовательно, учреждение не вправе выступать и в роли займодавца в отношении указанного имущества, поскольку передача его в заем является одним из способов распоряжения соответствующим имуществом. Исключения составляют доходы учреждения, полученные им от разрешенной собственником имущества предпринимательской деятельности, а также имущество, приобретенное на такие доходы, которые поступают в самостоятельное распоряжение учреждений (п. 2 ст. 298 ГК): соответствующие денежные средства и имущество могут быть объектом займа по договору займа, в котором учреждение выступает в роли займодавца.

Определенные ограничения на участие в заемных правоотношениях займодавца

обнаруживаются и в отношении другого субъекта права оперативного управления - казенного предприятия, которое вправе отчуждать или иным способом распоряжаться закрепленным за ним имуществом лишь с согласия собственника этого имущества (п. 1 ст. 297 ГК).

Вместе с тем отсутствие у ряда субъектов (государственные и муниципальные предприятия, учреждения) права собственности на закрепленное за ними имущество не может служить препятствием для заключения ими договоров займа в качестве заемщиков, с той лишь особенностью, что денежные средства и иное имущество, определяемое родовыми признаками, полученные ими по договорам займа, поступают соответственно в государственную или муниципальную собственность, а у заемщиков возникают лишь соответствующие ограниченные вещные права на соответствующее имущество: право хозяйственного ведения или право оперативного управления.

Вместе с тем для заемных отношений с участием юридических лиц - несобственников имущества характерна повышенная степень риска для кредитора.

Так, общество с ограниченной ответственностью обратилось в арбитражный суд с иском к государственному унитарному предприятию (далее - завод) о взыскании 5082650 руб. долга по договору о займе денежных средств.

До принятия решения стороны заключили мировое соглашение.

Определением арбитражного суда мировое соглашение, согласно которому завод обязался передать принадлежащее ему имущество на сумму 3125200 руб. истцу в возмещение долга по указанному договору, было утверждено. Судом принят отказ истца от части исковых требований в сумме 1957450 руб., и производство по делу в этой части прекращено.

Как следовало из материалов дела, согласно договору займа общество с ограниченной ответственностью обязалось предоставить арендному производственному объединению (ныне государственное унитарное предприятие) 6980200 руб. для выкупа арендованного имущества. Кредитор обязался перечислить денежные средства непосредственно на расчетный счет фонда имущества Челябинской области. Заемщик обязался возвратить денежные средства через пять лет либо передать в собственность кредитора выкупленное имущество.

Суд утвердил мировое соглашение о передаче в возмещение долга имущества завода, в состав которого входят производственные здания, сооружения, база отдыха и др. Между тем уставом завода было предусмотрено, что его имущество находится в государственной собственности Челябинской области и закреплено за предприятием на праве хозяйственного ведения.

Согласно ст. ст. 294, 295 ГК государственное унитарное предприятие, которому имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения, владеет, пользуется и распоряжается этим имуществом в пределах, определяемых в соответствии с ГК. Предприятие не вправе продавать принадлежащее ему на праве хозяйственного ведения недвижимое имущество, сдавать его в аренду, отдавать в залог, вносить в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных обществ и товариществ или иным способом распоряжаться этим имуществом без согласия собственника. Отчуждение государственной собственности, предусмотренное мировым соглашением, существенно нарушает права и законные интересы собственника спорного имущества - Челябинской области. Однако при утверждении мирового соглашения суд не привлек к участию в деле представителя собственника имущества.

Передача государственного имущества в собственность ООО, предусмотренная в мировом соглашении, противоречит также ст. 217 ГК, устанавливающей, что имущество, находящееся в

государственной собственности, может быть передано в собственность юридических лиц в порядке, предусмотренном законодательством о приватизации.

В соответствии с процессуальным законодательством суд не принимает отказ от иска и не утверждает мировое соглашение, если это противоречит законам и иным нормативным правовым актам или нарушает права и законные интересы других лиц. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ пришел к выводу о том, что утверждение мирового соглашения не отвечает указанным требованиям, поэтому определение подлежит отмене, а дело - направлению на новое рассмотрение по существу спора.

При новом рассмотрении спора суду предложено: проверить законность договора займа, имея в виду, что решением арбитражного суда по другому делу учредительные документы арендного производственного объединения, а также соглашение о выкупе арендованного имущества были признаны недействительными; исследовать вопрос об исполнении обязательства займодавцем (в деле отсутствуют документы, подтверждающие перечисление денежных средств); решить вопрос о привлечении к участию в деле представителя собственника имущества завода <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 11. С. 34 - 35.

Нередко в заемных правоотношениях участвуют и публичные образования: Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования. В данном случае необходимым правовым основанием для участия подобных субъектов в имущественном обороте является ст. 124 ГК, согласно которой Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами. При этом к ним применяются нормы, определяющие участие в гражданско-правовых отношениях юридических лиц, если иное не вытекает из закона или особенностей данного субъекта.

Есть и специфический вид договора займа, в котором в роли заемщика может выступать исключительно государство (Российская Федерация или субъект Российской Федерации). Имеется в виду договор государственного займа, по которому заемщиком выступает государство, а займодавцем - гражданин или юридическое лицо. Такой договор заключается путем приобретения займодавцем выпущенных государственных облигаций или иных государственных ценных бумаг, удостоверяющих право займодавца на получение от заемщика (государства) предоставленных ему займы денежных средств или в зависимости от условий займа иного имущества, установленных процентов либо иных имущественных прав в сроки, предусмотренные условиями выпуска займа в обращение. Правила о договоре государственного займа применяются и к займам, выпускаемым муниципальными образованиями (ст. 817 ГК).

Участниками (но не субъектами) договорных отношений займа могут быть и третьи лица, связанные с займодавцем либо с заемщиком определенными правоотношениями. Это становится возможным, например, в ситуациях, когда основанием возникновения заемных отношений является передача (предоставление) заемщику денежной суммы либо иного имущества, определяемого родовыми признаками, не самим займодавцем, а его должником по иному обязательству или когда объект займа передается не самому заемщику, а по поручению последнего его кредитору. В подобных

случаях действия третьих лиц порождают заемные правоотношения между займодавцем и заемщиком.

Если в качестве займодавца выступает банк или иная кредитная организация, которые берут на себя обязанность предоставить заем в денежной форме, то участие в этих правоотношениях названного субъекта (наряду с консенсуальным и двусторонним характером договора и денежной формой займа) является необходимым признаком кредитного договора как отдельного вида договора займа.

Следует иметь в виду, что участие определенных категорий субъектов в заемных правоотношениях сопровождается специальным правовым регулированием порядка заключения договора займа.

Например, по одному из дел прокурор области обратился в арбитражный суд с иском в защиту государственных и общественных интересов к внебюджетному экологическому фонду и обществу с ограниченной ответственностью о признании недействительными трех договоров о предоставлении обществу займов и об организации предприятия общественного питания. Арбитражный суд объединил указанные дела в одно производство и удовлетворил исковые требования: договоры были признаны недействительными сделками, и в порядке применения реституции с общества с ограниченной ответственностью в пользу экологического фонда были взысканы суммы займов с начислением на них процентов годовых за весь период пользования денежными средствами. Однако данное решение было отменено кассационной инстанцией, полагавшей, что прокурор был не вправе предъявлять подобное требование, и иск оставлен без рассмотрения.

При рассмотрении данного дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ констатировал, что в соответствии с законодательством об охране окружающей природной среды запрещается расходование средств экологических фондов на цели, не связанные с природоохранной деятельностью.

Как видно из материалов дела, договоры, заключенные между фондом и обществом, опосредуют коммерческие отношения и не связаны с природоохранной деятельностью. Поэтому они в силу ст. 168 ГК являются ничтожными.

Прокурор вправе обратиться в арбитражный суд с иском в защиту государственных и общественных интересов. Иски о признании указанных сделок недействительными были предъявлены прокурором непосредственно в общественных интересах. Следовательно, суд первой инстанции обоснованно не принял отказ представителя фонда от иска, поскольку это противоречит закону и нарушает общественные интересы.

Таким образом, постановление суда кассационной инстанции об отмене решения суда первой инстанции и оставлении иска прокурора без рассмотрения было признано незаконным и подлежащим отмене, а решение суда первой инстанции оставлено в силе <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 7. С. 57 - 58.

Кредитные кооперативы

Особыми и весьма специфическими субъектами заемных правоотношений являются кредитные

потребительские кооперативы граждан, деятельность которых регулируется Федеральным законом от 7 августа 2001 г. N 117-ФЗ "О кредитных потребительских кооперативах граждан" (далее - Закон) <*>.

<*> СЗ РФ. 2001. N 33. Ст. 3420.

Согласно ст. 4 названного Закона под кредитным потребительским кооперативом граждан понимается потребительский кооператив, созданный гражданами, добровольно объединившимися для удовлетворения потребностей в финансовой взаимопомощи. Кредитные потребительские кооперативы граждан могут создаваться по признаку общности места жительства, трудовой деятельности, профессиональной принадлежности или любой общности граждан. Число членов кредитного потребительского кооператива граждан не может быть менее 15 и более 2 тыс. человек.

Помимо общих черт, присущих всякому потребительскому кооперативу как юридическому лицу (ст. 116 ГК), кредитный потребительский кооператив граждан имеет ту особенность, что он привлекает в специально образуемый им фонд финансовой взаимопомощи личные сбережения граждан - членов кредитного потребительского кооператива. Эти сбережения не становятся собственностью кооператива и не обременяются его обязательствами (ст. 14 Закона).

Фонд финансовой взаимопомощи кредитного потребительского кооператива создается в целях предоставления займов членам кооператива и формируется как за счет личных сбережений граждан - членов кооператива, так и за счет части собственных средств кооператива, образуемых из паевых взносов членов кооператива, доходов от осуществляемой им деятельности и иных источников. Часть фонда финансовой взаимопомощи, предназначенная для выдачи займов на предпринимательские цели, не может превышать половину фонда. Конкретный размер указанной части фонда финансовой взаимопомощи устанавливается в соответствии с уставом кредитного потребительского кооператива общим собранием его членов. Другая часть фонда финансовой взаимопомощи, формируемая за счет личных сбережений граждан, может использоваться кредитным потребительским кооперативом только для предоставления займов своим членам.

Передача личных сбережений гражданина - члена кооператива кредитному потребительскому кооперативу осуществляется на основании договора, заключаемого между кооперативом и его соответствующим членом. Договор должен быть заключен в письменной форме под страхом его недействительности. Согласно ст. 15 Закона договор о передаче кредитному потребительскому кооперативу личных сбережений гражданина - члена кооператива должен содержать условия о сумме предоставляемых личных сбережений, порядке их передачи, сроке и порядке их возврата кредитным потребительским кооперативом, размере и порядке платы за их использование. Личные сбережения граждан, переданные на основании договора в пользование кредитному потребительскому кооперативу, учитываются отдельно от других средств фонда финансовой взаимопомощи кооператива.

Названный договор о передаче гражданином - членом кооператива своих личных сбережений кредитному потребительскому кооперативу не определяется в Законе как договор займа, видимо, по той причине, что данные личные сбережения, как указано в Законе, передаются кооперативу не в собственность, а лишь в пользование. Однако представляется, что в данном случае имеет место очередное законодательное недоразумение: пользование деньгами (как абсолютно заменимыми

вещами, определяемыми родовыми признаками) невозможно без их потребления, чем, собственно, и занимается кредитный потребительский кооператив, предоставляя привлеченные личные сбережения граждан - членов кооператива другим членам кооператива по договорам займа (следовательно, в собственность последних). Поэтому, естественно, со стороны кредитного потребительского кооператива подлежат возврату не переданные ему личные сбережения гражданина, а денежная сумма, аналогичная той, которая была передана гражданином кооперативу. Таким образом, договор о передаче гражданином - членом кооператива своих личных сбережений кредитному потребительскому кооперативу является типичным договором займа, по которому кредитный потребительский кооператив выступает в роли заемщика, а гражданин - член кооператива, передающий последнему свои личные сбережения, - займодавцем.

Средства фонда финансовой взаимопомощи кредитного потребительского кооператива используются для предоставления займов членам кооператива. Правоотношения, связанные с передачей денежных средств кредитным потребительским кооперативом своим членам, оформляются договором займа, заключаемым в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора займа. По этому договору в роли займодавца уже выступает кредитный потребительский кооператив, а заемщиком является член кооператива, получающий денежную сумму на возвратной и, как правило, возмездной основе.

Кредитный потребительский кооператив может оказывать своим членам-гражданам и иные услуги, соответствующие целям деятельности кооператива и не противоречащие законодательству, в том числе заключать договоры страхования от имени и по поручению своих членов, оказывать консультационные услуги членам кооператива.

В целях защиты прав и законных интересов своих членов кредитный потребительский кооператив должен формировать резервный фонд для обеспечения непредвиденных расходов и может формировать страховой фонд для покрытия возможных убытков от деятельности кооператива. Кредитный потребительский кооператив в соответствии с его уставом или с решением общего собрания членов кооператива должен страховать риск невозврата выдаваемых им займов по случаю смерти или потери трудоспособности заемщика в государственных страховых компаниях или в страховых компаниях, созданных ассоциациями (союзами) кредитных потребительских кооперативов для этих целей. Уставом кредитного потребительского кооператива или решениями общего собрания членов кооператива устанавливаются финансовые нормативы его деятельности. В частности, в обязательном порядке определяется соотношение суммы паевых взносов и суммы личных сбережений; собственных средств кооператива и общей суммы его обязательств; величины резервного фонда и величины фонда финансовой взаимопомощи; размеров займов, выдаваемых отдельным членам кооператива, и величины фонда финансовой взаимопомощи (ст. 20 Закона).

Помимо органов управления, характерных для всякого потребительского кооператива, в кредитном потребительском кооперативе также избирается специальный орган - комитет по займам, который принимает решения о выдаче займов и порядке их возврата в соответствии с принципами, установленными общим собранием членов кредитного потребительского кооператива. Комитет по займам избирается общим собранием членов кредитного потребительского кооператива тайным голосованием. Членами комитета по займам не могут быть директор кредитного потребительского кооператива, председатель и члены правления кооператива, члены ревизионной комиссии кредитного потребительского кооператива. Члены комитета по займам кредитного потребительского кооператива не могут совмещать свою деятельность в комитете по займам с работой в кредитном потребительском кооперативе по трудовому договору (ст. 24 Закона).

В соответствии с Федеральным законом от 11 июня 2003 г. N 73-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О сельскохозяйственной кооперации" <*> предусмотрена возможность создания кредитных кооперативов в системе сельскохозяйственной кооперации. В отличие от кредитных потребительских кооперативов, членами которых могут быть исключительно граждане, в состав участников кредитного кооператива могут входить как граждане, так и юридические лица. Число членов кредитного кооператива не может быть менее чем 15 граждан и/или 5 юридических лиц и более чем 2 тыс. граждан и/или 200 юридических лиц; членами кредитного кооператива не могут быть государственные и муниципальные унитарные предприятия, а также акционерные общества, акции которых находятся в государственной собственности (п. 10 ст. 4 Федерального закона "О сельскохозяйственной кооперации").

<*> СЗ РФ. 2003. N 27. Ст. 2248 (Федеральный закон "О сельскохозяйственной кооперации"; см. также: СЗ РФ. 1995. N 50 Ст. 4870; 1997. N 10. Ст. 1120; 1999. N 8. Ст. 973; 2002. N 12. Ст. 1093; 2003. N 2. Ст. 160, 167).

Так же как и в кредитном потребительском кооперативе граждан, в кредитном кооперативе создается фонд финансовой взаимопомощи, однако источником формирования указанного фонда являются не только денежные средства самого кооператива и его членов, но и привлекаемые в кредитный кооператив денежные средства, полученные последним в форме займа от кредитных и иных организаций. Размер фонда финансовой взаимопомощи кредитного кооператива, порядок его формирования и использования определяются уставом кредитного кооператива и решениями общего собрания членов кредитного кооператива. Временно свободный остаток средств фонда финансовой взаимопомощи по решению общего собрания членов кредитного кооператива может передаваться на основе договоров займа в фонд финансовой взаимопомощи иных кредитных кооперативов, использоваться самим кредитным кооперативом для приобретения государственных и муниципальных ценных бумаг либо передаваться на хранение в банки.

Передача членами и ассоциированными членами кредитного кооператива этому кооперативу денежных средств, не являющихся паевыми взносами, и выдача им займов производятся путем заключения с ними договоров займа в письменной форме. Размер процентов, выплачиваемых кредитным кооперативом за использование средств, привлекаемых в форме займов, полученных от своих членов и ассоциированных членов, определяется правлением кредитного кооператива в соответствии с положением о займах, утверждаемым общим собранием членов кредитного кооператива. Сумма средств, выплачиваемых кредитным кооперативом своим членам и ассоциированным членам в виде процентов за пользование получаемыми от них денежными средствами по договорам займа, включается в сумму расходов кредитного кооператива (ст. 40.1 Федерального закона "О сельскохозяйственной кооперации").

Таким образом, вся деятельность как кредитных потребительских кооперативов, так и кредитных кооперативов в системе сельскохозяйственной кооперации основана на заключаемых ими договорах займа. С одной стороны, указанные кооперативы привлекают необходимые им средства в фонд финансовой взаимопомощи, заключая в качестве заемщика договоры займа с членами кооперативов (а кредитные кооперативы - также с банками и иными организациями); с другой - они выдают денежные средства из фонда финансовой взаимопомощи своим членам, заключая с ними договоры займа уже в качестве займодавцев.

Объект договора займа

Едва ли не самым существенным признаком договора займа следует признать специфику объекта данного договора, в качестве которого выступают денежные средства и иные вещи, определяемые родовыми признаками. Главная особенность объекта займа состоит в том, что использование как денежных средств, так и иных вещей, определяемых родовыми признаками, возможно лишь путем их потребления. Поэтому, несмотря на то что целью заемщика остается временное использование имущества, переданного ему займодавцем (в этом смысле по своей цели договор займа практически ничем не отличается от наиболее близких ему договоров имущественного найма и ссуды), деньги и вещи, определяемые родовыми признаками, составляющие объект договора займа, передаются в собственность (а не во владение и временное пользование) заемщика. Только при этом условии заемщик получает возможность их использовать (т.е. потратить).

Названная особенность договора займа предопределяет и специфику предмета этого договора, также отличающую его от договоров имущественного найма и ссуды: действия должника по заемному обязательству - заемщика состоят в возврате займодавцу не того же имущества, что было получено от последнего (как это имеет место при имущественном найме и ссуде), а денежной суммы, равной полученной от займодавца, или того же количества вещей, определяемых родовыми признаками.

В системе объектов гражданских прав как деньги, так и вещи, определяемые родовыми признаками, относятся к вещам движимым, делимым и заменимым.

Признание объекта договора займа движимым имуществом (согласно п. 2 ст. 130 ГК вещи, не относящиеся к недвижимости, включая деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом; регистрации прав на движимые вещи не требуется, кроме случаев, указанных в законе) означает, что право собственности у приобретателя соответствующих вещей по договору (в нашем случае - у заемщика) возникает с момента их передачи (п. 1 ст. 223 ГК). Передачей же признается вручение указанных вещей приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки приобретателю вещей, отчужденных без обязательства доставки. Вещь считается врученной приобретателю с момента ее фактического поступления во владение приобретателя или указанного им лица. Если к моменту заключения договора об отчуждении вещи она уже находится во владении приобретателя, вещь признается переданной ему с этого момента. К передаче вещи приравнивается передача коносамента или иного товарораспорядительного документа на нее (ст. 224 ГК).

Наличие качества делимости объекта займа (денег и вещей, определяемых родовыми признаками) означает, что передача соответствующего имущества заемщику (как основание возникновения заемных правоотношений) возможна по частям. В этом случае обязательство займа возникает в отношении каждой части переданного имущества с момента ее передачи. Кроме того, данное обстоятельство (делимость объекта займа) создает возможность применения к отношениям, связанным с исполнением заемщиком своего обязательства, правил об исполнении обязательства по частям. Согласно ст. 311 ГК кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства.

Присущее как денежным средствам, так и иным вещам, определяемым родовыми признаками,

качество заменимости означает, что такого рода объекты всегда присутствуют в имущественном обороте и, следовательно, являются доступными для его участников. Последнее обстоятельство свидетельствует о том, что у заемщика всегда имеется возможность исполнить свое обязательство перед займодавцем надлежащим образом.

Подавляющее число заемных сделок в развитом имущественном обороте совершается с денежными средствами. Поэтому указанный объект договора займа (деньги) заслуживает отдельного рассмотрения.

Деньги как объект договора займа

Объектом договора займа могут быть как наличные, так и безналичные денежные средства. Хотя, как отмечалось ранее, в юридической литературе высказывалось мнение о том, что в качестве объекта договора займа следует признавать лишь наличные деньги, поскольку безналичные денежные средства, будучи по своей правовой природе правами требования к банку, могут быть объектом лишь кредитного договора, заключаемого с банком <*>. Однако ГК не ограничивает использование безналичных денег в качестве объекта договора займа, о чем свидетельствуют, в частности, правила об исполнении заемщиком своей обязанности по возврату займодавцу суммы займа: сумма займа может быть возвращена займодавцу не только путем передачи ее последнему, но и путем зачисления соответствующих денежных средств на его банковский счет (п. 3 ст. 810). В последнем случае речь идет, конечно же, о ситуации, когда объектом договора займа являются безналичные денежные средства.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 206 - 207.

Под наличными денежными средствами (наличными деньгами) обычно понимаются монеты и банкноты Банка России с обозначением их номинала в рублях, не утратившие свойства платежеспособности и не изъятые из оборота <*>.

<*> См., например: Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. 2-е изд., испр. и доп. М., 2003. С. 13.

В свое время Л.А. Лунц указывал: "Основным видом государственных денег являются денежные знаки, снабженные по закону платежной силой. Законное платежное средство... заменяет собой всякий другой предмет долга, предоставление которого стало невозможным без того, чтобы эта невозможность освободила должника; денежный знак, снабженный платежной силой по закону, считается предметом всякого денежного обязательства, если не обусловлен платеж каким-либо специальным видом денег. Свойство законного платежного средства денежный знак получает в силу предписания закона: один лишь факт выпуска в обращение определенных денежных знаков государством не создает законного платежного средства" <*>.

<*> Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 47.

В настоящее время роль закона, придающего государственным денежным знакам (монетам и банкнотам Банка России) силу законного платежного средства, выполняет Федеральный закон "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)" <*>, в соответствии с которым единственным законным платежным средством наличного платежа на территории Российской Федерации являются банкноты (банковские билеты) и монеты Банка России, которые являются безусловными обязательствами Банка России и обязательны к приему по нарицательной стоимости при осуществлении всех видов платежей, для зачисления на счета, во вклады и для перевода на всей территории Российской Федерации (ст. 29).

<*> СЗ РФ. 1995. N 18. Ст. 1593; N 37. Ст. 2991; 1996. N 2. Ст. 55; 1998. N 10. Ст. 1147.

В соответствии с п. 1 ст. 140 ГК рубль является законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории Российской Федерации. Данное положение в равной степени относится к платежам путем как наличных, так и безналичных расчетов. Применительно к наличным деньгам - монетам и банкнотам Банка России - это означает, что они должны быть номинированы в рублях.

Конечно же, в случаях, когда объектом займа являются наличные деньги, имеются в виду прежде всего банкноты Банка России, которые по своей природе являются не только государственными денежными знаками, но и предъявительскими ценными бумагами. По этому поводу, например, Л.А. Лунц писал: "Банкнота (банковский билет) есть выпущенная банком денежная ценная бумага на предъявителя, т.е. документ, по предъявлении коего банк обязуется уплатить держателю определенную сумму определенного вида денег (например, золотые монеты). При известных условиях такой документ может передаваться от лица к лицу без того, чтобы когда-либо было заявлено банку вытекающее из него требование; в этом случае документ этот сам становится денежным знаком и заменяет собою тот предмет, на получение которого он направлен... Таким образом, банкнота есть одновременно денежная ценная бумага... и бумажный денежный знак... Но свойство ценной бумаги отступает на второй план: основное значение имеет здесь функция орудия обмена. С точки зрения экономической, принятие банкноты не создает кредитного отношения между банком и получателем; последний, принимая банкноты, приобретает наличные деньги... которые дают ему непосредственную возможность расплатиться по своим долгам" <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 54.

В реальном имущественном обороте сфера применения в качестве объекта займа наличных денег в основном ограничена заемными правоотношениями, складывающимися между гражданами, не связанными с осуществлением ими предпринимательской деятельности. В заемных правоотношениях с участием организаций, а также граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность, в качестве объекта займа, как правило, используются так называемые безналичные денежные средства. Данное обстоятельство предопределено, в частности, и некоторыми правилами,

содержащимися в ГК. Так, в соответствии со ст. 861 ГК расчеты с участием граждан, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, могут производиться наличными деньгами без ограничения их суммы в безналичном порядке. Расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке; расчеты между этими лицами наличными деньгами могут производиться лишь в пределах конкретной суммы, определяемой Банком России (в настоящее время такой предел составляет сумма в 60 тыс. руб.).

В юридической литературе давно ведется дискуссия относительно правовой природы безналичных денег. Спектр мнений, высказанных по данному вопросу, чрезвычайно широк: от полного отрицания самой категории безналичных денег и какого-либо сходства между наличными и безналичными расчетами до полного отождествления наличных и безналичных денег с выводом о том, что и те и другие подпадают под понятие "деньги".

Например, В.А. Белов не признает категорию "безналичные деньги" и видит общее между наличными и безналичными расчетами лишь в том, что безналичные расчеты по своим последствиям приравнены к наличным расчетам. Последствия и тех и других состоят в платеже, т.е. в исполнении денежного обязательства. Однако, как полагает В.А. Белов, в случаях безналичных расчетов по денежному обязательству "говорить о прекращении денежного обязательства исполнением (передачей денег) можно лишь весьма условно, ибо сущность безналичных расчетов как раз и состоит именно в отсутствии передачи денег (так называемое перечисление денег). Безналичные расчеты не предполагают фактической передачи денег из банка плательщика в банк получателя, ограничиваясь лишь изменением записей по банковским счетам плательщика, получателя и обслуживающих их банков. Таким образом, отличительными чертами безналичных расчетов, не позволяющими отождествлять их с исполнением обязательства с помощью передачи денег, являются: 1) отсутствие физической передачи (перемещения) денег; 2) вовлечение в правоотношения безналичных расчетов третьих лиц - банков, обслуживающих должника и кредитора денежного обязательства" <*>.

<*> Белов В.А. Денежные обязательства. М., 2001. С. 152 - 153.

Общий же вывод В.А. Белова относительно правовой природы безналичных денег состоит в том, что "безналичных денег как объекта права собственности не только не существует, но и не может существовать вообще. Внесение наличных денег в банк, извлечение их из банка или изменение записей по счетам на основании состоявшихся соглашений о переводе долгов говорит только об изменении субъектов и состава прав денежных требований. Если такое изменение является следствием наличного расчета, мы имеем изменение правоотношений, юридическим фактом к которому стало исполнение денежного обязательства (ст. 408 ГК). Если же изменение является следствием "перечисления" (списания - зачисления) "средств по счетам", т.е. следствием изменения записей о денежных долгах на счетах в банках, мы имеем изменение правоотношений, юридическим фактом к которому стало прекращение денежного обязательства путем его новации в обязательство по переводу долга и прекращение последнего путем его новации в денежное обязательство банка-получателя перед получателем средств" <*>.

<*> Белов В.А. Указ. соч. С. 158.

Сторонники другой крайней позиции, приравнивающей безналичные деньги к наличным деньгам, которые в равной степени подпадают под понятие "деньги", собственно к безналичным деньгам относят так называемые кредитовые остатки по банковским счетам клиентов банков. Например, Л.Г. Ефимова полагает, что под безналичными деньгами следует понимать "кредитовые остатки различных счетов клиентуры в банках", на которые распространяется действие гл. 45 ГК РФ; указанные безналичные деньги (кредитовые остатки по счетам) являются таким же обязательным к приему платежным средством, как и наличные деньги, а поскольку в силу п. 1 ст. 140 ГК РФ платежная сила как наличных, так и безналичных денежных средств определяется в рублях, между ними, следовательно, отсутствуют какие-либо принципиальные различия <*>.

<*> См.: Ефимова Л.Г. Правовые аспекты безналичных денег // Закон. 1997. N 1. С. 97 - 105.

Вместе с тем нельзя не заметить, что по своей правовой природе наличные деньги и безналичные денежные средства (в том числе в форме так называемых кредитовых остатков по счетам) представляют собой различные объекты гражданских прав. Наличные деньги относятся к категории вещей (делимых, заменимых, потребляемых в процессе использования) и могут выступать в качестве объектов как вещных, так и обязательственных прав. Что же касается остатков денежных средств на банковских счетах, то в юридической литературе сложилось признаваемое большинством правоведов представление об их обязательно-правовой природе. Например, Е.А. Суханов подчеркивает, что "между банками и их клиентурой складываются обязательно-правовые, а не вещно-правовые отношения. Поэтому вопрос о том, кто является собственником находящихся на счете клиента банка денежных средств, не имеет юридического смысла, ибо сами эти средства не существуют в виде фактически осязаемых вещей. Речь может идти лишь о правах требования, имеющих обязательно-правовую природу" <*>.

<*> Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 459 (автор гл. 45 "Банковский счет" - Е.А. Суханов).

Против отождествления наличных и безналичных денег, в том числе и в качестве предмета денежного обязательства, выступал Л.А. Лунц, который полагал, что в случаях платежей посредством безналичных расчетов "кредитор взамен наличных денег приобретает право требования на деньги. Нельзя ли из этого сделать вывод, что предметом денежного обязательства могут быть не только денежные знаки, но и право на получение денег? - спрашивал Л.А. Лунц. - На этот вопрос следует ответить отрицательно. Передача кредитору с его согласия взамен наличных денег векселя или чека или перечисление на его банковский счет - все это лишь модусы исполнения... как бы ни были распространены безналичные расчеты, они не изменяют содержания денежного обязательства, объектом которого остаются всегда наличные деньги. Это особенно ясно обнаруживается в эпохи кризисов, когда все требуют наличных денег..." <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 157.

Наиболее полный анализ правовой природы безналичных денег проведен Л.А. Новоселовой, которая также приходит к выводу об их особой правовой природе: "Право клиента требовать от банка возврата (выдачи, перечисления) переданных банку по договору денежных средств имеет черты обязательственных (относительных) прав:

а) оно может быть реализовано только в результате действий банка-кредитора;

б) круг участников правоотношений заранее установлен договором банковского счета;

в) у клиента отсутствует право следования на переданные банку наличные деньги, поскольку отсутствует материальный объект (вещь), за которым право может следовать;

г) права в отношении банка устанавливаются по воле участников отношений, в силу договора банковского счета" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 15.

В то же время, подчеркивая, что безналичные деньги представляют собой денежное требование - "право на деньги", Л.А. Новоселова выделяет специфические черты этого денежного требования, проявляющие себя в имущественном обороте. "Данное право, - указывает она, - не ограничено сроком (договор банковского счета является бессрочным) или условиями. Клиент вправе в любой момент (по требованию) потребовать от банка перемещения денежных активов в необходимой клиенту форме" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 15.

При этом Л.А. Новоселову не смущает очевидное различие между наличными и безналичными расчетами, когда вместо передачи наличных денежных средств "клиент требует принятия банком денежного обязательства перед третьим лицом либо платежа этому лицу". "Особенность договора банковского счета, - утверждает она, - состоит в том, что обязанность банка возлагать на себя денежные обязательства перед третьими лицами по поручению клиента и за счет покрытия, отраженного на счете (т.е. за счет уменьшения размера долга перед владельцем счета), изначально входит в содержание договора" <*>. И продолжает: "Существенной чертой обязательства банка по банковскому счету является его абстрактный характер. Денежные обязательства банка по договору банковского счета являются абстрактными, поскольку в силу сложившихся правил размер долгового требования клиента к банку выражается только итогом - сальдо, определенным в сумме денежных единиц, без указания основания возникновения этого итога" <***>.

<*> Там же. С. 16.

<***> Там же.

В результате анализа правовой природы безналичных денег Л.А. Новоселова приходит к общему выводу о том, что "при безналичных расчетах в качестве средства платежа используется имущество в форме абстрактного, безусловного и не ограниченного сроком права требования к банку о выдаче (выплате) по первому требованию денег (право на деньги), зафиксированного посредством бухгалтерских записей, ведущихся банком" <*>.

<*> Там же. С. 17.

В современной юридической литературе все чаще встречаются попытки, не опровергая правовую природу безналичных денег как обязательственных прав требований (право на деньги), объяснить необходимость правовых норм, наделяющих в определенных случаях участников оборота вещными правами на безналичные деньги, с позиции концепции "право на право".

Например, применительно к кредитному договору, объектом которого, как правило, являются безналичные деньги, т.е. право на деньги, О.Н. Садилов указывает: "По кредитному договору как разновидности договора займа денежные средства передаются заемщику как раз в собственность, без чего заемщик будет лишен правового основания их последующего использования. Это вытекает из текста закона и отмечается во всех учебниках и комментариях к Гражданскому кодексу" <*>.

<*> Садилов О.Н. Нецелевое использование предоставленного кредита и его правовые последствия: Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 3. М., 1996. С. 212.

Наиболее последовательно отстаивает названную позицию М.И. Брагинский, который настаивает на том, что во многих договорных конструкциях наблюдается "переплетение вещно-правовых и обязательственно-правовых элементов", которое применительно к договору займа выражается в том, что закон допускает оформление заемным обязательством отношений из купли-продажи, найма имущества или другого основания. Данное обстоятельство дает возможность признать заемщика собственником не только в тех случаях, когда займы передается вещь, но и когда объектом займа служит право требования, например, при выдаче ссуды банком путем зачисления денег на счет заемщика <*>. По мнению М.И. Брагинского, "отказ от конструкции "смешанных правоотношений" вообще применительно, в частности, к вещным и обязательственным, а равно связанное с этим исключение из числа возможных объектов собственности прав на действия и, в частности, связанные с ними права на деньги, находящиеся на счете, вынудили бы законодателя прийти к необходимости внести существенные изменения в регулирование различных по характеру отношений и одновременно существенно сузили гарантии, предоставляемые собственнику как таковому и его кредиторам" <***>.

<*> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 237.

<***> Там же.

Независимо от отношения к концепции "право на право" нельзя не признать, что, когда закон говорит о передаче денег в собственность заемщика, имеются в виду как наличные, так и безналичные денежные средства (т.е. право на деньги). Однако, как представляется, данное обстоятельство не может свидетельствовать о том, что безналичные денежные средства и наличные деньги являются двумя разновидностями одного объекта гражданских прав - денег, как это иногда утверждается в юридической литературе. Напротив, наличные деньги и безналичные денежные средства относятся к различным категориям объектов гражданских прав: наличные деньги - к вещам; безналичные денежные средства - к обязательственным правам требования.

Вместе с тем очевидно и то, что безналичным денежным средствам (праву на деньги) присущи и определенные специфические качества, отличающие их от многих иных обязательственных прав требования: их абстрактность, безусловность, неограниченность определенным сроком, что и позволяет законодателю в определенных случаях распространять на безналичные денежные средства правовой режим наличных денег. Поэтому, скажем, применительно к договору займа, по которому деньги, служащие объектом займа, передаются в собственность заемщика, следует говорить не о равенстве объектов (наличных и безналичных денег), а о том, что в отношении как наличных денег, так и безналичных денежных средств предусмотрен одинаковый правовой режим.

Иностранная валюта как объект договора займа

Объектом договора займа могут служить иностранная валюта и валютные ценности, о чем свидетельствует норма, содержащаяся в п. 2 ст. 807 ГК, согласно которой иностранная валюта и валютные ценности могут быть предметом договора займа на территории Российской Федерации с соблюдением правил ст. ст. 140, 141 и 317 ГК.

Названные статьи содержат правила о том, что законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории Российской Федерации, является рубль, а иностранная валюта может использоваться на территории России лишь в случаях, в порядке и на условиях, определяемых законом или в установленном им порядке (ст. 140 ГК), а также о том, что виды имущества, признаваемого валютными ценностями, и порядок совершения сделок с ними определяются законом о валютном регулировании и валютном контроле (ст. 141).

В развитие указанных законоположений ст. 317 ГК предусматривает, что денежные обязательства должны быть выражены в рублях, а использование иностранной валюты и платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории Российской Федерации по обязательствам допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке (п. п. 1 и 3 ст. 317). Вместе с тем наряду с названными правилами, вытекающими из положений ст. ст. 140, 141, ст. 317 ГК включает в себя норму, определяющую возможность для сторон предусмотреть во всяком денежном обязательстве (в том числе, естественно, и в договоре займа) условие о так называемой валютной оговорке. Согласно этой норме в денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (эю, "специальных правилах заимствования" и др.); в этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон (п. 2 ст. 317 ГК).

Следовательно, в договоре денежного займа сумма займа может быть выражена как в рублях, так и в иностранной валюте либо только в иностранной валюте. В последнем случае, если договор займа заключен между российскими резидентами, его исполнение заемщиком тем не менее должно осуществляться в рублях. В связи с использованием иностранной валюты во внутреннем обороте Л.А. Лунц подчеркивал, что "к денежным знакам данной страны не относится иностранная валюта, т.е. денежные знаки иностранного государства, не исполняющие в данной стране функции всеобщего средства обращения и не имеющие по законодательству этой страны платежной силы.

Иностранной считается такая валюта, которая не имеет хождения в данной стране.

Отсюда вытекает, что те из норм гражданского права, которые связаны с внутренним денежным обращением... не распространяются на иностранную валюту, точнее исходят из того, что иностранная валюта не относится к деньгам.

С другой стороны, всякая иностранная валюта потенциально исполняет денежные функции в сфере так называемых международных расчетов, т.е. в области расчетов между лицами, проживающими в разных странах. Эта потенциальная роль всякой иностранной валюты вытекает из того, что денежное обязательство по внешней торговле или по заграничной кредитной операции всегда выражено в валюте, которая по меньшей мере для одной из сторон соответственной сделки будет иностранною" <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 157 - 158.

Несмотря на то что иностранная валюта во внутреннем денежном обороте не признается деньгами, как отмечал Л.А. Лунц, "по всем правовым системам обязательство уплатить иностранную валюту (поскольку такое обязательство вообще допускается по закону) обсуждается по правилам, установленным для денежных обязательств. К такому обязательству, в частности, применяется правило о процентах, о месте исполнения денежного обязательства и многие другие нормы, касающиеся вообще денежных обязательств. Экономическое значение иностранной валюты в международных расчетах получает, таким образом, свое юридическое выражение в том, что к обязательствам в иностранной валюте применяется по аналогии ряд норм, установленных для денежных обязательств..." <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 158.

В тех случаях, когда денежное обязательство тем или иным образом выражено в иностранной валюте, в составе такого денежного обязательства в юридической литературе обычно выделяют два взаимосвязанных элемента: валюту долга и валюту платежа. Под валютой долга понимаются денежные единицы, в которых исчислена сумма обязательства (что позволяет определить его ценностное значение); под валютой платежа разумеются денежные знаки, которые являются средством погашения денежного обязательства и в которых должно производиться его фактическое исполнение <*>.

<*> См.: Там же. С. 159; Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 30.

Строго говоря, в таком понимании указанные элементы имеются во всяком денежном обязательстве (в том числе и без использования иностранной валюты). Однако, если денежное обязательство выражено исключительно в рублях, выделение в его составе валюты долга и валюты платежа (которые в этом случае совпадают) не имеет практического значения.

В судебной-арбитражной практике вопрос о валюте долга и валюте платежа возникает лишь при использовании сторонами иностранной валюты, о чем свидетельствуют, в частности, разъяснения, содержащиеся в информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 ноября 2002 г. N 70 "О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса Российской Федерации" <*>. Так, в п. 1 данного информационного письма разъясняется, что при разрешении вопроса о том, в какой валюте должны быть указаны в судебном акте подлежащие взысканию денежные суммы, арбитражным судам на основании ст. ст. 140 и 317 ГК необходимо определять валюту, в которой денежное обязательство выражено (валюту долга), и валюту, в которой это денежное обязательство должно быть оплачено (валюту платежа).

<*> Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2003. N 1. С. 86 - 89.

Вышеназванное информационное письмо характеризуется достаточно широкой трактовкой законоположений о возможности использования сторонами денежного обязательства валютной оговорки (п. 2 ст. 317 ГК). Например, предусмотрено, что в случаях, когда в договоре денежное обязательство выражено в иностранной валюте без указания о его оплате в рублях, суд должен рассматривать такое договорное условие, как предусмотренное п. 2 ст. 317 ГК, если только при толковании договора в соответствии с правилами ст. 431 ГК суд не придет к иному выводу. Даже в тех случаях, когда договором предусмотрено, что денежное обязательство выражается и оплачивается в иностранной валюте, хотя в силу правил валютного законодательства данное обязательство не могло быть исполнено в иностранной валюте, судам рекомендовано рассматривать такое договорное условие как условие о валютной оговорке (п. 2 ст. 317 ГК).

Аналогичное отношение к возможности использования иностранной валюты в качестве объекта договора займа можно обнаружить и в практике судов общей юрисдикции, рассматривающих споры, вытекающие из договоров займа с участием граждан. Так, в одном из обзоров судебной практики Верховного Суда Российской Федерации приведен следующий пример.

М. обратилась в суд с иском к Р. о взыскании денежной суммы по договору займа. Решением городского суда, оставленным без изменения определением судебной коллегии по гражданским делам областного суда, иск удовлетворен в полном объеме. Постановлением президиума областного суда судебные решения изменены, взысканная с Р. сумма снижена.

Снижая размер подлежащей взысканию денежной суммы, президиум указал на то, что денежные средства передавались М. ответчику не только в рублях, но и в иностранной валюте. Исходя из положений ст. ст. 166, 317, 809 ГК, сделка в части суммы займа в иностранной валюте является ничтожной, проценты с указанной суммы выплате не подлежат. Суду следовало взыскать проценты только с суммы займа в рублях.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, удовлетворяя протест об отмене данного постановления президиума областного суда, указала следующее.

Согласно п. 2 ст. 807 ГК иностранная валюта может быть предметом договора займа на территории Российской Федерации с соблюдением правил, предусмотренных ст. ст. 140 и 317 ГК. В соответствии с положениями указанных статей использование иностранной валюты на территории Российской Федерации допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке.

С учетом того что действующим законодательством не исключается нахождение в собственности граждан иностранной валюты и собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом (ст. ст. 141, 209, 213 ГК РФ), при условии соблюдения предъявляемых к сделке требований производство расчетов между сторонами по сделке непосредственно в иностранной валюте либо указание в договоре на возможность расчетов таким способом само по себе не указывает на ничтожность сделки. Следовательно, на договор займа, содержащий указание на иностранную валюту, распространяются те же правила, что и на договор займа, заключенный в рублях.

В соответствии со ст. 809 ГК займодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке, определенных договором <*>.

<*> См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за III кв. 2002 г. (п. 5) // Справочные правовые системы.

При формулировании в договоре денежного займа условия о валютной оговорке стороны вправе по своему усмотрению определить в этом договоре курс соответствующей иностранной валюты по отношению к рублю и дату, на которую осуществляется пересчет денежной суммы, выраженной в иностранной валюте, в соответствующий рублевый эквивалент. Как указано в п. 12 информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 ноября 2002 г. N 70, определяя курс и дату пересчета иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли, суд указывает курс и дату, установленные законом или соглашением сторон. При этом суд должен учитывать, что стороны вправе в соглашении установить собственный курс пересчета иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли или порядок определения такого курса. Если законом или соглашением сторон курс и дата пересчета не установлены, суд в соответствии с п. 2 ст. 317 ГК указывает, что пересчет осуществляется по официальному курсу на дату фактического платежа. Для иностранных валют и условных денежных единиц, котируемых Банком России, под официальным курсом понимается курс этих валют (единиц) к рублю, устанавливаемый Банком России на основании ст. 53 Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)". Если же Банк России не устанавливает курс иностранной валюты (условной денежной единицы) к рублю, арбитражный суд использует для пересчета предоставленные сторонами данные о курсе этой валюты (единицы), устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией к одной из иностранных валют или условных денежных единиц, котируемых Банком России (п. п. 12, 13 информационного письма от 4 ноября 2002 г. N 70).

Определяя в договоре денежного займа, имеющем валютную оговорку, собственный курс

иностранной валюты по отношению к российскому рублю и порядок пересчета суммы займа, выраженной в иностранной валюте, в рублевый эквивалент, стороны договора должны быть особо внимательными и готовыми на случай спора предоставить суду необходимые доказательства, подтверждающие возможность соответствующего пересчета. Например, в указанном информационном письме от 4 ноября 2002 г. N 70 содержится разъяснение, согласно которому в случае, если денежное обязательство выражено в иностранной валюте, котируемой Банком России, однако должно быть оплачено в рублях не по курсу Банка России, а по иному подлежащему определению курсу и при этом в отношении существования такого курса или порядка определения его размера не будет представлено достаточных доказательств, суду следует применять курс Банка России. Если же денежное обязательство выражено в иностранной валюте или условных единицах, не котируемых Банком России, и подлежит оплате в рублях по курсу, в отношении существования которого или порядка определения его размера не будет представлено достаточных доказательств, арбитражный суд использует для пересчета предоставленные сторонами данные о курсе этой валюты, устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией для одной из иностранных валют, котируемых Банком России.

3. Заключение и оформление договора займа

В ст. 808 ГК содержатся нормы о форме договора займа: указанный договор между гражданами должен быть заключен в письменной форме, если его сумма превышает не менее чем в 10 раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а в случае, когда займодавцем является юридическое лицо, - независимо от суммы займа. В подтверждение договора займа и его условий может быть представлена расписка заемщика или иной документ, удостоверяющие передачу ему займодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей.

В первом же комментарии положений названной статьи С.А. Хохлов указывал: "На договор займа распространяются общие правила Кодекса о форме сделок (ст. ст. 158 - 163) и договоров (ст. 434). Соответственно, пунктом 1 ст. 808 установлено, в каких случаях договор займа подлежит заключению в письменной форме. Вместе с тем учитывается, что на практике договор займа часто заключается не путем составления единого документа или обмена документами, подписываемыми обеими сторонами, а путем выдачи в подтверждение договора займа и его условий расписки, заемного обязательства или иного документа, подписываемого только заемщиком. Эти документы рассматриваются как удостоверяющие передачу заемщику займодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей (п. 2 ст. 808). В случае оформления и выдачи таких документов займодавцу требования о заключении соответствующего договора займа в письменной форме следует считать соблюденными" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 422.

В юридической литературе по-разному определяется правовая природа расписки заемщика, удостоверяющей передачу ему займодавцем объекта займа (иного аналогичного документа). Иногда такой расписке (аналогичному документу) придается значение простой письменной формы договора займа. Например, Е.А. Суханов полагает, что простой письменной формой займа "в соответствии с законом может являться расписка заемщика или иной документ, подтверждающий передачу

займодавцем заемщику определенной денежной суммы или определенного количества вещей (например, облигация, счет-фактура на товары и т.д.)" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 207 - 208 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Такою же позицию занимает С.С. Занковский, который указывает следующее: "Договор займа может быть заключен как путем составления одного документа, подписанного сторонами, так и другими способами, оговоренными в п. 2 ст. 434 ГК. В дополнение к этим способам п. 2 ст. 808 ГК разрешает оформлять займ упрощенно: распиской заемщика, подтверждающей получение им денег, либо иными документами, удостоверяющими передачу денег или иных вещей (например, заверенными копиями первичных учетных документов, составляемых сторонами в целях бухгалтерского учета)" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и Л.Ю. Кабалкина. С. 498.

Д.А. Медведев, также поддерживающий эту точку зрения, пишет: "Расписка или иной документ скрепляется подписью заемщика и приобретает доказательственное значение. В этом смысле расписка приравнивается к обычной письменной форме договора" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 429 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

Несколько иное значение придает расписке заемщика Е.А. Павлодский, о чем свидетельствует его следующее утверждение: "Расписка заемщика или иной документ (например, письменная просьба об отсрочке возврата долга), удостоверяющий передачу ему займодавцем определенной денежной суммы (определенного количества вещей), является подтверждением заключения договора займа" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. С. 8.

Как видим, одни авторы полагают, что расписка заемщика (иной документ), удостоверяющая передачу ему займодавцем определенной денежной суммы или соответствующего количества вещей, сама по себе является простой письменной формой договора; по мнению других, расписка заемщика (иной аналогичный документ) заменяет собой письменную форму договора займа или приравнивается к ней; некоторые же авторы рассматривают расписку заемщика (иной аналогичный документ) лишь в качестве доказательства, подтверждающего факт заключения договора займа.

Может ли расписка заемщика сама по себе считаться договором займа, совершенным в

письменной форме, или заменить собой письменную форму договора? Представляется, что на этот вопрос должен быть дан отрицательный ответ.

Несмотря на то что договор займа носит реальный характер и порождает двустороннее обязательство, он представляет собой одностороннюю сделку. Следовательно, в заключении договора займа и выработке его условий должны непременно участвовать обе его стороны: как заемщик, так и займодавец. В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Поэтому требование соблюдения простой письменной формы для двусторонних сделок адресовано именно такому соглашению сторон.

Как известно, двусторонние (многосторонние) сделки, в отношении которых действует требование письменной формы, могут совершаться способами, установленными п. п. 2 и 3 ст. 434 ГК (п. 1 ст. 160 ГК). В соответствии с п. 2 ст. 434 ГК договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. В п. 3 ст. 434 ГК содержится правило о том, что письменная форма считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 438 ГК (имеется в виду, что акцепт письменной оферты может выражаться не только в виде письменного же полного и безоговорочного согласия заключить договор на условиях, предложенных в оферте, но и посредством совершения лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, конклюдентных действий, т.е. действий по выполнению указанных в оферте условий договора).

Нормы о форме договора займа (ст. 808 ГК) никаких исключений из этих общих положений о порядке заключения всякого гражданско-правового договора, в отношении которого предусмотрено требование письменной формы, не содержат. Положение о том, что договор займа между гражданами должен быть заключен в письменной форме, если его сумма превышает не менее чем в 10 раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а в случае, когда займодавцем является юридическое лицо, - независимо от суммы (п. 1 ст. 808 ГК), представляет собой специальное правило по отношению к норме, содержащейся в п. 1 ст. 161 ГК (о сделках, совершаемых в простой письменной форме). Та особенность, что договор займа должен заключаться в письменной форме не во всех случаях, когда в нем участвует юридическое лицо, как это предусмотрено в п. 1 ст. 161 ГК, а лишь в случае, когда юридическое лицо выступает в роли займодавца, объясняется тем, что заемное обязательство юридического лица в качестве заемщика может быть удостоверено выдачей векселя (ст. 815 ГК), либо тем, что договор займа может быть совершен путем выпуска и продажи облигаций (ст. 816 ГК), а это заведомо исключает необходимость заключения с займодавцем отдельного соглашения в письменной форме.

Правда, в юридической литературе можно встретить и иную трактовку п. 1 ст. 808 ГК. Например, С.С. Занковский пишет: "...п. 1 ст. 808 ГК устанавливает ее (простую письменную форму. - В.В.) лишь для тех вариантов, когда юридическое лицо - займодавец, а гражданин - заемщик, причем независимо от суммы. Но если гражданин предоставляет заем юридическому лицу, то, исходя из смысла п. 1 указанной статьи, письменная форма не требуется. Такой подход законодателя совершенно необъясним, тем более что на практике трудно представить ситуацию, когда обязательство займа, по которому гражданин передает деньги организации, не будет облечено в письменную форму" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. С. 498.

Думается, что очевидность ситуаций, когда заемное обязательство юридических лиц перед гражданами не облекается в форму письменного соглашения (продажа облигаций, удостоверение займа векселем), делает излишним какой-либо комментарий приведенных суждений.

Содержание п. 1 ст. 808 ГК лишний раз свидетельствует о том, что требование простой письменной формы относится именно (собственно) к соглашению сторон, а не ко всякому документу, удостоверяющему наличие такого соглашения (в устной форме).

Что касается содержащейся в п. 2 ст. 808 ГК нормы о том, что в подтверждение договора займа и его условий может быть представлена расписка заемщика или иной документ, удостоверяющие передачу ему займодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей, то она не имеет отношения к общим положениям о письменной форме договора (п. п. 2 и 3 ст. 434 ГК) и не дополняет их, а скорее корреспондирует ст. 162 ГК о последствиях несоблюдения простой письменной формы сделки. Согласно названной статье по общему правилу несоблюдение простой письменной формы сделки не делает указанную сделку недействительной, а лишь лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства.

Расписка заемщика или иной документ, удостоверяющие передачу ему займодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей, как раз и служат такими письменными доказательствами, подтверждающими заключение договора займа (в устной форме) и его условий. И не более того.

Расписка в получении определенной денежной суммы или определенного количества вещей (сама по себе) может свидетельствовать о самых различных правоотношениях, складывающихся между участниками имущественного оборота. Таким образом, скажем, может быть удостоверен факт передачи продавцу предоплаты по договору купли-продажи или аванса подрядчику по договору подряда. Выдачей расписки (со стороны кредитора) может быть подтверждено погашение денежного долга либо исполнение иного обязательства со стороны должника (ст. 312 ГК). Поэтому при оценке расписки заемщика или иного документа, удостоверяющих передачу ему займодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей, суд должен установить, что волеизъявление обеих сторон было направлено именно на установление заемного обязательства. Иными словами, суд должен установить, что между сторонами заключен договор займа (в форме устного соглашения) и, следовательно, их правоотношения подлежат регулированию нормами об этом договоре.

Кстати сказать, о том, что расписка заемщика и иной документ, удостоверяющие получение от займодавца определенной денежной суммы, не имеют значения письменной формы договора займа, а могут служить лишь доказательством заключения сторонами договора займа (в устной форме), свидетельствуют и примеры так называемых иных документов, которые наряду с распиской удостоверяют соответствующие обстоятельства, приводимые в юридической литературе, в том числе авторами, полагающими, что расписка (или иной документ) должна квалифицироваться в качестве письменной формы договора займа. Как следует из приведенных цитат названных авторов, к числу таких "иных документов" (претендующих на значение письменной формы договора займа) относят: облигацию, счет-фактуру на товар (Е.А. Суханов); заверенные копии первичных документов, составляемых сторонами в целях бухгалтерского учета (С.С. Занковский); письменную просьбу об

отсрочке возврата долга (Е.А. Павлодский). Перечень этот говорит сам за себя и не требует какой-либо дополнительной аргументации тезиса о том, что указанные документы никак не могут выполнять роль письменной формы договора займа, а могут рассматриваться (в определенных случаях) лишь в качестве письменных доказательств, подтверждающих наличие заемных обязательств.

Отношение к расписке как к доказательству заключения договора займа в устной форме (а не как к простой письменной форме договора займа) имеет место и в судебно-арбитражной практике. Иллюстрацией к сказанному может служить следующий пример.

Предприниматель Р. обратилась в арбитражный суд с иском к предпринимателю П. о взыскании с последнего 12 тыс. руб. основного долга и 7 тыс. руб. процентов годовых по договору денежного займа. Требования истицы были подтверждены распиской ответчика, содержащей сведения о том, что ответчик взял на себя обязательство выплатить истице 12 тыс. руб., из них 6 тыс. руб. наличными и 6 тыс. руб. безналичным платежом.

При рассмотрении данного дела арбитражный суд пришел к выводу о том, что представленная истицей расписка не может служить доказательством заключения договора займа, поскольку не содержит сведений об обязательстве ответчика, в силу которого он должен выплатить истице требуемую ею сумму, а также не удостоверяет факт получения ответчиком указанной денежной суммы от истицы.

Поскольку в соответствии с п. 1 ст. 162 ГК несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, арбитражным судом не были приняты показания свидетеля К. в качестве доказательства заключения договора займа между истицей и ответчиком. В связи с изложенным и руководствуясь ст. ст. 807, 808 ГК, арбитражный суд принял решение об отказе в удовлетворении исковых требований.

При проверке данного судебного акта в апелляционном и кассационном порядке данное решение суда было оставлено без изменений <*>.

<*> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 8 августа 2002 г. N ФО4/2745-549/А46-2002 // Справочные правовые системы.

Основанием возникновения договора займа может служить также новация иного долгового обязательства. В соответствии со ст. 818 ГК по соглашению сторон долг, возникший из купли-продажи, аренды имущества или иного основания, может быть заменен заемным обязательством; замена долга заемным обязательством осуществляется с соблюдением требований о новации (ст. 414 ГК) и совершается в форме, предусмотренной для заключения договора займа (ст. 808 ГК).

В ГК новация рассматривается в качестве одного из способов прекращения обязательств. В соответствии со ст. 414 обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами, предусматривающим иной предмет или способ исполнения (новация); новация не допускается в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов.

Комментируя положения, содержащиеся в ст. 818 ГК, и объясняя причины включения их в текст Кодекса, С.А. Хохлов указывал: "Долг, возникший из договора займа, является "долгом в чистом виде", погашение которого не связано с учетом взаимно переплетающихся обязанностей, как это имеет место во многих других договорах. И в ряде случаев сторонам по договору купли-продажи, подряда, аренды на определенной стадии их исполнения целесообразно свести свои отношения по денежным платежам, возврату других вещей, возмещению убытков к установлению простейшего заемного обязательства путем замены долга по первоначальному договору, существовавшему между ними, на долг по договору займа" <*>. При этом он особо подчеркивал: "Новация является по существу новым договором, на основе которого возникает новое обязательство. Как и любой договор, новация может осуществляться только по воле, по соглашению сторон" <***>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 427.

<***> Там же. С. 428.

4. Оспаривание договора займа

Договор займа, будучи двусторонней сделкой, естественно, может быть оспорен его сторонами и иными заинтересованными лицами. Имеется в виду возможность применения к договору займа предусмотренных ГК оснований и последствий недействительности сделок (ст. ст. 166 - 181).

Особенность же правового регулирования договора займа состоит в том, что ГК включает в себя традиционные правила о возможности оспаривания договора займа по его безденежности (ст. 812). Согласно этим правилам заемщик вправе оспаривать договор займа по его безденежности, доказывая, что деньги или другие вещи в действительности не получены им от займодавца или получены в меньшем количестве, чем указано в договоре. Однако, если договор займа должен быть совершен в письменной форме, его оспаривание по безденежности путем свидетельских показаний не допускается, за исключением случаев, когда договор был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя заемщика с займодавцем или стечения тяжелых обстоятельств. В случаях, когда в процессе оспаривания заемщиком договора займа по его безденежности будет установлено, что деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, в действительности не были получены от займодавца, договор займа считается незаключенным. Если деньги или вещи в действительности получены заемщиком от займодавца в меньшем количестве, чем указано в договоре, договор считается заключенным на это количество денег или вещей.

Необходимость включения в ГК правил об оспаривании договора займа по его безденежности объясняется исключительно реальным характером договора займа и односторонним характером возникающего из него обязательства. Какими бы ни были соглашение сторон, их договоренность либо обещание займодавца предоставить заемщику соответствующую денежную сумму или определенное количество вещей в силу того, что договор займа сконструирован по модели реального договора, указанный договор считается заключенным с момента фактической передачи заемщику объекта займа. И только с этого момента на стороне заемщика возникает обязательство возвратить займодавцу такую же денежную сумму или равное полученному количеству вещей.

Вместе с тем не исключена ситуация, когда займодавец, не предоставивший заемщику денег или иных вещей, определяемых родовыми признаками, может располагать распиской заемщика или иным

документом, удостоверяющими факт получения от займодавца определенной денежной суммы или определенного количества вещей. Например, это возможно в случае, когда передача денег или вещей состоялась, но в рамках иных правоотношений (в виде предварительной платы за товар, аванса за будущие работы или услуги, в целях погашения долга займодавца перед заемщиком, в качестве отступного по другому обязательству и т.п.), однако данное обстоятельство удостоверено распиской или иным документом, которые были сохранены займодавцем и теперь служат основанием его требования о взыскании задолженности с заемщика. Расписка или иной аналогичный документ могут быть получены от заемщика обманным путем либо явиться результатом прямых мошеннических действий со стороны займодавца. Более вероятна ситуация, когда деньги и вещи фактически переданы займодавцем заемщику, но в меньшем количестве, чем то, о котором стороны договорились и передача которого была удостоверена распиской заемщика или иным аналогичным документом.

В подобных случаях заемщик наделяется особым средством защиты - правом на оспаривание договора займа по его безденежности. Он может любыми способами доказывать в суде, что деньги или другие вещи в действительности им от займодавца не получены (т.е. договор займа не был заключен) или получены в меньшем количестве, чем указано в договоре (т.е. договор займа заключен в отношении меньшей денежной суммы или меньшего количества вещей).

Круг доказательств, которые могут быть представлены заемщиком в подтверждение безденежности договора займа, ограничен для тех случаев, когда договор займа должен быть совершен в письменной форме (договоры между гражданами, сумма займа по которым превышает не менее чем в 10 раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а также договоры, по которым в роли займодавца выступает юридическое лицо). Оспаривание таких договоров займа по безденежности не допускается. Исключения составляют лишь случаи, когда договор был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя заемщика с займодавцем или стечения тяжелых обстоятельств и по этой причине допускается его оспаривание по безденежности, в том числе с помощью свидетельских показаний (п. 2 ст. 812 ГК).

Нельзя не заметить, что обстоятельства заключения договора займа, которые дают возможность заемщику оспаривать его по безденежности с использованием свидетельских показаний, в последнем случае и в том случае, если для договора требовалась письменная форма, полностью совпадают с обстоятельствами, которые признаются основаниями для признания сделки недействительной (ст. 179 ГК), что позволяет говорить о конкуренции названных норм.

Представляется, что проблема конкуренции п. 2 ст. 812 и ст. 179 ГК должна быть разрешена в пользу заемщика (потерпевшей стороны сделки). Этого можно добиться, если признать за заемщиком право выбора наиболее оптимального из этих двух способов защиты применительно к конкретным обстоятельствам и условиям. Скажем, признание договора займа по названным основаниям недействительным (вместо оспаривания его по безденежности) дает заемщику право требовать от другой стороны возмещения причиненного ему реального ущерба, что при определенных условиях может оказать влияние на выбор заемщика.

5. Содержание договора займа

Содержание всякого гражданско-правового договора (в аспекте "договор-сделка") представляет собой совокупность всех его условий. Под содержанием договора как правоотношения, обязательства обычно понимаются права и обязанности сторон. По этому поводу М.И. Брагинский пишет:

"Договорные условия представляют собой способ фиксации взаимных прав и обязанностей. По этой причине, когда говорят о содержании договора в его качестве правоотношения, имеют в виду права и обязанности контрагентов. В отличие от этого содержание договора-сделки составляют договорные условия. Их фиксационная роль позволила в течение определенного времени широко использовать в законодательстве и литературе в качестве синонима условий договора его пункты" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 238.

В современной юридической литературе рассуждения о содержании договора займа обычно ограничиваются ссылкой на его односторонний характер и, в связи с этим, указанием на то, что на заемщике лежит обязанность возвратить займодавцу соответствующую денежную сумму или определенное количество вещей, равное полученному, а также уплатить причитающиеся последнему проценты, а займодавец наделен соответствующим правом требования. Например, Д.А. Медведев отмечает: "Содержание договора займа, исходя из его односторонней природы, составляет обязанность заемщика возвратить сумму займа (ст. 810 ГК) и корреспондирующее ей право требования займодавца" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 430 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

Правда, Е.А. Суханов несколько расширяет содержание договора займа за счет кредиторских обязанностей займодавца. Он указывает: "В договоре займа на займодавце лежат так называемые кредиторские обязанности (п. 2 ст. 408 ГК), имеющиеся в подавляющем большинстве обязательств и не превращающие данный договор в двусторонний. Займодавец как кредитор обязан выдать заемщику расписку в получении предмета займа, либо вернуть соответствующий долговой документ (например, расписку заемщика), либо сделать запись о возврате долга на возвращаемом долговом документе, либо, наконец, отметить в своей расписке невозможность возврата долгового документа, выданного заемщиком (в частности, по причине его утраты)" <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 211 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Характерно, что применительно к договору займа в современной юридической литературе не ставится и не анализируется проблема существенных условий этого договора, хотя, как известно, всякий гражданско-правовой договор может считаться заключенным лишь в том случае, если сторонами достигнуто соглашение по всем его существенным условиям. Данное обстоятельство, вероятно, объясняется двумя причинами. Во-первых, тем, что указанный договор носит реальный характер и считается заключенным с момента передачи заемщику денег или вещей, определяемых родовыми признаками; во-вторых, наличием в тексте ГК диспозитивных норм, устанавливающих порядок и срок исполнения заемщиком обязанностей по возврату займодавцу денежной суммы, равной полученной, или соответствующего количества вещей, а также по уплате причитающихся

процентов (ст. ст. 809, 810), что исключает признание договора займа незаключенным в случае отсутствия в тексте этого договора соответствующих условий.

Представляется, однако, что проблема определения круга существенных условий договора займа не утрачивает своей актуальности, даже если принимать во внимание названные обстоятельства. Реальный характер договора займа влияет лишь на определение момента, с которого этот договор может считаться заключенным (таковым считается момент передачи имущества заемщика), что не исключает заключения сторонами письменного соглашения о займе, а в случаях, предусмотренных ст. 808 ГК, письменная форма договора займа становится обязательной. В таких ситуациях при отсутствии соглашения сторон по всем существенным условиям договора займа договор должен признаваться незаключенным и тогда, когда передача объекта займа заемщику состоялась.

Что касается диспозитивных правил, определяющих порядок и срок исполнения заемщиком обязанностей по возврату займодавцу имущества, составляющего объект займа, и уплате процентов (ст. ст. 809, 810 ГК), то они рассчитаны практически исключительно на случаи денежного займа и не могут регулировать отношения сторон, связанные с исполнением заемщиком обязанности по возврату займодавцу равного полученному количеству вещей того же рода и качества. Да и относительно денежного займа не исключаются ситуации, когда применение названных диспозитивных правил окажется невозможным: например, соглашением сторон будет предусмотрено, что указанные нормы не подлежат применению к их отношениям либо стороны не доведут до конца согласование возникших у них при заключении договора займа разногласий по поводу порядка и срока уплаты денежной суммы заемщиком или размера процентов.

Итак, как известно, существенными условиями всякого гражданско-правового договора признаются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК).

Предмет договора займа составляют действия заемщика по возврату (передаче) займодавцу того же количества вещей того же рода и качества, что были получены от последнего, а договора денежного займа - по погашению денежного долга.

В случаях, когда объектом займа являются вещи, определяемые родовыми признаками, согласование сторонами условия о предмете договора означает, что договором должны быть установлены количество и наименование возвращаемых вещей, их ассортимент, качество и комплектность, порядок проверки указанных вещей на соответствие тем вещам, которые были получены от займодавца, способ доставки указанных вещей займодавцу (доставка в место нахождения займодавца и вручение последнему; выборка вещей займодавцем в месте нахождения заемщика; отгрузка соответствующих вещей железнодорожным или иным транспортом), порядок и сроки обнаружения недостатков возвращенных вещей, их фиксации и предъявления соответствующих требований заемщику.

В § 1 гл. 42 ГК, содержащем нормы о договоре займа, не предусмотрены диспозитивные правила, которые могли бы восполнить отсутствующие в договоре названные условия. Такие правила можно обнаружить в § 3 гл. 42 ГК: согласно ст. 822 условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, качестве, таре или об упаковке предоставляемых вещей должны исполняться в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (ст. ст. 465 - 485 ГК), однако указанные нормы предназначены для регулирования отношений, вытекающих из консенсуального договора товарного кредита, в части обязательств стороны, предоставляющей другой стороне вещи,

определенные родовыми признаками, и вряд ли пригодны для регламентации (хотя бы в силу аналогии закона) обязательств заемщика по договору займа. Но если даже допустить такую возможность, все равно за пределами действия названных норм о купле-продаже (ст. ст. 465 - 485 ГК) окажутся такие условия, относящиеся к предмету договора займа, как условия о способе доставки возвращаемых вещей и о моменте исполнения обязанности по их возврату (применительно к обязанностям продавца по договору купли-продажи эти вопросы регулируются ст. 457 ГК).

Следовательно, договор займа вещей, определенных родовыми признаками, должен включать в себя названные условия о порядке исполнения заемщиком обязательства по возврату займодавцу того же количества вещей под страхом признания договора займа незаключенным в связи с недостижением сторонами соглашения о предмете договора.

В случаях, когда объектом займа являются денежные средства, на стороне заемщика возникает денежное долговое обязательство, предметом которого являются действия заемщика по уплате займодавцу денежной суммы, равной полученной от займодавца, а также (если иное не установлено договором займа) процентов годовых за пользование денежными средствами.

Вопрос о содержании денежных обязательств Л.А. Лунц называл "одним из наиболее спорных вопросов "денежного права" и "основную проблему юридического учения о деньгах" <*>. "Денежным обязательством в широком смысле слова, - подчеркивал Л.А. Лунц, - мы называем обязательство, предметом коего служат денежные знаки как таковые.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 103.

Не относятся к денежным обязательствам сделки, имеющие своим предметом индивидуально определенные денежные знаки...

Денежными обязательствами не являются также сделки купли-продажи, направленные на поставку определенного вида монет или бумажных денежных знаков: деньги в этом случае выступают в качестве "товара" <*>.

<*> Там же. С. 104.

В качестве одной из основных особенностей денежного обязательства Л.А. Лунц выделял то "положение, что денежное обязательство всегда остается возможным к исполнению", и объяснял данное обстоятельство тем, что "все денежные знаки, обращающиеся в стране, составляют один род предметов и отличаются друг от друга лишь той степенью, в которой они могут исполнять платежную функцию; степень эта определяется для каждого знака по его отношению к известной счетной единице, вследствие чего все денежные знаки страны объединены отношением к этой единице... При исчезновении из обращения одних денежных знаков они заменяются другими, выраженными в той же или новой счетной единице; в последнем случае между новой и старой единицами устанавливается числовое отношение, которое определяется законом, при отсутствии же закона отношение это определяется фактически... Таким образом, все прежние, настоящие и будущие денежные знаки объединены отношением каждого из них к данной счетной единице".

"При таких условиях, - заключает Л.А. Лунц, - объективная невозможность исполнения может наступить лишь в случае исчезновения или изъятия из обращения старых денег без замены их новыми, т.е. лишь при уничтожении товарно-денежного хозяйства: в силу возврата к натуральному обмену или перехода к коммунистическому строю с полной заменой денег товарными ордерами" <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 105 - 106.

В современной юридической литературе отмеченные позиции по отношению к правовой природе денежного обязательства наиболее последовательно отстаивает Л.А. Новоселова, которая, в частности, подчеркивает, что одним из основных признаков денежного обязательства "является обязанность уплатить деньги; деньги используются в обязательстве в качестве средства погашения денежного долга, восстановления эквивалентности обмена, компенсации продавцу стоимости переданного им товара (в широком экономическом смысле этого понятия) либо компенсации понесенных им имущественных потерь". В качестве критерия выделения категории денежного обязательства Л.А. Новоселова рассматривает "наличие в таком обязательстве цели погашения денежного долга" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 25.

Именно этот критерий - наличие или отсутствие цели погашения денежного долга - позволяет Л.А. Новоселовой четко отграничить круг денежных обязательств. По этой причине, например, из круга денежных обязательств исключаются обязательства предоставить денежный кредит, передать аванс либо сумму предоплаты стороне, выполняющей работы, оказывающей услуги либо передающей товары, поскольку в этих случаях "передача денег долг не погашает, а, напротив, создает его на стороне получателя". "Основание (цель) передачи денег в денежном обязательстве, - заключает Л.А. Новоселова, - платеж, погашение обязательства; в обязательстве предоставить кредит цель передающей деньги стороны - приобрести право требовать их возврата от должника; в обязательстве передать аванс (предоплату) основанием для уплачивающей стороны является приобретение права требовать встречного исполнения от стороны по договору" <*>.

<*> Там же. С. 26.

Следует сказать, что теоретические выводы Л.А. Новоселовой полностью подтверждаются сформировавшейся судебной-арбитражной практикой. Так, в совместном Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 1998 г. N 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами" <*> имеется разъяснение, определяющее круг отношений (денежные обязательства), к которым подлежат применению положения ст. 395 ГК (п. 1 Постановления). Согласно этому разъяснению данная статья предусматривает последствия неисполнения или просрочки исполнения денежного обязательства, в

силу которого на должника возлагается обязанность уплатить деньги. Положения данной статьи не применяются к отношениям сторон, если они не связаны с использованием денег в качестве средства платежа, средства погашения денежного долга. В частности, не являются денежными обязательства, в которых денежные знаки используются не в качестве средства погашения денежного долга (обязанности клиента сдавать наличные деньги в банк по договору на кассовое обслуживание, обязанности перевозчика, перевозящего денежные знаки, и т.д.). Денежными могут быть как обязательство в целом (в договоре займа), так и обязанность одной из сторон в обязательстве (оплата товаров, работ или услуг). Последствия, предусмотренные ст. 395 ГК, не применяются к обязательствам, в которых валюта (деньги) исполняет роль товара (сделки по обмену валюты).

<*> Вестник ВАС РФ. 1998. N 11. С. 7 - 14.

Таким образом, договор денежного займа представляет собой классический образец денежного обязательства. Предметом этого договора являются действия заемщика по уплате денег займодавцу в сумме, полученной от последнего, т.е. по погашению денежного долга, а также (как правило) процентов годовых за пользование денежными средствами.

Согласование сторонами условия о предмете договора денежного займа предполагает определение в их письменном соглашении (если требуется соблюдение простой письменной формы договора займа) суммы займа, срока ее использования и порядка возврата займодавцу, размера и порядка уплаты заемщиком процентов за пользование денежными средствами.

Договор денежного займа может считаться заключенным лишь в том случае, если сторонами достигнуто соглашение по всем названным условиям, составляющим предмет договора (существенное условие договора займа), и согласованная денежная сумма передана заемщику. Вместе с тем отсутствие в тексте договора каких-либо из названных условий или даже отсутствие самого письменного соглашения о займе (если письменная форма требуется по закону) могут служить основанием для признания договора денежного займа незаключенным далеко не во всех случаях. Дело в том, что в ГК имеются диспозитивные нормы, позволяющие определить практически все из названных условий договора займа на случай их отсутствия в тексте договора либо отсутствия самого текста договора в форме письменного соглашения сторон. Данное обстоятельство несколько не влияет на существенный характер указанных условий договора займа (они составляют предмет договора и поэтому, бесспорно, относятся к числу существенных), а лишь свидетельствует о том, что эти условия договора, оставаясь его существенными условиями, в то же время относятся к категории определяемых условий договора займа, и это означает, что, несмотря на отсутствие соответствующих пунктов в тексте последнего (в аспекте "договор - сделка" и "договор - форма правоотношения"), в договоре, понимаемом как само правоотношение, обязательство, эти условия присутствуют в силу действия диспозитивных норм. Об этом свидетельствует положение, содержащееся в п. 4 ст. 421 ГК, согласно которому в случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней; при отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

Из приведенных рассуждений следует также, что в определенных случаях недостижение сторонами соглашения по какому-либо из названных условий, составляющих предмет договора

займа, может служить основанием для признания договора займа незаключенным. Это возможно, например, в ситуации, когда стороны своим соглашением исключают применение к их правоотношениям соответствующих диспозитивных норм, однако при выработке собственных условий договора не приходят к соглашению. Подобное поведение сторон при заключении договора займа парализует действие диспозитивных норм, призванных определить существенные условия договора займа, отсутствующие в его тексте, и должно привести к констатации того факта, что стороны не достигли соглашения по существенным условиям, составляющим предмет договора займа, которые отсутствуют и в договоре-правоотношении, поскольку не могут быть определены диспозитивными нормами. По этой причине договор займа (даже если займодавец предоставил денежную сумму заемщику) должен быть признан незаключенным.

О каких диспозитивных нормах идет речь? Прежде всего следует обратить внимание на нормы, определяющие срок и порядок исполнения заемщиком обязанности по возврату суммы займа займодавцу (ст. 810 ГК). Указанные условия вырабатываются по соглашению сторон и предусматриваются в заключаемом ими договоре займа. Однако в том случае, когда в заключенный сторонами договор займа не включены названные условия либо договор займа заключен в форме устной сделки, удостоверенной распиской заемщика или иным документом, подтверждающим получение от займодавца определенной денежной суммы, подлежат применению следующие правила.

Заемщик обязан возвратить займодавцу полученную сумму займа в течение 30 дней со дня предъявления займодавцем соответствующего требования. Таким образом, во всяком договоре займа, в тексте которого отсутствует условие о сроке пользования заемными средствами, мы должны констатировать наличие такого условия заемного обязательства, как обязанность заемщика возвратить сумму займа займодавцу в тридцатидневный срок, исчисляемый с момента требования последнего. Данная норма (п. 1 ст. 810 ГК) также выполняет роль специального правила по отношению к общим положениям о порядке и сроке исполнения бессрочного обязательства, исключающего возможность их применения к договору займа, в котором срок возврата суммы займа не установлен или определен моментом востребования. Имеются в виду содержащиеся в п. 2 ст. 314 ГК положения о том, что в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства; обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник обязан исполнить в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства. Данные общие положения не подлежат применению к заемным обязательствам именно потому, что они регулируются специальным правилом.

Такой же диспозитивный характер носят правила, регулирующие отношения, связанные с возможностью досрочного исполнения заемного обязательства. В соответствии с п. 2 ст. 810 ГК, если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно. Напротив, сумма займа, предоставленного под проценты, может быть возвращена заемщиком досрочно только с согласия займодавца. Такой, прямо скажем, противоположный характер правил относительно возможности досрочного исполнения договора займа в зависимости от его возмездности (или безвозмездности) имеет свое логическое объяснение. Если займодавец заведомо предоставляет заемщику сумму займа на условиях ее беспроцентного использования, то он, следовательно, не преследует цель получить какую-либо выгоду от

использования денежной суммы подобным образом и рассчитывает лишь на то, что данная сумма будет возвращена заемщиком в установленный срок. При этих условиях досрочное возвращение суммы займа никак не затрагивает имущественных интересов займодавца и не ставит его в положение менее выгодное, чем то, которое он занимал бы, будь заемное обязательство выполнено в срок, предусмотренный договором займа. Напротив, досрочное возвращение денежной суммы заемщиком дает займодавцу возможность, поместив ее в банковский депозит, получать проценты на указанную денежную сумму, чего он был лишен по договору беспроцентного займа.

Если же речь идет о договоре под проценты, положение займодавца в таком договоре резко изменяется: он разумно рассчитывает на то, что денежные средства будут ему возвращены с приростом, который дает использование денег в имущественном обороте, причем в течение всего срока, определенного договором займа. В этом случае досрочное возвращение заемщиком суммы займа лишает займодавца возможности получения части указанного прироста в виде процентов, которые должны быть начислены на сумму займа с момента ее досрочного возврата и до окончания срока пользования указанной суммой, предусмотренного договором займа. Кроме того, для получения соответствующих процентов займодавец должен понести дополнительные расходы на заключение договора займа под проценты с иным заемщиком или размещение соответствующих денежных средств на банковском вкладе. Очевидно, что имущественные права и законные интересы займодавца оказываются нарушенными, поэтому досрочное возвращение суммы займа в этом случае и обусловлено согласием займодавца.

Нормы о досрочном возвращении суммы займа также играют роль специального правила, исключая применение к заемным правоотношениям общих положений о досрочном исполнении гражданско-правового обязательства, которые возмозможность досрочного исполнения обязательства ставят в зависимость не от его возмездного или безвозмездного характера, а от наличия у сторон такого обязательства предпринимательских целей. В данном случае имеется в виду ст. 315 ГК, согласно которой должник вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо не вытекает из его существа; однако досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается только в случаях, когда возмозможность исполнить обязательство до срока предусмотрена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства.

На тот случай, если сторонами в договоре займа не будет предусмотрен порядок возврата заемщиком суммы займа займодавцу, ГК предусматривает правило (в виде диспозитивной нормы), согласно которому сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или зачисления соответствующих денежных средств на его банковский счет (п. 3 ст. 810). Передача (вручение) суммы займа займодавцу возможна лишь в том случае, если объектом займа являются наличные деньги. Соответствующий порядок исполнения заемного обязательства поэтому пригоден в основном в ситуации, когда договор займа заключается между обычными гражданами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность. Правда, и в этом случае, несмотря на всю кажущуюся простоту исполнения заемного обязательства, договор займа может содержать условия, касающиеся порядка его исполнения. Например, возможен возврат суммы займа по частям, передача возвращаемой суммы не займодавцу, а по указанию последнего - третьему лицу и т.п.

Что касается правила о том, что сумма займа считается возвращенной в момент зачисления соответствующих денежных средств на банковский счет займодавца, то оно относится к заемным правоотношениям, объектом которых являются безналичные денежные средства, и рассчитано на

серьезный имущественный оборот. Раскрывая смысл этого правила, С.А. Хохлов указывал: "Из данного правила вытекает, что списание денежных средств со счета заемщика по его распоряжению с целью их перечисления для погашения займа недостаточно для констатации исполнения заемщиком своего обязательства. Оно признается выполненным лишь с момента поступления суммы займа на счет займодавца. До этого момента на сумму займа, в частности, в соответствии с пунктом 2 статьи 809 подлежат начислению и проценты, предусмотренные договором" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 424.

Еще более определенным образом относительно момента, с которого обязательство заемщика считается исполненным, а сумма займа - возвращенной займодавцу, высказывается Е.А. Суханов, который полагает, что "таким моментом нельзя считать... списание банком соответствующей суммы со счета плательщика или ее поступление на корреспондентский счет банка, обслуживающего получателя (займодавца). До наступления указанного обстоятельства сохраняются обязанности заемщика, производится начисление процентов за допущенную им просрочку в возврате суммы долга и т.п." <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 208 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Наличие названной диспозитивной нормы в ГК (п. 3 ст. 810) свидетельствует о том, что в рамках заемных правоотношений и вопрос о моменте, с которого заемное обязательство считается исполненным, решается на основе специального правила, а не общих положений о месте и моменте исполнения всякого денежного обязательства (к каковым, конечно же, относится заемное обязательство). Имеются в виду положения, содержащиеся в ст. 316 ГК, согласно которым, если место исполнения не определено законом, иными правовыми актами или договором, не явствуется из обычаев делового оборота или существа обязательства, исполнение по денежному обязательству должно быть произведено в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства, а если кредитором является юридическое лицо - в месте его нахождения в момент возникновения обязательства.

Применительно к денежным обязательствам, исполняемым путем безналичных платежей, местом исполнения обязательства является собственно не место нахождения кредитора, а место нахождения обслуживающего его банка. Что же касается момента исполнения денежного обязательства, объектом которого являются безналичные денежные средства (такое обязательство не может быть исполнено без участия банков, как минимум тех, которые обслуживают плательщика и получателя средств), то такое обязательство следует считать исполненным, видимо, не с момента зачисления денежных средств на банковский счет кредитора, а несколько ранее - с момента их поступления на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора.

Косвенным образом о правильности такого подхода свидетельствует одно из разъяснений, содержащихся в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 апреля 1999 г. N 5 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета" (п. 3), согласно которому при расчетах

платежными поручениями банк плательщика обязан перечислить соответствующую сумму банку получателя, у которого с момента зачисления средств на его корреспондентский счет и получения документов, являющихся основанием для зачисления средств на счет получателя, появляется обязательство, основанное на договоре банковского счета с получателем средств, по зачислению суммы на счет последнего (п. 1 ст. 845 ГК). Поэтому при разрешении споров судам рекомендовано принимать во внимание, что обязательство банка плательщика перед клиентом по платежному поручению считается исполненным в момент надлежащего зачисления соответствующей денежной суммы на счет банка получателя, если договором банковского счета клиента и банка плательщика не предусмотрено иное.

Поскольку ответственность банка, осуществляющего расчетную операцию по поручению плательщика (должника по денежному обязательству), а также иных банков, привлеченных к осуществлению банковского перевода, перед плательщиком простирается лишь до момента поступления средств на корреспондентский счет банка, обслуживающего получателя денежных средств (кредитора в основном обязательстве), таким же образом должна строиться и ответственность должника по денежному обязательству, которое исполняется путем платежа, осуществляемого в форме безналичных расчетов. Следовательно, моментом, с которого денежное обязательство считается исполненным должником, является момент поступления денежных средств на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора, а не момент зачисления их указанным банком на счет кредитора. Операция по зачислению средств, поступивших на корреспондентский счет обслуживающего банка, на счет кредитора охватывается заключаемым между ними договором банковского счета, нарушение которого со стороны банка влечет его ответственность перед владельцем счета.

Как же в этом случае должна толковаться норма, устанавливающая, что сумма займа считается возвращенной (т.е. заемное обязательство исполнено заемщиком) с момента зачисления соответствующих денежных средств на банковский счет займодавца (а не с момента поступления суммы займа, перечисленной заемщиком займодавцу на корреспондентский счет банка, обслуживающего займодавца)?

Видимо, следует исходить из того, что нормы, регулирующие отношения банковского счета (ст. 845 ГК) и правила совершения безналичных расчетов (например, ст. 865 ГК), являются специальными правилами (имеющими, стало быть, приоритет) по отношению к нормам, регулирующим любые иные гражданско-правовые договоры в части платежей, осуществляемых путем безналичных расчетов, как это имеет место в отношении регламентации порядка исполнения заемного обязательства (п. 3 ст. 810 ГК). В связи с этим представляется, что правильным будет вывод о том, что в тех случаях, когда заемное обязательство исполняется заемщиком путем перечисления безналичных денежных средств с его счета на счет займодавца, соответствующая сумма займа должна признаваться возвращенной займодавцу с момента ее поступления на корреспондентский счет банка, в котором открыт счет займодавца.

Однако для того и заключается письменный договор займа, чтобы урегулировать все вопросы, которые могут возникнуть во взаимоотношениях займодавца и заемщика, и этому не могут помешать диспозитивные нормы, определяющие порядок исполнения заемного обязательства (возврата суммы займа) лишь на тот случай, когда соответствующее условие не будет урегулировано соглашением сторон.

Существенными условиями возмездного договора займа (по признаку необходимости для договоров данного вида) являются условия о размере процентов годовых за пользование заемными

денежными средствами, а также о порядке их уплаты заемщиком. Названные существенные условия договора займа под проценты также относятся к числу определяемых условий заемного обязательства. По этому поводу С.А. Хохлов писал: "В соответствии со ст. 423 ГК любой договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Применительно к договору займа это общее правило конкретизировано в ст. 809, устанавливающей условия и порядок взимания процентов на сумму займа" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 422.

Действительно, ст. 809 (п. 1) ГК содержит норму, устанавливающую общую презумпцию возмездности договора займа: "Если иное не предусмотрено законом или договором займа, займодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке, определенных договором". Исключение из этого общего правила составляют лишь два случая, в отношении которых в той же статье (п. 3) предусмотрена обратная презумпция безвозмездности договора займа: во-первых, когда договор займа заключен между гражданами на сумму, не превышающую 50-кратного установленного законом минимального размера оплаты труда, и не связан с осуществлением хотя бы одной из его сторон предпринимательской деятельности; во-вторых, когда объектом договора займа служат вещи, определяемые родовыми признаками. Однако и в этих случаях договором займа может быть предусмотрено взимание процентов.

В том случае, если в возмездном договоре займа стороны не предусмотрели условие о размере процентов, указанное условие определяется диспозитивной нормой, содержащейся в п. 1 ст. 809 ГК: размер процентов определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавцем является юридическое лицо, в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части. Ставка рефинансирования, как известно, представляет собой ставку процентов, под которую Банк России кредитует коммерческие банки, а потому по сути своей является минимальным приростом, который дает использование денежных средств путем заемных и кредитных операций в реальных условиях имущественного оборота. Одновременно для заемщика указанные проценты, взимаемые согласно п. 1 ст. 809 ГК, являются платой за пользование денежными средствами, полученными от займодавца, и в этом своем качестве определяют возмездный характер договора займа.

Возмездный договор займа должен включать в себя также условие о порядке уплаты процентов (например, одновременно с возвратом всей суммы займа, по отдельному графику, ежеквартально, ежемесячно и т.п.). В случае если в тексте возмездного договора займа такое условие отсутствует, соответствующее условие заемного обязательства считается определенным диспозитивным правилом о том, что проценты подлежат выплате заемщиком ежемесячно до дня возврата суммы займа (п. 2 ст. 809 ГК).

Круг существенных условий договора займа (при заключении его в письменной форме) может быть расширен по воле сторон: для этого необходимо, чтобы одна из его сторон (займодавец или заемщик) сделала заявление о том, что предлагаемое ею условие (которое, естественно, не относится к предмету договора и не объявлено существенным самим законом) она полагает существенным (например, условие об ответственности заемщика за просрочку возврата суммы займа или условие об отступном на случай неисполнения договора займа).

В тексте ГК имеются некоторые "подсказки" сторонам (в основном займодавцу) относительно ряда дополнительных условий, которые могут быть включены в договор займа. Более того, на этот случай предусмотрены и правовые последствия нарушения таких факультативных условий. Так, договором займа может быть предусмотрено условие о возвращении суммы займа по частям (в рассрочку). При нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, займодавец получает право потребовать от заемщика досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с причитающимися (за весь период действия договора займа) процентами (п. 2 ст. 811 ГК).

Договор займа может быть заключен сторонами с условием использования заемщиком полученных средств строго на определенные цели (целевой заем). В этом случае на заемщика возлагается обязанность обеспечить возможность осуществления займодавцем контроля за целевым использованием суммы займа. При нарушении этой обязанности, а также в случае выявления фактов нецелевого использования заемных средств займодавец, если иное не предусмотрено договором, вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов (ст. 814 ГК).

Необходимо отметить, что при заключении договора целевого займа возможности займодавца по осуществлению контроля за деятельностью заемщика по использованию полученных денежных средств имеют известные пределы. С.А. Хохлов, комментируя положения ст. 814 ГК, указывал: "В случае, если договором предусмотрено предоставление займа на определенные цели (жилищное строительство, обустройство фермерского хозяйства, строительство, реконструкцию или техническое перевооружение промышленных объектов, закупку конкретных видов товаров и т.п.), займодавец... приобретает право контроля за целевым использованием заемных средств. Заемщик в свою очередь обязан обеспечить займодавцу возможность такого контроля (п. 1 ст. 814). Формы и пределы контроля могут быть определены в договоре. Однако в любом случае контроль займодавца не должен выходить за рамки получения информации о том, на что и в какие сроки был использован целевой заем. Вмешательство займодавца в оперативную хозяйственную деятельность заемщика, навязывание конкретных способов и методов работы представляются недопустимыми, противоречащими общим принципам гражданского законодательства, закрепленным в статье 1 ГК" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 425.

С этим выводом нельзя не согласиться, особенно если иметь в виду то обстоятельство, что заемные денежные средства передаются в собственность заемщика, который несет всю полноту ответственности за неисполнение обязательства по возврату суммы займа займодавцу и уплате последнему причитающихся ему процентов.

6. Исполнение заемного обязательства

Как известно, концепция исполнения гражданско-правовых обязательств строится на принципах реального и надлежащего исполнения. Принцип реального исполнения означает, что должник обязан совершить именно те действия, которые составляют предмет соответствующего обязательства (иными словами, совершить эти действия в натуре). Принцип надлежащего исполнения состоит в

том, что указанные действия по исполнению обязательства должны быть совершены должником в точном соответствии со всеми условиями этого обязательства. М.И. Брагинский, например, по этому поводу пишет: "Когда говорят об исполнении как таковом, имеют в виду совершение действий (воздержание от действий) в натуре или иначе - реальное исполнение. Соответственно надлежащее исполнение включает соблюдение комплекса требований, которые определяют, кто и кому должен произвести исполнение, а также каким предметом, когда, где и каким способом это должно быть осуществлено" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 335.

Принцип реального исполнения (исполнения обязательства в натуре) имеет правовое значение только для тех обязательств, объектом которых являются вещи, определяемые родовыми признаками, и в этом случае он означает, что заемщик в установленный срок должен возвратить займодавцу такое же количество вещей, что и было получено займы, того же рода и качества. Соблюдение принципа реального исполнения применительно к договору займа предполагает, что договор должен содержать исчерпывающие характеристики вещей, полученных заемщиком от займодавца и подлежащих возврату последнему, т.е. должны быть указаны: их количество, наименование, качество, ассортимент, комплектность, тара и упаковка, - а также порядок их возврата займодавцу.

Если же речь идет о денежном займе, то заемное обязательство приобретает черты родового по отношению к нему понятия денежного долга, которое в определенной степени носит абстрактный характер и подчиняется общим правилам об исполнении денежного обязательства (погашении денежного долга). Что касается принципа надлежащего исполнения обязательств, то под этим обычно понимается, что исполнение соответствующего обязательства должно быть произведено надлежащему лицу, надлежащим лицом, надлежащим предметом, в надлежащем месте, в надлежащий срок и надлежащим способом.

Признак исполнения надлежащему лицу выражен в нормах, содержащихся в ст. ст. 312 и 408 ГК. Согласно первой из них, если иное не предусмотрено соглашением сторон и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства, должник вправе при исполнении обязательства потребовать доказательства того, что исполнение принимается самим кредитором или уполномоченным им на это лицом, и он же несет риск последствий непредъявления такого требования. Для исполнения именно заемного обязательства существенное значение имеют положения ст. 408 ГК, в соответствии с которой кредитор, принимая исполнение, обязан по требованию должника выдать ему расписку в получении исполнения полностью или в соответствующей части. Если же должник выдал кредитору в удостоверение обязательства долговой документ, то кредитор, принимая исполнение, должен вернуть этот документ, а при невозможности возвращения указать на это в выдаваемой им расписке. Нахождение долгового документа у должника удостоверяет (пока не доказано иное) прекращение обязательства надлежащим исполнением. При отказе кредитора выдать расписку, вернуть долговой документ или отметить в расписке невозможность его возвращения должник вправе задержать исполнение при том условии, что просрочившей стороной будет считаться кредитор.

Исполнение обязательства надлежащим лицом означает, что действия, составляющие предмет обязательства, должны быть совершены именно той стороной обязательства, которая выступает в нем в роли должника. Правда, ГК (ст. 313) предусматривает исключение из этого общего правила:

исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. Более того, при определенных условиях (опасность утраты права на имущество должника вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество) третье лицо может за свой счет удовлетворить требование кредитора и без согласия должника. В этих исключительных случаях также соблюдается требование исполнения обязательства надлежащим лицом (хотя в таком качестве выступает не должник, а третье лицо), поэтому кредитор обязан принять такое исполнение.

Под признаком исполнения обязательства надлежащим предметом понимается, по словам, например, М.И. Брагинского, "что предмет исполнения договора (обязательств), - им называют ту вещь, работу или услугу, которую в силу обязательства должник обязан передать, выполнить или оказать кредитору, - по всем своим параметрам, количественным и качественным, должен соответствовать требованиям, которые закреплены в законе, иных правовых актах и договоре" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 342.

Исполнение обязательства должно быть произведено в надлежащем месте, которое определяется законом или договором либо явствует из существа обязательства. Общие положения о месте исполнения различных гражданско-правовых обязательств содержатся в ст. 316 ГК. В частности, применительно к договору займа вещей, определяемых родовыми признаками (товарного займа), если иное не установлено договором, местом исполнения заемщиком обязательств по возврату такого же количества вещей служит место изготовления или хранения соответствующего имущества при том условии, что это место было известно займодавцу в момент возникновения обязательства; если же по условиям заемного обязательства предусматривается перевозка возвращаемых вещей, местом его исполнения признается место сдачи соответствующих вещей первому перевозчику для доставки их займодавцу. Если речь идет о денежном займе, то заемное обязательство подлежит исполнению в месте жительства займодавца (в месте нахождения юридического лица); в случаях же, когда объектом займа являются безналичные денежные средства, местом исполнения заемного обязательства будет служить место нахождения банка, обслуживающего займодавца.

Исполнение обязательства в надлежащий срок может быть констатировано только в том случае, если исполнение осуществлено должником в срок, установленный законом или предусмотренный договором, с учетом правил, регулирующих сроки исполнения бессрочных обязательств. Применительно к договору займа такие правила установлены п. 1 ст. 810 ГК. Нарушением этого требования в равной степени могут служить как просрочка, так и досрочное исполнение обязательства. Что касается договора беспроцентного займа, то здесь применяется особое правило: сумма займа может быть возвращена заемщиком досрочно, если иное не предусмотрено договором.

Исполнение обязательства надлежащим способом предполагает соблюдение порядка исполнения соответствующего обязательства, предусмотренного договором или законом. Этот признак надлежащего исполнения гражданско-правовых обязательств нашел отражение в ряде норм, содержащихся в ГК. Например, в соответствии со ст. 311 ГК кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства. Данное положение вполне применимо к отношениям товарного займа, а вот из

существа денежного заемного обязательства, видимо, следует возможность его исполнения по частям. Надлежащими способами исполнения обязательства денежного займа являются передача суммы займа займодавцу (при наличных расчетах) либо зачисление возвращаемых денежных средств на его банковский счет (при безналичных расчетах). Арбитражно-судебная практика признает надлежащим исполнением договора займа также перечисление заемщиком денежных средств, составляющих сумму займа, третьим лицам по поручению займодавца. Так, по одному из дел в арбитражный суд обратилось общество с ограниченной ответственностью с иском к акционерному обществу о взыскании 27,6 млн. руб., составляющих (по мнению истца) неосновательное обогащение ответчика, полученное последним в качестве заемщика по договору займа, который (опять же по мнению истца) является ничтожной сделкой. Сам истец основывал свое требование на соглашении об уступке права требования, заключенном с займодавцем по договору займа.

При рассмотрении данного дела арбитражным судом было установлено, что спорный договор займа соответствовал законодательству и по этой причине не мог быть признан недействительным. Более того, по другому делу состоялось решение арбитражного суда об отказе займодавцу в иске о признании данного договора недействительной сделкой и об удовлетворении встречного иска заемщика о признании недействительной сделки по уступке права требования, заключенной между займодавцем и лицом, предъявившим впоследствии иск к заемщику в связи с неосновательным обогащением последнего.

Арбитражный суд также установил, что на день заключения указанного соглашения об уступке права требования заемщик выполнил свои обязательства, вытекающие из договора займа, путем уплаты денежных средств в размере суммы займа третьим лицам по указанию займодавца. Названные действия заемщика суд признал надлежащим исполнением договора займа. В связи с изложенным арбитражным судом было принято решение об отказе в иске, которое было оставлено в силе и по результатам его проверки в апелляционном и кассационном порядке <*>.

<*> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 ноября 2002 г. N КГ-А40/7533-02 // Справочные правовые системы.

При определенных условиях надлежащим исполнением заемного обязательства может быть признано исполнение указанного обязательства путем внесения долга в депозит нотариуса, а в случаях, установленных законом, - в депозит суда. Должник может воспользоваться этим способом исполнения обязательства, если сумма займа не может быть возвращена непосредственно займодавцу вследствие: отсутствия кредитора или лица, уполномоченного им принять исполнение, в месте, где обязательство должно быть исполнено; очевидного отсутствия определенности по поводу того, кто является кредитором по обязательству, в частности, в связи со спором по этому поводу между кредитором и другими лицами; уклонения кредитора от принятия исполнения или иной просрочки с его стороны (ст. 327 ГК).

Определенными особенностями отличается исполнение обязательства денежного займа. Как уже отмечалось, одна из главных особенностей денежного обязательства заключается в том, что "денежное обязательство всегда остается возможным к исполнению" <*>. Сравнивая юридические последствия денежных и неденежных обязательств, Л.А. Лунц указывал: "В тех случаях, когда денежные знаки определяются в договоре индивидуальными признаками или имеют значение "товара", нет денежного обязательства - нет поэтому и тех юридических последствий, которые

связаны с этими обязательствами. Так, невозможность исполнения в этих случаях освобождает должника; просрочка или неисправность последнего служат основанием не для начисления узаконенных процентов, а лишь для возмещения ущерба на общих основаниях, установленных для частноправовых обязательств; место исполнения не может быть определено на основаниях, установленных для денежных обязательств, и т.д." <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 105.

<*> Там же.

Из приведенной цитаты мы видим, что, по мнению Л.А. Лунца, основные особенности исполнения денежного обязательства заключаются в следующем: основанием нарушения такого обязательства, освобождающим должника от ответственности, не может служить невозможность его исполнения; просрочка по денежному обязательству влечет начисление узаконенных процентов; специальными правилами определяется место исполнения денежного обязательства.

Исключение из круга оснований прекращения денежных обязательств такого основания, как невозможность его исполнения, вызванная обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает, являющегося таковым для всех иных гражданско-правовых обязательств (ст. 416 ГК), объясняется тем обстоятельством, что деньги (денежные знаки) всегда имеются в имущественном обороте и могут быть получены (приобретены) должником в количестве, необходимом для погашения денежного долга перед кредитором. При этих условиях прекращение денежного обязательства по причине временного отсутствия денег у должника, а стало быть, и освобождение последнего от уплаты денежного долга вели бы к неосновательному обогащению должника за счет кредитора.

Специальные правила о месте исполнения денежного обязательства признают таковым место жительства (место нахождения) кредитора (в отличие от общих положений о месте исполнения обязательств по передаче движимого имущества, по которым местом их исполнения считается место нахождения должника). В связи с этим, например, В.А. Белов замечает, что "по общему правилу должник освобождает себя от обязательства его исполнением в своем месте нахождения; он не обязан доставлять предмет исполнения в место нахождения кредитора и не несет связанных с этой доставкой обязанностей, расходов и рисков". "Однако для обязательств денежных, - пишет далее В.А. Белов, - применяется правило иное, прямо противоположное. Местом исполнения денежного обязательства является место жительства (нахождения) кредитора... Должник по денежному обязательству освобождает себя от обязательства его исполнением в месте нахождения кредитора, а следовательно, он обязан доставлять предмет исполнения в место нахождения и несет все связанные с этой доставкой обязанности, расходы и риски" <*>.

<*> Белов В.А. Указ. соч. С. 43 - 44.

В случае просрочки исполнения денежного обязательства в качестве особого последствия, характерного только для данной категории гражданско-правовых обязательств, применяются положения ст. 395 ГК о начислении процентов на сумму просроченного денежного обязательства.

При этом кредитор сохраняет право требовать от должника возмещения убытков, причиненных ему несвоевременной уплатой денежного долга, в части, не покрытой указанными процентами за пользование чужими денежными средствами.

Отмеченные особенности исполнения денежного обязательства учитываются в судебно-арбитражной практике. В частности, в Постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 имеются следующие разъяснения: при расчете подлежащих уплате годовых процентов по ставке рефинансирования Центрального банка Российской Федерации число дней в году (месяце) принимается равным 360 (30) дням, если иное не установлено соглашением сторон, обязательными для сторон правилами, а также обычаями делового оборота; проценты начисляются до момента фактического исполнения денежного обязательства, определяемого исходя из условий о порядке платежей, форме расчетов и положений ст. 316 ГК о месте исполнения денежного обязательства, если иное не установлено законом либо соглашением сторон (п. 2); отсутствие у должника денежных средств, необходимых для уплаты долга по обязательству, связанному с осуществлением им предпринимательской деятельности, не является основанием для освобождения должника от уплаты процентов, предусмотренных ст. 395 ГК (п. 5).

В судебной практике учитывается возможность взыскания двух ставок процентов (по ст. ст. 809 и 811 ГК) вплоть до погашения заемщиком своих обязательств. Так, В. обратился в суд с иском к Т. о взыскании процентов по договору займа. В обоснование своих требований он указал, что 25 декабря 1996 г. предоставил в заем ответчице 12 млн. руб. (неденоминированных) сроком на два месяца с условием выплаты 10% ежемесячно, но, возвратив ему сумму основного долга, проценты она не выплатила.

Решением Обоянского районного суда Курской области от 9 февраля 2000 г. иск В. был удовлетворен: с Т. взыскана задолженность по процентам в размере 27668 руб. 91 коп. В кассационном порядке дело не рассматривалось. Постановлением президиума Курского областного суда от 22 марта 2000 г. протест прокурора Курской области на решение Обоянского районного суда был оставлен без удовлетворения.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 10 июля 2000 г. протест заместителя Генерального прокурора РФ, в котором ставился вопрос об отмене судебных постановлений как вынесенных с нарушением норм материального права и о направлении дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции, оставила без удовлетворения.

Президиум Верховного Суда РФ 6 января 2002 г. протест заместителя Генерального прокурора РФ по тому же вопросу также оставил без удовлетворения по следующим основаниям.

По мнению прокурора, взыскивая с ответчицы ежемесячно по 10% с суммы долга за весь период неисполнения обязательства, суд ошибочно руководствовался ст. 809 ГК РФ.

Прокурор считал такое решение незаконным, поскольку договор займа был заключен сроком только на два месяца с условием выплаты 10% ежемесячно, и именно в течение срока действия договора Т. должна была выплачивать истцу по 10% ежемесячно; после окончания срока действия договора проценты за просрочку исполнения заемщиком обязательства по возврату займа должны рассчитываться в соответствии со ст. 811 ГК РФ. Президиум Верховного Суда РФ не согласился с таким выводом прокурора.

В соответствии с п. 1 ст. 809 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором займа, займодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке,

определенных договором. При отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавцем является юридическое лицо - в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части. Согласно п. 2 той же статьи при отсутствии иного соглашения проценты выплачиваются ежемесячно до дня возврата суммы займа.

В п. 1 ст. 811 ГК РФ определены последствия нарушения заемщиком договора займа: если иное не предусмотрено законом или договором займа, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 Кодекса, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК.

Таким образом, за просрочку уплаты суммы долга в силу закона у заемщика помимо договорных обязательств возникает дополнительное внедоговорное обязательство по уплате процентов в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК РФ. Вместе с тем истечение срока договора займа не является основанием для прекращения обязательств, вытекающих из договора займа, по уплате как основной суммы долга, так и процентов по нему.

Проценты по договору займа в отличие от процентов, взыскиваемых за неисполнение денежного обязательства согласно п. 1 ст. 395 ГК РФ, являются не дополнительным обязательством, а элементом главного обязательства по договору займа. После окончания срока договора в случае просрочки уплаты суммы долга кредитор имеет право в соответствии с п. 2 ст. 809 ГК РФ требовать исполнения этого главного обязательства и в отношении основной суммы долга, и в отношении предусмотренных договором процентов.

Как видно из материалов дела, истец В. ссылаясь на то, что ответчица Т. уклоняется от исполнения обязательства по договору займа, не отрицая, что основной долг взыскан по решению суда. Расписка от 25 декабря 1996 г. свидетельствует о том, что ответчица взяла в долг у истца 12 млн. руб. (неденоминированных) сроком на два месяца с выплатой 10% ежемесячно.

Удовлетворяя искивые требования В., суд обоснованно произвел расчет подлежащей взысканию или уплате суммы, принимая во внимание период, истекший со дня, когда заемщик должен был возвратить полученные по договору займа деньги, и до дня, когда эта обязанность фактически была исполнена.

При этом суд учел разъяснение, данное в п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами", о том, что при рассмотрении споров, связанных с исполнением договоров займа, а также с исполнением заемщиком обязанностей по возврату банковского кредита, следует учитывать, что проценты, уплачиваемые заемщиком на сумму займа в размере и в порядке, определенных п. 1 ст. 809 ГК РФ, являются платой за пользование денежными средствами и подлежат уплате должником по правилам об основном денежном долге.

В соответствии с п. 1 ст. 811 ГК РФ в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в порядке и размере, предусмотренных п. 1 ст. 395 ГК РФ, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 данного Кодекса.

Проценты, предусмотренные п. 1 ст. 811 ГК РФ, являются мерой гражданско-правовой ответственности. Указанные проценты, взыскиваемые в связи с просрочкой возврата суммы займа, начисляются на эту сумму без учета начисленных на день возврата процентов за пользование заемными средствами, если в обязательных для сторон правилах либо в договоре нет прямой оговорки об ином порядке начисления процентов.

Довод протеста о том, что при исчислении процентов за просрочку исполнения договора займа с Т. взыскана сумма, в несколько раз превышающая сумму основного долга, что явно противоречит принципу соразмерности ответственности объему и характеру правонарушения, не может быть признан обоснованным. Договор займа с установлением размера процентов на основную сумму долга был заключен по желанию самой ответчицы, и требования о признании этого договора недействительным со ссылкой на кабальность его условий она не заявила.

Нельзя говорить и о чрезмерном характере дополнительной ответственности за неисполнение денежного требования, которая установлена в п. 1 ст. 395 ГК РФ, поскольку истец такого требования не заявлял и ограничился взысканием с ответчицы только суммы процентов, обусловленных договором займа.

При указанных обстоятельствах оснований для отмены судебных постановлений по доводам протеста прокурора не имеется.

Президиум Верховного Суда РФ решение Обоянского районного суда Курской области, постановление президиума Курского областного суда и определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ оставил без изменения, протест заместителя Генерального прокурора РФ - без удовлетворения <*>.

<*> См.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 6 января 2002 г. // Справочные правовые системы.

Специфические черты исполнения денежного обязательства займа не ограничены отмеченными особенностями исполнения денежных обязательств, в ГК имеются и иные специальные правила, относящиеся к погашению денежного долга. Так, в соответствии со ст. 319 ГК сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем - проценты, а в оставшейся части - основную сумму долга. При применении данного законоположения судебно-арбитражная практика исходит из того, что под процентами, погашаемыми ранее основной суммы долга, понимаются проценты за пользование денежными средствами, подлежащие уплате по денежному обязательству, в частности проценты за пользование суммой займа; проценты, предусмотренные ст. 395 ГК за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства, погашаются после суммы основного долга <*>.

<*> См.: Постановление Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 11).

Весьма сложные проблемы вызывает на практике применение законоположений о порядке

исполнения заемных обязательств, выраженных в иностранной валюте. В том случае, если валютное законодательство допускает в отношениях между участниками заемного обязательства расчеты в иностранной валюте (т.е. валюта долга и валюта платежа по договорам займа совпадают и выражены в иностранной валюте), например, когда в роли кредитора-займодавца выступает иностранное юридическое или физическое лицо, при исполнении соответствующего заемного обязательства возникают некоторые сложности в определении ставки процентов, подлежащих взиманию с заемщика в случае просрочки возврата суммы займа (естественно, при применении российского права). По этому поводу в Постановлении Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" <*> (п. 52) имеется следующее разъяснение.

<*> Вестник ВАС РФ. 1996. N 9. С. 5 (и сл.).

В случаях, когда в соответствии с законодательством о валютном регулировании и валютном контроле денежное обязательство выражено в иностранной валюте и отсутствует официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора. Если отсутствуют и такие публикации, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается на основании представляемой истцом в качестве доказательства справки из одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую этим банком ставку по краткосрочным валютным кредитам <*>.

<*> Данное разъяснение применяется и в том случае, когда в иностранной валюте определяется только валюта долга, а валюта платежа выражена в рублях (ст. 317 ГК); разница состоит лишь в том, что проценты, исчисленные в валюте, в целях их платежа подлежат переводу в рублях по соответствующему курсу Банка России.

Дополнением к этому разъяснению может служить п. 8 информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 ноября 2002 г. N 70 "О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса Российской Федерации", согласно которому в качестве одного из возможных официальных источников информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора, судам следует рассматривать "Вестник Банка России", в котором публикуются средние по России ставки по таким краткосрочным кредитам.

Например, компания "Вордан Холдингз Лимитед" (далее - компания) обратилась в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу "Калмыцкая нефтяная компания" (далее - общество) о взыскании в рублевом эквиваленте задолженности по договору займа в сумме 300 тыс. дол. США, процентов за пользование суммой займа в сумме 2750 дол. США и процентов, начисленных по основаниям, предусмотренным ст. 811 ГК РФ, в сумме 43750 дол. США.

Решением арбитражного суда иски удовлетворены.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ данное решение отменил и направил дело на новое рассмотрение.

Из материалов дела следовало, что между компанией (займодателем) и обществом (заемщиком) заключен договор займа, согласно которому последнему предоставлен заем в сумме 300 тыс. дол. США под 11% годовых. В установленный договором срок заемщик сумму займа не возвратил и проценты не уплатил, в связи с чем истец обратился в арбитражный суд с иском о взыскании задолженности, процентов, предусмотренных договором, а также процентов, начисленных в соответствии со ст. 811 ГК РФ.

Принимая решение об удовлетворении иска в полном объеме, суд не проверил порядок начисления и размер подлежащих взысканию процентов. Между тем истец произвел начисление процентов по денежному обязательству, выраженному в иностранной валюте, по учетной ставке Банка России, которая действовала по кредитным ресурсам, предоставленным в рублях.

Согласно п. 52 совместного Постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 в данном случае применима официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, а при ее отсутствии размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора.

При новом рассмотрении дела суду также предложено проверить доводы должника о полном погашении задолженности третьему лицу в соответствии с указаниями кредитора.

Таким образом, оспариваемое решение было принято по неполно выясненным обстоятельствам дела, в связи с чем подлежало отмене, а дело направлено на новое рассмотрение <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2003. N 4. С. 58 - 59.

Главная проблема в случаях, когда иностранная валюта используется лишь в качестве валюты долга, а валюта платежа выражена в рублях (например, вследствие применения сторонами договора займа правила п. 2 ст. 317 ГК о валютной оговорке), состоит в правильном определении курса валют, по которому осуществляется пересчет денежного долга, выраженного в соответствующей иностранной валюте, в российские рубли. Казалось бы, этот вопрос решен в самой ст. 317 ГК (п. 2), согласно которой подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон.

Однако, как правильно отмечает Л.А. Новоселова, "данная норма оставляет открытым вопрос о том, на какой момент и по какому курсу должна определяться сумма платежа в рублях при предъявлении иска о взыскании просроченной задолженности, ценность которой выражена в иностранных или условных денежных единицах". "Поскольку платеж еще не произведен, - продолжает Л.А. Новоселова, - ни кредитор, ни суд не могут определить размер задолженности на момент будущего фактического платежа, как это предусмотрено рассматриваемой нормой" <*>. В связи с этим она видит следующие варианты решения этой проблемы:

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 41.

"...а) сумма задолженности в рублях истцом и судом определяется по курсу на момент предъявления иска;

б) сумма задолженности в рублях определяется на момент вынесения решения;

в) сумма задолженности в рублях может быть определена судом, исходя из интересов кредитора, либо на момент предъявления иска, либо на момент вынесения решения;

г) твердая сумма задолженности в рублях судом в решении не определяется, а указывается, что взысканию подлежит сумма в рублях, эквивалентная определенному количеству денежных единиц, в которых был выражен долг, по курсу на день фактического платежа" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 41 - 42.

Судебно-арбитражная практика остановилась на последнем из вариантов, указанных Л.А. Новоселовой. В информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 ноября 2002 г. N 70 имеются по этому вопросу следующие разъяснения. Если согласно закону или договору курс для пересчета иностранной валюты в рубли должен определяться на дату вынесения решения или на более раннюю дату, суд самостоятельно осуществляет пересчет иностранной валюты в рубли и указывает в резолютивной части решения сумму основного долга в рублях. Если проценты или неустойка на взыскиваемую сумму начисляются лишь до даты вынесения решения, суд также самостоятельно пересчитывает в рубли сумму процентов (неустойки), выраженную в иностранной валюте, и указывает в резолютивной части решения взыскиваемые суммы в рублях. При удовлетворении судом требований о взыскании денежных сумм, которые в соответствии с п. 2 ст. 317 ГК подлежат оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах, в резолютивной части судебного акта должны содержаться: указание об оплате взыскиваемых сумм в рублях и размер этих сумм в иностранной валюте (условных денежных единицах) с точным наименованием этой валюты (единицы); ставка процентов или размер неустойки, начисляемых на эту сумму; дата, начиная с которой производится их начисление, и день, по какой они должны начисляться; точное наименование органа (юридического лица), устанавливающего курс, на основании которого должен осуществляться пересчет иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли; указание момента, на который должен определяться курс для пересчета иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли. Если законом или соглашением сторон курс и дата пересчета не установлены, суд в соответствии с п. 2 ст. 317 ГК указывает, что пересчет осуществляется по официальному курсу на дату фактического платежа (п. п. 10, 11, 13 информационного письма от 4 ноября 2002 г. N 70).

По мнению Л.А. Новоселовой, такое решение проблемы "наиболее полно учитывает как цели, преследуемые сторонами при использовании валютной оговорки, так и норму закона, устанавливающего в качестве общего правила определение рублевого эквивалента на момент фактического платежа", однако вызывает сомнение с точки зрения определенности судебных актов. Ведь в этом случае судебное решение о взыскании суммы в рублях в размере, эквивалентном

определенному числу денежных единиц в иностранной валюте, "точного указания о размере взыскания не содержит, что может вызвать и вызывает на практике серьезные затруднения при его исполнении" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 42, 43.

В качестве примеров таких затруднений Л.А. Новоселова указывает на то, что судебному приставу-исполнителю "для определения взыскиваемой суммы необходимо производить расчет по определенному курсу на дату платежа (или даты платежей, если оплата будет производиться частями)". В случае исполнения судебных решений через банки и иные кредитные организации возникает другая проблема. "Обязанности указанных органов по расчету сумм подлежащих взысканию средств, - пишет Л.А. Новоселова, - в нормативном порядке не предусмотрены. Их роль состоит в списании со счетов средств на основании исполнительных документов; возложение на них функций определения взыскиваемой суммы противоречит их роли в процессе исполнения... Таким образом, исполнение вынесенных решений о взыскании не определенной, а определенной суммы в рублях в настоящее время нормативно и методологически не обеспечено" <*>.

<*> Там же. С. 43 - 44.

Выходит, что "серьезные затруднения" при исполнении судебных решений о взыскании рублевых сумм в размере, эквивалентном определенному числу денежных единиц в иностранной валюте, на самом деле сводятся к отсутствию необходимого нормативно-методологического обеспечения и, стало быть, могут быть сняты принятием соответствующих методических указаний соответственно Минюстом и Банком России. Именно таким образом эта проблема и должна быть решена!

По мнению же Л.А. Новоселовой, из всех названных ею возможных вариантов решения обсуждаемой проблемы наиболее оптимальным является тот, который предусматривает право суда определять сумму задолженности в рублях, исходя из интересов кредитора, либо на момент предъявления иска, либо на момент вынесения решения при сохранении за кредитором права требовать от должника "возмещения убытков, вызванных просрочкой уплаты долга, в том числе в виде убытков от обесценения валюты платежа в период просрочки, за которую должник отвечает, определяемых как разница между суммой в рублях по курсу на день вынесения решения (предъявления иска) и суммой в рублях по курсу на момент фактического платежа" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 42.

Представляется, однако, что данный вариант не может быть признан более оптимальным по сравнению с подходом, выработанным судебно-арбитражной практикой. Оставляемый суду выбор курса, по которому сумма задолженности, выраженной в иностранной валюте, переводится в сумму платежа в рублях (на дату предъявления иска либо на момент вынесения решения), сопряжен с

судейским усмотрением, что делает не вполне предсказуемым судебное решение и, более того, при определенных условиях может обернуться против интересов кредитора. Предлагаемая компенсация в виде сохранения за кредитором права требования к должнику о взыскании убытков от обесценения валюты платежа в период просрочки предполагает повторное обращение с иском в суд и полноценное рассмотрение в судебном порядке второго дела (после вынесения решения по делу о взыскании задолженности), основанного на тех же фактах и обстоятельствах, что является излишним обременением перегруженной судебной системы.

Тем не менее надо понимать, что применение того или иного варианта решения вопроса о том, на какой момент и по какому курсу определять сумму платежа в рублях, когда задолженность выражена в валюте, если не всецело, то в значительной степени зависит от самого кредитора, который может предъявить свое требование в твердой рублевой сумме, использовав для этого курс валют, действовавший на момент предъявления иска, а затем, до вынесения решения, при значительных колебаниях курса, заявить ходатайство суду об уточнении размера исковых требований, исходя из нового курса валют. Вместо этого кредитор вправе ходатайствовать перед судом о взыскании задолженности в рублях по курсу валют, который будет действовать на момент исполнения решения. Если кредитор остановит свой выбор на взыскании в рублях твердой суммы задолженности, определенной исходя из курса валют, действующего либо на дату предъявления, либо на дату вынесения судебного решения, он, конечно же, сохраняет за собой право требовать возмещения убытков, в том числе и тех, которые вызваны обесценением валюты платежа в период просрочки.

Исполнение заемного обязательства, объектом которого являются как денежные средства, так и вещи, определяемые родовыми признаками, может быть обеспечено различными способами, предусмотренными законодательством или договором. Наиболее распространенные способы обеспечения исполнения заемных обязательств - залог, поручительство и банковская гарантия. Во всех названных случаях неисполнение заемщиком обязательства по возврату займодавцу суммы займа (количества вещей, равного полученному) дает последнему право получить удовлетворение своих требований за счет третьих лиц, предоставивших обеспечение (поручителя, гаранта, залогодателя), или путем обращения взыскания на имущество заемщика, являющееся предметом залога (если в роли залогодателя выступает сам заемщик). Однако для заемщика данное обстоятельство служит основанием прекращения заемного обязательства лишь в случае обеспечения его исполнения банковской гарантией, когда гарант приобретает право регрессного требования к заемщику в размере суммы, выплаченной по банковской гарантии (ст. 379 ГК).

Если исполнение заемного обязательства обеспечивалось поручительством или залогом (когда в роли залогодателя выступало третье лицо), удовлетворение требований займодавца за счет такого обеспечения не прекращает обязательство, а ведет к замене кредитора - займодавца, поскольку в этом случае права кредитора по договору займа переходят соответственно к поручителю или залогодателю, так что для заемщика не снимается проблема надлежащего исполнения заемного обязательства.

Кроме того, любое обеспечение исполнения обязательств заемщика носит дополнительный характер и не освобождает последнего от исполнения своих обязательств. Так, акционерное общество открытого типа "Промышленно-строительный банк" (далее - банк) обратилось в арбитражный суд с иском к акционерному обществу закрытого типа "Октябрь" (заемщику) и главе фермерского хозяйства (залогодателю) о взыскании 134391666 руб. (неденоминированных) с обращением взыскания на заложенное имущество.

До принятия решения истец увеличил сумму иска до 151628611 руб. и в связи с отсутствием денежных средств у заемщика просил удовлетворить исковое требование за счет заложенного имущества.

Решением арбитражного суда с главы фермерского хозяйства были взысканы 110 млн. руб. основного долга и проценты за пользование денежными средствами по день уплаты основного долга путем обращения взыскания на заложенное имущество: административно-жилое здание общей площадью 312 кв. м. В иске к заемщику отказано. При проверке данного дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ решение отменил, а дело направил на новое рассмотрение.

Как следовало из материалов дела, по кредитному договору банк предоставил заемщику кредит в сумме 110 млн. руб. с уплатой 170% годовых за пользование денежными средствами.

В качестве обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору между банком (залогодержателем) и главой фермерского хозяйства (залогодателем) был заключен договор о залоге. Предметом залога явилось административно-жилое здание с земельным участком.

В соответствии со ст. 334 ГК РФ договор о залоге является обеспечительным, самостоятельного действия не имеет. Взыскание на заложенное имущество может быть обращено только при удовлетворении основного требования к должнику. В данном случае в удовлетворении искового требования к должнику отказано <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2002. N 1. С. 52.

Условие об обеспечении исполнения заемного обязательства или об обязанности заемщика предоставить такое обеспечение может содержаться непосредственно в тексте договора займа (в этом случае обязательство заемщика в соответствующей части приобретает консенсуальный характер). Акцессорные обязательства по обеспечению исполнения договора займа могут быть также оформлены отдельным договором, заключаемым между займодавцем и лицом, предоставившим обеспечение (договор залога, договор поручительства), либо односторонней сделкой, как это имеет место в случаях с банковской гарантией.

Независимо от того, как оформлено обеспечение (договорной обязанностью заемщика, предусмотренной договором займа, предоставить обеспечение либо отдельными договорами с третьими лицами), применительно к заемному обязательству во всех подобных случаях действует специальное правило о последствиях непредоставления, утраты или ухудшения обеспечения его исполнения. Согласно ст. 813 ГК при невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, займодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором.

Право требования, принадлежащее освобожденному от каких-либо обязанностей займодавцу в договоре займа, который, как неоднократно отмечалось, носит односторонний характер (в особенности, если речь идет о денежном займе), имеет все признаки объекта гражданских прав, приспособленного для свободного участия в имущественном обороте. Например, право требования погашения денежного долга нередко используется в качестве предмета соглашения о цессии. Уступка

права требования по заемному обязательству возможна как в полном объеме, так и в отношении части денежного долга вместе с требованием об уплате процентов или отдельно от такого требования (ст. 384 ГК).

Не менее распространенный характер в реальном имущественном обороте имеет использование права требования по заемному обязательству для прекращения иного денежного обязательства (по которому в роли должника выступает займодавец) зачетом встречного однородного требования (ст. 410 ГК).

Одной из особенностей правового регулирования договора займа следует признать наличие специфических последствий, предусмотренных на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения заемного обязательства. Ранее нам уже приходилось обращать внимание на некоторые правила о последствиях нарушения отдельных условий договора займа: о возвращении займа по частям (п. 2 ст. 811 ГК); о предоставлении обеспечения возврата суммы займа (ст. 813 ГК); о целевом использовании суммы займа (ст. 814 ГК), - которые, впрочем, во всех случаях сводятся к тому, что займодавец наделяется правом потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов. Причем, как следует из разъяснения, содержащегося в совместном Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 16), в случаях, когда на основании п. 2 ст. 811, ст. 813, п. 2 ст. 814 ГК займодавец вправе потребовать досрочного возврата суммы займа или его части вместе с причитающимися процентами, проценты в установленном договором размере (ст. 809 ГК) могут быть взысканы по требованию займодавца до дня, когда сумма займа в соответствии с договором должна была быть возвращена (т.е. за весь период, на который заемщику предоставлялась сумма займа в соответствии с договором).

В ГК (п. 1 ст. 811) предусмотрено также одно общее последствие нарушения заемщиком договора займа: в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК.

7. Проценты по договору займа

В гл. 42 ГК содержатся нормы о двух видах процентов, взыскиваемых по договору займа: согласно п. 1 ст. 809 ГК, если иное не предусмотрено договором, займодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке, определенных договором; при отсутствии в договоре такого условия размер процентов определяется ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части; согласно п. 1 ст. 811 ГК, если иное не предусмотрено законом или договором займа, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК.

Проценты первого вида (п. 1 ст. 809 ГК) символизируют возмездный характер договора займа и по своей правовой природе являются платой за пользование заемными средствами, которая с экономической точки зрения представляет собой компенсацию займодавцу утраченной последней возможности (в связи с передачей денежной суммы заемщику) получить прирост, который дало бы ему использование суммы займа в имущественном обороте. Такая квалификация названных

процентов по договору займа не вызывает возражений в юридической литературе, а с практической точки зрения означает, что при неуплате указанных процентов заемщиком в добровольном порядке сумма причитающихся займодавцу процентов взимается с заемщика по требованию займодавца судом по правилам взыскания основного долга. Именно на такой позиции основана и судебно-арбитражная практика, о чем может свидетельствовать одно из разъяснений, содержащихся в совместном Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14, согласно которому при рассмотрении споров, связанных с исполнением заемщиком обязанностей по возврату банковского кредита, суды должны учитывать, что проценты на сумму займа, уплачиваемые заемщиком в размере и в порядке, определенных п. 1 ст. 809 ГК, являются платой за пользование денежными средствами и подлежат уплате должником по правилам об основном денежном долге (п. 15).

Проценты второго вида (п. 1 ст. 811 ГК) по своей правовой природе являются одной из форм гражданско-правовой ответственности. С.А. Хохлов по этому поводу писал: "Статья 811 устанавливает новые правила о последствиях просрочки возврата суммы займа. Такая просрочка рассматривается как один из случаев неправомерного пользования чужими денежными средствами, влекущего обязанность заемщика, если иное не предусмотрено договором или законом, уплатить проценты в размере, предусмотренном пунктом 1 статьи 395. В настоящее время размер таких процентов определяется ставкой рефинансирования, установленной Банком России. Уплата процентов за просрочку производится сверх процентов, начисленных на сумму займа в соответствии со статьей 809 в качестве вознаграждения за предоставление займа" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 424.

Именно такой подход обнаруживает себя в настоящее время в судебно-арбитражной практике: в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 15) мы находим целый ряд разъяснений, очевидно свидетельствующих об отношении к процентам, предусмотренным ст. 395 ГК (применительно к договору займа - п. 1 ст. 811 ГК), как к одной из мер гражданско-правовой ответственности, подпадающей под регулирование норм гл. 25 ГК "Ответственность за нарушение обязательств".

Согласно п. 4 названного Постановления проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК, по своей природе отличаются от процентов, подлежащих уплате за пользование денежными средствами, представленными по договору займа (ст. 809 ГК), кредитному договору (ст. 819 ГК) либо в качестве коммерческого кредита (ст. 823 ГК). Суд должен определить, требует ли истец уплаты процентов за пользование денежными средствами, предоставленными в качестве займа или коммерческого кредита, либо существо требования составляет применение ответственности за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК). Проценты, предусмотренные п. 1 ст. 811 ГК, прямо названы мерой гражданско-правовой ответственности (п. 15 ранее упомянутого Постановления).

В совместном Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 выделяется особенность применения этой меры ответственности, состоящая в том, что отсутствие у должника денежных средств, необходимых для уплаты долга по обязательству, связанному с осуществлением им предпринимательской деятельности, не является основанием для освобождения должника от уплаты процентов, предусмотренных ст. 395 ГК.

Относительно этой меры ответственности даются разъяснения о применении правил об ответственности должника за действия третьих лиц (ст. 403 ГК) и о просрочке кредитора (ст. 406 ГК).

В частности, судам предложено учитывать, что согласно ст. 403 ГК в случае нарушения денежного обязательства третьими лицами, на которых было возложено его исполнение, проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, взыскиваются не с этих лиц, а с должника на тех же основаниях, что и за собственные нарушения, если законом не установлено, что такую ответственность несет третье лицо, являющееся непосредственным исполнителем (п. 9 вышеназванного Постановления).

В том случае, когда кредитор отказался принять предложенное должником надлежащее исполнение или не совершил действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором, либо вытекающих из обычаев делового оборота или из существа обязательства, до совершения которых должник не мог исполнить своего обязательства (не сообщил данные о счете, на который должны быть зачислены средства, и т.п.), кредитор считается просрочившим, и на основании п. 3 ст. 406 ГК должник не обязан платить проценты за время просрочки кредитора (п. 10 рассматриваемого Постановления).

Таким образом, на сегодняшний день можно констатировать, что сложилась судебная арбитражная практика, которая однозначно исходит из того, что проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренные ст. 395 ГК (а стало быть, и ст. 811 ГК), по своей правовой природе относятся к мерам гражданско-правовой ответственности.

Такой подход в настоящее время находит поддержку и в юридической литературе. Например, Л.А. Новоселова отмечает, что "избранный судебной практикой подход к определению правовой природы годовых процентов, установленных п. 1 ст. 395 ГК РФ, объясняется прежде всего тем, что возможность начисления процентов законодатель связывает с противоправным поведением должника, с фактом нарушения денежного обязательства. Главным для определения природы данной меры воздействия является указание на "неисполнение денежного обязательства", "неправомерность" удержания денежных средств. Сама цель компенсации (оплаты) за пользование чужим капиталом в связи с этим отходит на второй план и не может быть положена в основу правовой квалификации, поскольку такая цель характерна для всех видов гражданско-правовой ответственности, за исключением разве что штрафной неустойки" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 54.

Д.А. Медведев указывает: "Ответственность в договоре займа также носит односторонний характер. Нарушение заемщиком договора (просрочка возврата суммы долга) влечет для него последствия, установленные ст. 811 ГК. Они заключаются в возложении на заемщика обязанности по уплате процентов за неисполнение денежного обязательства, предусмотренной в общей форме ст. 395 ГК... Таким образом, начисление двух разновидностей процентов происходит кумулятивно, путем сложения процентов - цены займа и процентов-ответственности" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 433 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

К аналогичным выводам пришел и Е.А. Суханов, который подчеркивает, что "если в конкретном договоре займа не говорится о его возмездном или безвозмездном характере и не установлен размер процентов за взятые займы деньги, а также не предусмотрены санкции на случай просрочки их возврата, то, во-первых, этот договор считается возмездным, а размер подлежащих уплате процентов определяется ставкой рефинансирования, во-вторых, в случае просрочки возврата суммы долга заемщик должен будет не только вернуть ее с указанными процентами (начисленными до момента возврата всей суммы займа), но еще и уплатить в качестве санкции проценты на основную сумму долга по той же ставке рефинансирования за все время просрочки" <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 209 - 210 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Вместе с тем с момента введения в действие части первой ГК, включающей ст. 395, не прекращается дискуссия по вопросу о том, к какой из известных форм гражданско-правовой ответственности следует относить проценты за пользование чужими денежными средствами, предусмотренные указанной статьей.

Некоторые авторы полагают, что проценты представляют собой форму возмещения убытков, причиненных кредитору в связи с неисполнением должником денежного обязательства. Так, в одном из последних комментариев к части второй ГК можно обнаружить следующее утверждение: "В п. 1 ст. 811 речь идет об ответственности заемщика, не возвратившего в установленный договором срок сумму займа. Он должен возместить займодавцу убытки, размер которых определяется в порядке, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК. Иными словами, на сумму долга подлежат уплате проценты в размере, определенном в названной статье, и за период времени, определенный в п. 1 ст. 811. Необходимо, однако, учесть, что как федеральным законом, так и самим договором может быть предусмотрен другой размер процентов, подлежащих выплате заемщиком при невозврате долга" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. С. 501 - 502.

В последние годы особенно активно (и довольно своеобразно) отстаивает взгляд на проценты как на форму возмещения убытков в виде упущенной выгоды В.А. Белов, который, основываясь на том, что "на практике ставки коммерческих банков по депозитам и вкладам равны (вклады до востребования) либо более (краткосрочные вклады) или менее (долгосрочные вклады) близки по величинам к ставке рефинансирования (учетной ставке) Банка России", приходит к следующему выводу: "Учитывая, что толкованием понятия "учетная ставка", принятым в российской арбитражной практике, является именно его понимание как ставки рефинансирования Банка России, можно заключить, что по крайней мере практика применения ст. 395 ГК позволяет кредиторам взыскивать со своих должников неполученные доходы (упущенную выгоду)".

"На наш взгляд, - пишет далее В.А. Белов, - порядок определения, взыскания и природа неполученных доходов ничем не отличаются от характеристики процентов, исчисляемых на основании ст. 395 ГК... А основанием взыскания процентов является не сам факт неисполнения денежного обязательства... а факт пользования чужими денежными средствами, явившийся

следствием такого неисполнения" <*>. При этом автора нисколько не смущает то обстоятельство, что в самой ст. 395 ГК имеется положение, определяющее зачетный характер процентов за пользование чужими денежными средствами по отношению к убыткам (надо полагать, и той их части, которая признается упущенной выгодой). "Поскольку упущенная выгода - это часть убытков, - рассуждает В.А. Белов, - вполне естественно, что уплата суммы упущенной выгоды возмещает часть убытков, а следовательно, все остальные убытки взыскиваются в части, не покрытой суммой взысканной упущенной выгоды" <***>. "Итак, - заключает он, - проценты, начисляемые в соответствии с нормами ст. 395 ГК, по своей юридической природе есть не что иное, как предполагаемый размер упущенной выгоды. Это предположение может опровергать должник, доказав отсутствие пользования денежными средствами или пользование ими таким образом, который привел к получению доходов в меньшем размере, и кредитор, доказав факт получения доходов должником в размере большем, чем сумма начисленных процентов" <***>.

<*> Белов В.А. Указ. соч. С. 104 - 105.

<***> Белов В.А. Указ. соч. С. 106.

<***> Там же.

Очевидно, что в рассуждениях В.А. Белова, особенно при формулировании окончательного вывода, активно эксплуатируется одно из законоположений, касающихся определения размера упущенной выгоды (п. 2 ст. 15 ГК), согласно которому, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере, не меньшем, чем такие доходы. Однако данная норма не имеет никакого отношения к процентам за пользование чужими денежными средствами, предусмотренным ст. 395 ГК.

Складывается впечатление, что рассуждения В.А. Белова могли бы приобрести логическую стройность и последовательность, если бы из текста ГК была изъята ст. 395 со всеми содержащимися в ней специальными правилами о процентах, взимаемых за неправомерное пользование чужими денежными средствами. В этом случае кредитор для обоснования размера убытков (в форме упущенной выгоды) действительно мог бы воспользоваться ставкой рефинансирования в качестве расчетного показателя (наиболее близкого к значениям ставок по вкладам и депозитам), а должник мог бы добиться опровержения расчета кредитора, "доказав отсутствие пользования денежными средствами или пользование ими таким образом, который привел к получению доходов в меньшем размере", если, конечно, кредитор не докажет "факт получения доходов должником в размере большем, чем сумма начисленных процентов" (как себе представляет существо их спора В.А. Белов).

Однако такая "виртуальная" ситуация оказывается совершенно невозможной в условиях, когда соответствующие правоотношения регулируются специальными нормами, содержащимися в ст. 395 ГК.

Во-первых, предусмотренные данной статьей проценты взимаются не только за фактическое пользование чужими денежными средствами, но и во всяком случае, когда имеют место их неправомерное удержание, уклонение от их возврата, просрочки в их уплате. На это обстоятельство, в частности, было обращено внимание в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. N 6/8

"О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации". Согласно п. 50 данного Постановления проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК, подлежат уплате независимо от того, получены чужие денежные средства в соответствии с договором либо при отсутствии договорных отношений; как пользование чужими денежными средствами следует квалифицировать также просрочку уплаты должником денежных сумм за переданные ему товары, выполненные работы, оказанные услуги. Напротив, не имеет никакого правового значения, получил ли должник какие-либо доходы от пользования чужими денежными средствами.

Во-вторых, размер процентов за пользование чужими денежными средствами определяется ставкой рефинансирования лишь в том случае, если сами стороны в договоре не установят иной размер процентов, взимаемых за просрочку денежного обязательства. В этом случае практически утрачивается та мифическая связь между ставкой рефинансирования и упущенной выгодой кредитора, о которой говорит В.А. Белов.

В-третьих, если сумма подлежащих уплате процентов за просрочку денежного обязательства определена (по ставке рефинансирования или по договорной ставке), то никакие доказательства со стороны должника или кредитора относительно предполагаемых или фактически полученных должником доходов не могут оказать никакого влияния на ее взыскание (именно потому, что уплата указанных процентов не является возмещением убытков, причиненных кредитору просрочкой погашения денежного долга).

Узаконенные проценты, взимаемые за просрочку денежного обязательства, не могут быть признаны разновидностью убытков и в силу формально-юридических причин: определяя зачетный по отношению к убыткам характер процентов и предусматривая правило о взыскании убытков в части, не покрытой процентами (п. 2 ст. 395 ГК), законодатель никак не мог исходить из того факта, что указанные проценты являются убытками. Кроме того, в целом ряде иных норм, содержащихся в ГК (ст. ст. 337, 363, 365, 384 и др.), можно обнаружить понятия "убытки", "проценты", "неустойка", употребляемые в качестве отдельных самостоятельных категорий, обозначающих различные меры гражданско-правовой ответственности.

Не менее распространенной в юридической литературе является точка зрения, согласно которой узаконенные проценты за пользование чужими денежными средствами, предусмотренные ст. 395 и п. 1 ст. 811 ГК, признаются не чем иным, как законной неустойкой. Например, Д.А. Медведев пишет: "В литературе возник вопрос о юридической природе ответственности за неисполнение денежного обязательства, предусмотренной ст. 395 ГК. Казалось бы, сущность обязанности, заложенной в данной статье, раскрывается самим ее названием - речь идет об имущественной ответственности в форме зачетной неустойки" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 433 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

Такой же позиции придерживается Е.А. Суханов, который подчеркивает, что в случаях, подпадающих под действие п. 1 ст. 811 ГК, "применяются правила ст. 395 ГК, предусматривающие уплату процентов при просрочке исполнения денежного обязательства (если, конечно, иное последствие нарушения заемщиком своих обязательств - в виде специально определенной неустойки, в том числе в форме "повышенных процентов", - не предусмотрено в самом договоре займа)". "Они

подлежат уплате, - продолжает Е.А. Суханов, - со дня, когда сумма займа подлежала возврату, до дня ее фактической уплаты и, будучи законной неустойкой, взыскиваются наряду с определенными договором или законом процентами как платой за кредит (последние подлежат уплате за все время фактического пользования заемщиком суммой займа)" <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 209 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

При таком подходе, когда узаконенные проценты, взимаемые за просрочку исполнения денежного обязательства, признаются законной неустойкой, с формально-юридической точки зрения невозможно объяснить позицию законодателя, который ввел дифференцированное правовое регулирование названных правовых категорий и установил в отношении узаконенных процентов специальный правовой режим, отличный от режима законной неустойки.

Что же касается существа соответствующих правоотношений, то можно согласиться со справедливым замечанием Л.А. Новоселовой: "Взыскание годовых процентов при просрочке денежного обязательства и "убытков" имеет одну цель - компенсировать потери кредитора, возместить его убытки. В принципе те же цели преследует и требование о неустойке. Разграничение мер ответственности производится, исходя из предусмотренных законодательством особенностей механизма возмещения: наличия обязанности кредитора доказывать факт и размер убытков, необходимости учета субъективных оснований ответственности и т.д." <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 59.

Л.А. Новоселова отмечает два формальных обстоятельства, отличающих узаконенные проценты от неустойки:

"Во-первых, проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК РФ, не названы законодателем неустойкой (пеней)", хотя "ничто не препятствовало законодателю прямо определить природу применяемых при просрочке исполнения денежного обязательства санкций, назвав их неустойкой (пеней).

Во-вторых, при определенном сходстве правил, определяющих соотношение рассматриваемых санкций с убытками, тем не менее имеются и весьма существенные различия. Так, п. 1 ст. 394 ГК РФ допускает возможность установления законом или договором различного соотношения убытков и неустойки (установления исключительной, штрафной или альтернативной неустойки). Пункт 2 ст. 395 ГК РФ исключает возможность установления иного (кроме зачетного) соотношения между процентами и убытками" <*>.

<*> Там же. С. 67 - 68.

К этому можно добавить еще один формальный признак, очевидно отличающий узаконенные

проценты от законной неустойки. В соответствии с п. 2 ст. 332 ГК размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает. В отношении размера процентов действует иное правило: норма о том, что размер процентов определяется существующей в месте жительства кредитора, а если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части, и норма о праве суда при взыскании долга в судебном порядке удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения, подлежат применению только в том случае, если иной размер процентов не установлен законом или договором (п. 1 ст. 395 ГК). Следовательно, применительно к процентам, предусмотренным ст. 395 ГК, стороны своим соглашением могут определить размер процентов по своему усмотрению, который может как превышать учетную ставку (ставку рефинансирования), так и быть значительно ниже указанной ставки.

К сожалению, Л.А. Новоселова полагает, что "разграничение неустойки (пени), начисляемой при просрочке исполнения денежного обязательства, и процентов, предусмотренных п. 1 ст. 395, рассматриваемых как форма ответственности, в большей степени основывается на формально-юридических признаках" <*> и не находит серьезных различий между неустойкой и процентами, предусматриваемыми ст. 395 ГК, которые вытекали бы из существа соответствующих правоотношений.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 68.

В частности, Л.А. Новоселова критически относится к ранее высказанной в юридической литературе точке зрения, согласно которой особенности процентов годовых, превращающие их в самостоятельную форму гражданско-правовой ответственности, состоят не столько в специфике их исчисления, доказывания и применения, как это имеет место в случае с убытками и неустойкой, сколько в специфическом предмете самого денежного обязательства, поскольку в денежных обязательствах исключается невозможность исполнения, а отсутствие у должника необходимых денежных средств ни при каких условиях, даже при наличии обстоятельств, которые могут быть квалифицированы как непреодолимая сила, не может служить основанием для освобождения должника от ответственности за неисполнение денежного обязательства. Поскольку основанием прекращения денежного обязательства является по общему правилу его надлежащее исполнение, должник не может быть освобожден от ответственности за его исполнение, и проценты годовых как особая форма ответственности по денежным обязательствам должны взыскиваться без учета норм, содержащихся в ст. ст. 401 и 416 ГК <*>.

<*> Подробнее об этом см: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 556 - 560.

По мнению Л.А. Новоселовой, логическим следствием признания узаконенных процентов одной из форм гражданско-правовой ответственности "является необходимость применения общих положений гражданского законодательства об ответственности, в том числе и норм ст. 401 ГК РФ". "В практике Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, - отмечает Л.А. Новоселова, - применение мер, предусмотренных ст. 395 ГК РФ, достаточно устойчиво связывалось с

необходимостью учета оснований ответственности.

В частности, при неисполнении денежных обязательств, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, ответственность в форме годовых процентов применялась с учетом вины должника, если иное не предусматривается законом или договором" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 60 - 61.

Действительно, по общему правилу должник, не исполнивший обязательства (не связанного с осуществлением последним предпринимательской деятельности) либо исполнивший его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины; бремя доказывания отсутствия вины возложено на самого должника (п. 1 ст. 401 ГК). Вместе с тем вопрос о вине должника (либо о его невинности) возникает лишь тогда, когда речь идет о невозможности исполнения обязательства, что в первую очередь и должен доказать должник. В случае, когда должник не исполняет обязательство, несмотря на то что имеет возможность его исполнить, его вина явствуется сама собой. И в этом смысле с точки зрения права не имеет значения, имел ли должник намерение причинить кредитору убытки либо просто не проявил диктуемую имущественным оборотом степень заботливости и осмотрительности и в результате не принял меры, необходимые для исполнения обязательства надлежащим образом <*>.

<*> Подробнее об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 591 - 614.

Специфика же денежных обязательств, как это, например, было убедительно показано Л.А. Лунцем, состоит в том, что для должника всегда возможно его надлежащее исполнение <*>. Поэтому ситуация, когда бы исполнение денежного обязательства оказалось для должника невозможным, в принципе исключается. Следовательно, применительно к денежному обязательству должно быть исключено и такое условие ответственности за его неисполнение или ненадлежащее исполнение, как вина должника.

<*> См.: Лунц Л.А. Указ. соч. С. 104 - 107.

Образцом для такого, прямо скажем, желательного подхода судебно-арбитражной практики к решению вопроса о вине должника по денежному обязательству может служить выработанный той же судебно-арбитражной практикой подход к ответственности должника за неисполнение денежного обязательства, связанного с осуществлением им предпринимательской деятельности, закрепленный обязательным для всех судов разъяснением, содержащимся в п. 5 Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14. Согласно названному разъяснению суды должны учитывать, что в соответствии с п. 3 ст. 401 ГК отсутствие у должника денежных средств, необходимых для уплаты долга по обязательству, связанному с осуществлением им предпринимательской деятельности, не является основанием для освобождения должника от уплаты процентов, предусмотренных ст. 395 Кодекса.

Необходимо обратить внимание на то, что общее правило о форс-мажоре как основании освобождения от ответственности выражено в следующей формуле: "...лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось НЕВОЗМОЖНЫМ (выделено нами. - В.В.) вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств" (п. 3 ст. 401 ГК). Очевидно, что непреодолимая сила не может выполнять роль основания освобождения должника от ответственности за неисполнение денежного обязательства именно вследствие того, что в отношении такого рода обязательств у должника (даже при отсутствии денег) всегда имеется возможность для его надлежащего исполнения. Очевидно также, что данное обстоятельство (всегда наличествующая возможность исполнения денежного обязательства) нисколько не зависит от того, связано ли соответствующее обязательство с осуществлением должником предпринимательской деятельности.

Представляется, что аналогичный подход был бы логически оправданным и при применении ответственности в виде узаконенных процентов по ст. 395 ГК за неисполнение или просрочку исполнения "обычных" денежных обязательств, не связанных с предпринимательской деятельностью, поскольку и в этом случае отсутствие у должника денег не делает невозможным исполнение соответствующего обязательства (независимо от вины последнего) и, стало быть, не может служить основанием освобождения должника от ответственности.

Очевидным свидетельством того обстоятельства, что в судебно-арбитражной практике узаконенные проценты за пользование чужими денежными средствами рассматриваются в качестве самостоятельной формы гражданско-правовой ответственности, отличной от неустойки, являются постановка и решение проблемы определения соотношения процентов по ст. 395 ГК и неустойки за просрочку денежного обязательства в ситуации, когда последняя предусмотрена законом или договором.

В Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 6) имеются следующие разъяснения по данному вопросу. В денежных обязательствах, возникших из договоров, в частности предусматривающих обязанность должника произвести оплату товаров, работ или услуг либо уплатить полученные на условиях возврата денежные средства, на просроченную уплатой сумму подлежат начислению проценты на основании ст. 395 ГК. В тех случаях, когда законом либо соглашением сторон предусмотрена обязанность должника уплачивать неустойку (пени) при просрочке исполнения денежного обязательства, суды должны исходить из того, что кредитор вправе предъявить требование о применении одной из этих мер, не доказывая факта и размера убытков, понесенных им при неисполнении денежного обязательства, если иное прямо не предусмотрено законом или договором.

Непосредственное отношение к рассматриваемой проблеме имеет разъяснение, также данное в вышеуказанном Постановлении от 8 октября 1998 г. N 13/14, согласно которому если определенный в соответствии со ст. 395 ГК размер (ставка) процентов, уплачиваемых при неисполнении или просрочке исполнения денежного обязательства, явно несоразмерен последствиям просрочки исполнения денежного обязательства, суд, учитывая компенсационную природу процентов, применительно к ст. 333 ГК (т.е. в силу аналогии закона) вправе уменьшить ставку процентов, взыскиваемых в связи с просрочкой исполнения денежного обязательства. При этом должны учитываться изменения размера ставки рефинансирования Банка России в период просрочки, а также иные обстоятельства, влияющие на размер процентных ставок (п. 7 рассматриваемого Постановления).

В пользу самостоятельного характера такой меры гражданско-правовой ответственности, как узаконенные проценты, взимаемые за просрочку денежного обязательства (ст. 395 ГК), свидетельствует и особый понятийный аппарат, характерный только для данной меры ответственности. Например, когда говорят об ответственности в виде повышенных процентов по договору займа или по кредитному договору, имеют в виду ситуации, когда в соответствующем договоре установлено увеличение размера процентов (первоначально назначенных в качестве платы за пользование суммой займа или кредита) в связи с просрочкой уплаты долга; размер ставки, на которую увеличивается плата за пользование займом в судебно-арбитражной практике, считается иным размером процентов, установленных договором в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК. Поэтому при наличии в одном договоре займа (кредита) условий о начислении при просрочке возврата долга повышенных процентов, а также неустойки за то же нарушение (за исключением штрафной) кредитор вправе предъявить требование о применении только одной из названных мер ответственности.

К такой мере ответственности, как узаконенные проценты за просрочку денежного обязательства, относится и специфическая проблема так называемых сложных процентов (процентов на проценты). Например, в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 15) имеется разъяснение, согласно которому на сумму несвоевременно уплаченных процентов за пользование заемными средствами, когда они подлежат уплате до срока возврата основной суммы займа, проценты на основании п. 1 ст. 811 ГК не начисляются, если иное прямо не предусмотрено законом или договором.

Таким образом, проценты, взимаемые за неисполнение (просрочку исполнения) денежных обязательств (ст. ст. 395, 811 ГК) являются самостоятельной (наряду с возмещением убытков и уплатой неустойки) формой гражданско-правовой ответственности. Применительно к договору займа ст. 811 ГК устанавливает ответственность (не являющуюся неустойкой) за просрочку исполнения денежного обязательства (невозврат займа) в форме узаконенных процентов (ст. 395 ГК), исчисляемую в процентах к основной сумме долга. Указанная ответственность применяется в связи с просрочкой возврата суммы займа и влечет начисление процентов на сумму займа без учета начисленных процентов за пользование заемными средствами, т.е. платы за пользование заемными средствами (п. 1 ст. 809 ГК).

8. Недействительность договора займа

Проблемы недействительности договора займа, на наш взгляд, заслуживают отдельного рассмотрения по той причине, что в судебно-арбитражной практике нередко встречаются случаи, когда в ответ на требование кредитора о возврате суммы займа (или определенного количества вещей, переданных взаймы) заемщиком выдвигается довод о недействительности договора займа (в том числе оформляемый встречным иском заявлением). Недействительность (ничтожность) договора займа иногда констатируется и по инициативе судов, арбитражных судов. Кроме того, применение последствий недействительности договора займа сопряжено с определенными трудностями, связанными, в частности, с его возмездным характером.

При рассмотрении подобных споров, конечно же, учитывается то обстоятельство, что договор займа носит реальный характер. По этой же причине сделку займа можно считать состоявшейся лишь с момента передачи займодавцем денег или вещей, определяемых родовыми признаками и служащих объектом займа, заемщику. Только с этого момента договор займа (как сделка) приобретает черты

юридического факта, который выступает в качестве необходимого основания соответствующего правоотношения - заемного обязательства, и, стало быть, только в этом случае можно оценивать данный юридический факт с точки зрения закона, т.е. соблюдения сторонами при совершении соответствующей сделки всех условий и требований, предъявляемых к ней законодательством.

В отличие от договоров консенсуальных, в отношении которых мы всегда имеем возможность четко развести во времени моменты их оценки и в качестве сделки (действительность или недействительность договора), и в качестве правоотношения (признание договора заключенным или незаключенным), оценка реального договора, каковым является договор займа, в обоих аспектах (и как сделки, и как правоотношения) должна осуществляться применительно к моменту передачи имущества, являющегося объектом займа, заемщику.

Иными словами, когда речь идет о консенсуальном договоре, должна соблюдаться определенная последовательность его оценки: сначала указанный договор оценивается как сделка, в результате чего мы должны получить ответ на вопрос о том, может ли данная сделка быть признана юридическим фактом, способным породить соответствующее правоотношение (договорное обязательство); только в случае положительного ответа на первый вопрос (при признании договора действительной сделкой) мы можем оценивать само правоотношение (вернее, договор в аспекте "договор - правоотношение"), т.е. ответить на второй вопрос о том, содержит ли данное правоотношение - договорное обязательство все условия, необходимые для признания его существующим (достигнуто ли сторонами в надлежащей форме соглашение по всем существенным условиям договора). Таким образом, вопрос о признании договора заключенным или, напротив, незаключенным может быть поставлен и рассмотрен лишь в отношении договора, являющегося действительной сделкой.

Реальный характер договора займа означает, что основанием возникновения заемного обязательства является сложный состав: помимо достижения сторонами соответствующего соглашения (в необходимых случаях - в письменной форме) требуется также, чтобы на основе этого соглашения объект займа был передан заемщику. До этого момента мы не можем говорить о договоре займа ни как о сделке, порождающей заемное правоотношение (обязательство), ни как о самом правоотношении. Именно данным обстоятельством было продиктовано включение в ГК (ст. 812) нормы, наделяющей заемщика правом оспаривать договор займа по его безденежности. Правда, содержащаяся в данной статье (п. 3) норма о последствии доказательства факта безденежности договора займа (т.е. того обстоятельства, что деньги или другие вещи, служащие объектом займа, в действительности не передавались заемщику), а именно о признании такого договора незаключенным, не вполне точно отражает правовую природу категории "безденежность договора займа". В этом случае правильнее было бы говорить о признании договора займа (в качестве сделки) несостоявшимся, поскольку речь идет именно о том, что отсутствует основание возникновения заемного правоотношения, а не о том, что соответствующий юридический факт (сделка) имел место, но стороны не достигли соглашения по всем необходимым условиям заемного обязательства, как того требует ст. 432 ГК.

Использование неудачной терминологии приводит к тому, что применительно к договору займа на первый взгляд изменяется последовательность его оценки: сначала он должен быть признан заключенным (на самом деле состоявшимся), и только в этом случае появляется возможность его оценивать в качестве действительной или недействительной сделки. Однако подобная ситуация возможна лишь тогда, когда речь идет об оспаривании договора займа по его безденежности. Во всех иных случаях последовательность оценки договора займа - сначала с точки зрения его действительности (недействительности) как сделки, а затем (при том условии, что договор займа -

действительная сделка) с точки зрения согласования сторонами всех существенных условий заемного обязательства для признания договора займа соответственно заключенным или незаключенным, - характерная для консенсуальных договоров, сохраняет свое значение. Во всяком случае, отсутствие предварительной оценки договора займа с точки зрения возможности признания его заключенным (по основаниям иным, нежели безденежность договора займа) никак не может служить препятствием для рассмотрения судом, арбитражным судом спора о признании данного договора (как сделки) недействительным по самым различным основаниям, предусмотренным законодательством. Свидетельством этого являются многочисленные примеры из судебной-арбитражной практики.

Так, индивидуальным предпринимателем Г. (займодавец) был предъявлен иск к другому индивидуальному предпринимателю Б. (заемщик) о взыскании с последнего 62 тыс. руб., составляющих просроченную задолженность по договору займа. Решением арбитражного суда первой инстанции иски требования займодавца были удовлетворены, постановлением апелляционной инстанции данное решение оставлено без изменений.

В своей кассационной жалобе заемщик просил состоявшиеся по делу судебные акты отменить и в иске отказать, поскольку, по его мнению, договор займа следует считать недействительной сделкой, так как, по утверждению ответчика, он этот договор не подписывал.

При рассмотрении дела в кассационной инстанции было установлено, что по договору займа предпринимателем Г. предоставлен предпринимателю Б. краткосрочный заем на сумму 62 тыс. руб. на срок до 25 февраля 2002 г. В договоре займа имелся пункт, где было указано, что деньги получены заемщиком в момент подписания договора. Данное обстоятельство (получение суммы займа) удостоверялось также расходным ордером займодавца, свидетельствующим о выдаче предпринимателю Б. суммы займа в размере 62 тыс. руб. Более того, в ходе судебного заседания заемщик признал свою подпись на договоре займа.

В постановлении кассационной инстанции об оставлении решения арбитражного суда и постановления апелляционной инстанции без изменения отмечается, что арбитражный суд путем толкования договора займа пришел к правильному выводу о том, что денежные средства действительно были переданы ответчику в момент подписания договора займа, а пункт договора, удостоверяющий получение заемщиком 62 тыс. руб., играет роль расписки последнего. В постановлении специальным образом подчеркивается, что в материалах дела отсутствуют данные о том, что в ходе судебного разбирательства ответчиком заявлялись какие-либо требования об оспаривании договора займа по его безденежности <*>.

<*> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 18 февраля 2003 г. N А78-1912/02-С1-16/56-ФО2-247/03-С2 // Справочные правовые системы.

По другому делу арбитражный суд удовлетворил иск открытого акционерного общества (ОАО) "Интур-Холдинг Компания" (займодавец) о взыскании с ОАО "Интур-Сокольники" (заемщик) суммы невозвращенных заемных средств и начисленных на них процентов по договору займа от 12 мая 1997 г. При рассмотрении этого дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ установил следующее.

Как следовало из материалов дела, между ОАО "Интур-Холдинг Компания" и ОАО "Интур-Сокольники" был заключен договор займа в долларах США на финансирование строительства

гостиницы "Сокольники". Срок возврата заемных средств был предусмотрен после приема гостиницы "Сокольники" государственной комиссией. Дополнительным соглашением к договору стороны установили процентную ставку за пользование заемными средствами в размере 20% годовых по срочной задолженности и 25% годовых по просроченной. Срок возврата денежных средств был продлен до 31 декабря 1999 г. Все платежи по договору должны были осуществляться в рублях по курсу Банка России на день платежа. Поскольку ответчиком заемные средства не были возвращены, ОАО "Интур-Холдинг Компания" обратилось в арбитражный суд с иском о взыскании с ответчика задолженности по договору займа.

Принимая решение об удовлетворении исковых требований, суд исходил из того, что предоставление заемных средств подтверждено актом сверки затрат по финансированию строительства, подписанным обеими сторонами.

Согласно ст. 807 ГК договор займа считается заключенным с момента передачи денежных средств или вещей. Между тем в материалах дела какие-либо документы, свидетельствующие о передаче обществом "Интур-Холдинг Компания" денежных средств заемщику по спорному договору, отсутствовали.

В акте сверки указывалось, что в 1992 г. на основании письма общества "Интур-Сокольники" ему было передано 1999965,32 дол. США, позже платежным поручением от 11 марта 1992 г. обществу перечислено еще 100 тыс. дол. США.

Однако, как выяснилось, ОАО "Интур-Сокольники" было зарегистрировано как юридическое лицо только 2 июня 1992 г., что подтверждалось свидетельством о регистрации, выданным Московской регистрационной палатой.

Из этого следует, что ОАО "Интур-Холдинг Компания" не могло в 1991 - 1992 гг. предоставлять денежные средства ответчику, так как в этот период ОАО "Интур-Сокольники" не существовало в качестве юридического лица.

Поскольку судом не дана надлежащая правовая оценка договору займа, не исследован вопрос о предоставлении заемных средств, вывод суда о подтверждении задолженности ответчика по договору займа был признан ошибочным.

Кроме того, 24 апреля 2002 г. (до принятия решения по данному делу) арбитражным судом по другому делу было вынесено определение о принятии заявления Московского земельного комитета о признании несостоятельным (банкротом) ОАО "Интур-Сокольники" и назначен временный управляющий.

В соответствии с Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)" с момента вынесения арбитражным судом определения о принятии заявления о признании банкротом имущественные требования к должнику могли быть предъявлены только с соблюдением порядка предъявления требований к должнику, установленного указанным Федеральным законом. Данное обстоятельство также судом учтено не было.

В связи с тем что решение было принято без учета всех обстоятельств дела, имеющих существенное значение для правильного разрешения спора, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ его отменил и направил дело на новое рассмотрение <*>.

К сожалению, в судебно-арбитражной практике нередко выявляются факты, когда участники имущественного оборота (зачастую в преддверии своего банкротства) искусственно создают задолженности перед определенными (как правило, заинтересованными) кредиторами путем заключения с указанными кредиторами договоров займа в целях надления их возможностью реального влияния на судьбу должника при проведении в отношении него процедур банкротства. В подобных ситуациях иные кредиторы должника располагают единственным средством защиты своих прав и законных интересов, а именно правом на подачу иска о признании соответствующего договора займа недействительным.

Так, открытое акционерное общество "Реалбаза N 1" обратилось в арбитражный суд с иском с открытому акционерному обществу "РТИ-Каучук" и открытому акционерному обществу "Михайловский ГОК" о признании недействительным на основании ст. ст. 166, 168, 807 и 815 ГК РФ договора займа, заключенного между ОАО "Михайловский ГОК" (займодавцем) и ОАО "РТИ-Каучук" (заемщиком), и применении последствий недействительности сделки.

Решением суда в удовлетворении иска было отказано.

Отказывая истцу в иске о признании недействительным договора займа от 10 февраля 2002 г. с дополнительным соглашением к нему о предоставлении займа в форме простых беспроцентных векселей, суд первой инстанции исходил из того, что договор займа не был заключен, поскольку денежные средства займодавцем заемщику не передавались, подтверждения платежей по векселям суду не представлено. Суд указал, что вексель как безусловное денежное обязательство по своей природе не может быть объектом займа, так как займодавец фактически становится должником по денежному обязательству, а в соответствии со ст. 413 ГК обязательство прекращается совпадением должника и кредитора в одном лице.

Постановлением апелляционной инстанции решение изменено. Из мотивированной части исключен вывод суда о том, что договор займа не заключен и должник и кредитор совпадают в одном лице. В остальной части решение оставлено без изменения.

Суд апелляционной инстанции обосновал свое постановление тем, что в силу ст. 421 ГК стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Договор займа с дополнительным соглашением не противоречит указанной статье, и оснований для признания его незаключенным не имеется. Однако истец не обосновал свою заинтересованность в обращении с иском и не указал, каким образом заключение этого договора займа нарушило его права и интересы.

Арбитражный суд кассационной инстанции своим постановлением оставил постановление апелляционной инстанции без изменения. Суд кассационной инстанции исходил из того, что спорный договор - договор купли-продажи векселей с отсрочкой платежа - является заключенным, и согласился с выводом суда апелляционной инстанции о недоказанности истцом своей заинтересованности в обращении с иском.

При рассмотрении данного дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ пришел к выводу о том, что судебные акты подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, по договору займа от 10 февраля 2000 г. ОАО "Михайловский ГОК" (займодавец) обязалось предоставить ОАО "РТИ-Каучук" (заемщику) беспроцентный заем в

сумме 150 млн. руб. на 12 месяцев с даты выдачи. Договором было предусмотрено право займодавца досрочно расторгнуть договор. Сторонами утвержден график поэтапного возврата займа начиная с 11 апреля 2000 г.

Дополнительным соглашением к договору займа от 11 февраля 2000 г. установлено, что заем предоставляется в форме простых беспроцентных векселей ОАО "Михайловский ГОК". Заем считается предоставленным с даты подписания акта приема-передачи векселей. Возврат займа производится в денежной форме.

По акту приема-передачи 11 февраля 2000 г. ОАО "Михайловский ГОК" передало ОАО "РТИ-Каучук" 10 своих простых векселей номиналом 15 млн. руб. каждый со сроком платежа по предъявлении, но не ранее 1 августа 2000 г.

Однако уже 14 апреля 2000 г. займодавец (ОАО "Михайловский ГОК") уведомил заемщика о досрочном расторжении договора займа и потребовал перечислить на его счет 150 млн. руб.

Вскоре (16 мая 2000 г.) по заявлению одного из кредиторов арбитражным судом было возбуждено дело о признании заемщика - ОАО "РТИ-Каучук" - банкротом. В рамках дела о банкротстве ОАО "Михайловский ГОК" по его заявлению было признано конкурсным кредитором с объемом требований к должнику в размере 150 млн. руб.

Оценивая заключенный сторонами договор займа, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ исходил из того, что по договору займа займодавец передает заемщику денежные средства либо вещи, определяемые родовыми признаками (ст. 807 ГК). В данном же случае, несмотря на то что договором займа предусматривалось предоставление займодавцем денежных средств в сумме 150 млн. руб., на самом деле денежные средства заемщику не передавались. Доказательства оплаты векселей векселедателем (займодавцем) в материалах дела отсутствовали. Дополнительное соглашение к договору займа не предусматривало обязанности заемщика по обратному индоссированию векселей векселедателю - ОАО "Михайловский ГОК", т.е. по возврату векселей займодавцу.

Учитывая изложенное, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил все состоявшиеся судебные акты по этому делу и, направляя дело на новое рассмотрение, предложил арбитражному суду дать оценку заключенному между сторонами договору займа с точки зрения ст. 168 ГК (недействительность сделки, противоречащей закону) и ст. 170 ГК (мнимая и притворная сделка) <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2002. N 9. С. 89 - 90.

Как известно, признание сделки недействительной означает, что указанная сделка не влечет для сторон юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью. Согласно п. 2 ст. 167 ГК при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре возместить его стоимость в деньгах, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом.

Применительно к консенсуальным договорам, признаваемым недействительными сделками, видимо, правильнее говорить не о последствиях их недействительности, а о последствиях исполнения сторонами недействительных сделок. Признание недействительной сделкой консенсуального договора, не исполненного сторонами, имеет лишь то последствие, что указанный договор (как

сделка) аннулируется, т.е. не может служить основанием соответствующих обязательственных правоотношений.

Реальный характер договора займа проявляется в том, что при признании его недействительной сделкой практически во всех случаях должен рассматриваться вопрос о применении последствий недействительности сделки, предусмотренных п. 2 ст. 167 ГК. Правда, говорить о специфических особенностях указанных последствий можно лишь применительно к договорам денежного займа, когда на стороне заемщика появляется обязанность не только возвратить полученную от займодавца денежную сумму, но и уплатить последнему соответствующие проценты. Разъяснение по этому вопросу имеется в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 29), согласно которому при применении последствий недействительности сделки займа сторона, пользовавшаяся заемными средствами, обязана возвратить полученные средства кредитору, а также уплатить проценты за пользование денежными средствами на основании п. 2 ст. 167 ГК за весь период пользования средствами. Не составляют исключения и те ситуации, когда недействительной сделкой признается безвозмездный договор займа. В том же Постановлении (п. 29) имеется разъяснение о том, что в случаях, когда договор займа был заключен между гражданами на сумму, не превышающую 50-кратного установленного законом минимального размера оплаты труда, и не связан с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы одной из сторон, заемщик обязан уплатить кредитору проценты за пользование денежными средствами с момента, когда он узнал или должен был узнать о неосновательности пользования средствами.

Особым образом должен решаться вопрос в ситуации, когда заемщик по возмездному договору займа или по кредитному договору до признания договора недействительным исполнял свое обязательство по возврату суммы займа (соответствующей ее части) и уплате договорных процентов. Согласно разъяснению высших судебных инстанций (п. 30 Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14) в подобных случаях при применении последствий недействительности сделки сумма полученных кредитором от заемщика договорных процентов в части, превышающей сумму, определенную исходя из установленной законом ставки процентов (учетная ставка Банка России) за весь период пользования денежными средствами, может быть признана судом неосновательно приобретенной кредитором, вследствие чего у последнего может появиться обязанность по уплате заемщику узаконенных процентов, начисленных на указанную сумму.

И еще одно разъяснение из содержащихся в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 непосредственно относится к практике применения последствий недействительности договора займа и заслуживает внимания. Речь идет о п. 31 названного Постановления, согласно которому при признании недействительной по иску лица, получившего денежную сумму, оспоримой сделки (займа, кредита), предусматривавшей уплату процентов на переданную на основании этой сделки и подлежащую возврату сумму, суд с учетом обстоятельств дела может прекратить данную сделку на будущее время (п. 3 ст. 167 ГК). В этом случае проценты в соответствии с условиями сделки и в установленном ею размере начисляются до момента вступления в силу решения суда о признании оспоримой сделки недействительной. После вступления в силу решения суда проценты за пользование денежными средствами начисляются по правилам о неосновательном обогащении в соответствии с п. 2 ст. 1107 ГК.

9. Виды договора займа

Общие положения

В современной юридической литературе трудно обнаружить попытку исчерпывающей классификации договоров займа, в ходе которой были бы выявлены все отдельные виды этого договора. Правда, многие авторы обращают внимание на то, что в ГК наряду с общими положениями о договоре займа (§ 1 гл. 42) имеются и нормы, посвященные отдельным видам договора займа, однако при этом перечень видов договора займа определяется по-разному. Например, С.А. Хохлов применительно к гл. 42 ГК указывал: "Общие положения о кредитных обязательствах в данной главе не выделены, но они существуют в виде правил о займе, которые применяются к другим кредитным обязательствам, если иное не установлено правилами о кредитном договоре, товарном и коммерческом кредите или не противоречит существу таких обязательств. Заем с этой точки зрения представляет собой наиболее типичное кредитное обязательство, выражающее основные признаки и других форм кредитования" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 420.

Е.А. Суханов подчеркивает, что ГК "различает несколько договорных обязательств, оформляющих единые по экономической природе заемные отношения". "В гл. 42, - пишет Е.А. Суханов, - регламентированы, во-первых, договор займа в строгом смысле слова, правила о котором одновременно являются общими для договоров денежного и товарного кредита; во-вторых, кредитный договор, к которому при отсутствии специальных предписаний могут применяться также правила о договоре займа, если они не противоречат существу урегулированных им отношений; в-третьих, особые разновидности кредита - товарный и коммерческий, к которым наряду с правилами о договорах кредита и займа могут также применяться правила об основных договорах, обслуживаемых кредитом... Таким образом, различные кредитные обязательства рассматриваются как самостоятельная разновидность общей категории заемных обязательств" <*>. И далее он указывает: "В Кодексе специально урегулированы отдельные разновидности обязательств займа: вексельные обязательства, обязательства, возникающие при выпуске и продаже облигаций (например, хозяйственными обществами), и обязательства по договору государственного или муниципального займа" <***>.

<*> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 35.

<***> Там же. С. 40.

Несколько иначе подходит к определению отдельных видов договора займа Д.А. Медведев, который пишет: "В действующем ГК особо оговариваются два вида договора займа: целевой заем (ст. 814 ГК) и заем государственный (ст. 817 ГК). В отличие от кредитного договора, обычный договор займа, как правило, не является целевым, т.е. не содержит условия об использовании полученных

средств под определенные задачи. Однако стороны вправе придать договору займа строго целевой характер" <*>. Как к отдельным видам договора займа Д.А. Медведев относится также к государственному муниципальному займу и к кредитному договору <***>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 431 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

<***> См.: Там же. С. 432, 434.

Договоры займа могут быть классифицированы двумя способами. По этому поводу М.И. Брагинский замечает: "Первый составляет дихотомию, или иначе "деление надвое". С ее помощью, используя последовательно определенное основание (критерий), делят понятие на две группы, из которых одну характеризует наличие этого основания, а другую - его отсутствие... При втором способе с помощью определенных оснований создается в принципе неограниченное число групп. В каждой из них указанные основания соответствующим образом индивидуализируются" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 308.

По принципу дихотомии все заключаемые договоры займа могут быть разделены на шесть пар по шести различным критериям.

Во-первых, в зависимости от объекта заемного обязательства все договоры займа дифференцируются на денежные и товарные (неденежные) займы (объектом первых являются денежные средства; объектом вторых - вещи, определяемые родовыми признаками).

Во-вторых, по признаку наличия (или отсутствия) на стороне заемщика обязанности по встречному предоставлению займодавцу все договоры займа могут быть разделены на возмездные (когда на заемщике лежит обязанность уплаты процентов) и безвозмездные (когда обязанности заемщика ограничены возвратом полученной от займодавца денежной суммы или определенного количества вещей без уплаты процентов за пользование ими).

В-третьих, в зависимости от наличия (или отсутствия) в договоре условия об определенной цели использования заемщиком объекта займа можно выделить целевые займы, противопоставив им договоры займа без определенной цели.

В-четвертых, с точки зрения использования (или, напротив, неиспользования) сторонами одного из гражданско-правовых способов обеспечения исполнения заемного обязательства все договоры займа можно разделить на обеспеченные и необеспеченные.

В-пятых, в зависимости от оснований возникновения заемных обязательств можно выделить договоры займа, заключенные сторонами (заемщиком и займодавцем), противопоставив им заемные обязательства, возникшие из соглашений сторон по другим договорам о новации долга в заемное обязательство.

В-шестых, все договоры займа могут быть разделены на срочные и бессрочные с учетом того, что во втором случае срок исполнения заемщиком обязательства по возврату займа определяется по

правилам, предусмотренным п. 1 ст. 810 ГК.

Конечно же, используя принцип дихотомии и различные иные критерии, можно дифференцировать все договоры займа на практически неограниченное число пар. Однако мы выделили лишь те классификационные пары, которые имеют юридическое значение, поскольку в отношении их законодателем обеспечивается дифференцированное правовое регулирование.

Если же говорить об отдельных видах договора займа, которым ГК придает правовое значение путем установления специальных правил по их регулированию, то мы должны в качестве таковых (отдельных видов договора займа) вслед за ГК выделить четыре договора: кредитный договор (ст. 819 ГК); договор товарного кредита (ст. 822 ГК); договор облигационного займа (ст. 816 ГК); договор государственного займа (ст. 817 ГК).

Каждый из названных договоров наряду с общими чертами договора займа (обязательство заемщика, получившего в собственность денежную сумму или какое-либо конкретное количество вещей, определяемых родовыми признаками, возвратить займодавцу такую же денежную сумму или равное количество вещей) имеет свои видообразующие признаки, позволяющие выделить его в отдельный вид договора займа. Указанные видообразующие признаки представляют собой присущие этим договорам некоторые особенности в субъектном составе, в предмете договора или в содержании вытекающего из него обязательства. Данные особенности не являются столь существенными, чтобы признать названные договоры самостоятельными гражданско-правовыми договорами (*suí generis*), но тем не менее требуют их специального регулирования.

Все названные отдельные виды договора займа объединяет то обстоятельство, что за рамками специальных правил, посвященных каждому из договоров, к соответствующим договорным правоотношениям подлежат применению общие положения о договоре займа.

Кроме того, в ГК специальным образом выделяются обязательства коммерческого кредита (ст. 823) и заемные обязательства, удостоверенные векселем (ст. 815). Указанные договорные обязательства не являются отдельными видами договора займа, их выделение в ГК объясняется необходимостью определить порядок правового регулирования соответствующих правоотношений. В первом случае (коммерческий кредит) обязательства заемного типа обнаруживаются в иных гражданско-правовых договорах, к которым (в соответствующей части) в силу этого подлежат применению нормы о договоре займа. Во втором случае (вексель), несмотря на то что обязательство заемщика изначально вытекает из договора займа, напротив, законодатель исключил возможность регулирования соответствующих правоотношений нормами о займе, поскольку эти правоотношения подпадают под действие специальных правил вексельного законодательства.

Кредитный договор

Под кредитным договором понимается такой договор, по которому банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее (п. 1 ст. 819 ГК).

В качестве отдельного вида договора займа кредитный договор обладает четырьмя характерными особенностями, которые одновременно могут служить его видообразующими признаками.

Во-первых, в отличие от договора займа кредитный договор строится по модели консенсуального договора. Как следствие, он считается заключенным с момента подписания кредитором и заемщиком соглашения о предоставлении кредита, а не с момента передачи денежных средств заемщику, как это имеет место в договоре займа. Другое последствие консенсуального характера кредитного договора состоит в том, что он порождает двустороннее обязательство, когда обязанности имеются как на стороне кредитора (обязанность выдать кредит), так и на стороне заемщика (обязанности возратить кредит и уплатить проценты за пользование кредитом).

Во-вторых, существенная особенность имеется в субъектном составе кредитного договора: на стороне кредитора может выступать лишь банк или иная кредитная организация. Следовательно, если на стороне кредитора в договоре, предусматривающем его обязанность выдать заемщику определенную денежную сумму в качестве кредита, выступает организация, не являющаяся банком или иной кредитной организацией, такой договор не может быть квалифицирован как кредитный договор, а должен признаваться договором займа, который, будучи реальным договором, может приобрести юридическую силу лишь с момента фактического предоставления денежной суммы заемщику.

В-третьих, объектом кредитного договора могут выступать только денежные средства, но не вещи, определяемые родовыми признаками, как это имеет место в отношениях по договору займа.

В-четвертых, кредитный договор во всех случаях носит возмездный характер: за пользование денежными средствами, полученными в кредит, заемщик обязан уплачивать проценты, начисляемые на соответствующую денежную сумму.

Последние две черты кредитного договора сами по себе не могут быть отнесены к его видообразующим признакам как отдельного вида договора займа, поскольку они присущи всякому возмездному договору денежного займа; скорее они дополняют общую характеристику кредитного договора, который отличается от договора займа двумя видообразующими признаками: консенсуальным характером и особым субъектным составом.

В современной юридической литературе можно встретить различные мнения относительно правовой природы кредитного договора: от признания его видом (разновидностью) договора займа до квалификации кредитного договора как самостоятельного гражданско-правового договора. Так, Д.А. Медведев пишет: "Кредитный договор - разновидность договора займа. В силу прямого указания закона к кредитному договору применяются правила, предусмотренные параграфом ГК о договоре займа..." <*>. Е.А. Суханов, признавая кредитный договор разновидностью займа, тем не менее придает ему некоторую степень самостоятельности. "Кредитный договор, - указывает он, - является особой, самостоятельной разновидностью договора займа. Именно это обстоятельство дает возможность в субсидиарном порядке применять для его регулирования правила о займе, если иное не вытекает из существа кредитного договора (п. 2 ст. 819 ГК)" <***>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 434 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

<***> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 224 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

С.А. Хохлов, напротив, всячески подчеркивал родовую принадлежность кредитного договора к

договору займа. Он, в частности, писал: "Отличаясь от займа как договор, обязывающий кредитора предоставить деньги взаймы, кредитный договор, вместе с тем, включает типичные для любого заемного обязательства условия. После того как деньги по кредитному договору получены заемщиком, на него возлагаются обязанности возвратить полученную сумму и уплатить проценты на нее. Порядок, сроки и другие условия исполнения таких обязанностей урегулированы правилами о займе, и нет необходимости особо регламентировать их в параграфе о кредитном договоре" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 429.

На самостоятельном характере кредитного договора по отношению к договору займа в настоящее время настаивает Е.А. Павлодский, который утверждает: "Гражданскому законодательству известны два самостоятельных договора - займа и кредита (гл. 42 ГК). Эти договоры имеют много общего. Основным предметом данных договоров являются денежные средства. Договор займа более общий: его положения распространяются на кредитные отношения, если ГК не устанавливает для последних особое регулирование либо иное не вытекает из существа кредитного договора (п. 2 ст. 819 ГК). Однако данные договоры имеют и существенные различия, что побудило законодателя к раздельному регулированию отношений, вытекающих из договора займа и кредита" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 4.

Наиболее полный сравнительно-правовой анализ договоров займа и кредита проведен Л.Г. Ефимовой, которая подчеркивает, что "практически все особенности правового режима кредитного договора можно так или иначе подвести под частный случай договора займа, за исключением одного. Договор займа является традиционно реальным договором, а кредитный договор сконструирован действующим ГК РФ как консенсуальный" <*>. Вместе с тем, по мнению Л.Г. Ефимовой, данное обстоятельство не может служить препятствием для квалификации кредитного договора в качестве отдельного вида договора займа, поскольку "можно сконструировать консенсуальную разновидность договора займа. По этому пути пошел действующий ГК РФ, предусмотрев несколько таких договоров: кредитный договор, договор коммерческого кредита и договор товарного кредита". При этом она предлагает учитывать, что "ближайшей правовой целью договора кредита является передача займодавцем заемщику денег или других вещей, определяемых родовыми признаками, в собственность с обязательством возврата. Она полностью соответствует правовой цели договора займа. Следовательно, это один и тот же договорный тип. Таким образом, создание консенсуальной разновидности реального договора не приводит к появлению новой договорной конструкции". Конечный вывод Л.Г. Ефимовой состоит в том, что "договор кредита со своими формами (кредитным договором, договором коммерческого и договором товарного кредита) является консенсуальной разновидностью договора займа" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М., 2001. С. 559.

<***> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 561.

Рассуждения Л.Г. Ефимовой представляются вполне приемлемыми и обоснованными, за исключением, пожалуй, выделения в качестве отдельного (консенсуального) вида договора займа так называемого договора коммерческого кредита (наряду с кредитным договором и договором товарного кредита). Как отмечалось ранее, обязательство коммерческого кредита обнаруживает себя в иных гражданско-правовых договорах, исполнение которых связано с передачей в собственность одного из контрагентов денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, и ни при каких условиях не образует отдельного договора коммерческого кредита.

Содержащиеся в ГК специальные правила, направленные на регулирование кредитного договора как отдельного вида договора займа, предопределены консенсуальным характером этого договора, а также тем обстоятельством, что в соответствующих правоотношениях на стороне займодавца выступает банк или иная кредитная организация, являющаяся профессиональным участником имущественного оборота.

Кредитный договор в обязательном порядке (под страхом его недействительности) должен быть заключен в письменной форме (ст. 820 ГК). Банк (иная кредитная организация), выдавая кредит, по сути, распоряжается привлеченными во вклады и на банковские счета денежными средствами других лиц, перед которыми в связи с этим банк (иная кредитная организация) несет обязанности, вытекающие соответственно из договоров банковского вклада и банковского счета: по выдаче денежных средств по требованию клиентов; перечислению их на счета других лиц; выполнению иных банковских операций по поручению вкладчиков и владельцев банковских счетов. При этих условиях применение общих правил о форме договора займа и последствиях ее (формы) несоблюдения (невозможность ссылаться на свидетельские показания в удостоверение факта заключения договора в устной форме) не позволило бы осуществить контроль за деятельностью банков и иных кредитных организаций по распоряжению привлеченными ими средствами клиентов.

Этими целями объясняется включение в ГК (п. 1 ст. 821) специального правила, наделяющего кредитора правом отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок. Естественно, применение этого специального правила оказывается возможным лишь в силу консенсуального характера кредитного договора, поскольку решение об отказе в предоставлении кредита заемщику может быть принято кредитором лишь в период после заключения кредитного договора (вступления его в силу) до фактического его исполнения (выдачи кредита). Благодаря этому правилу, несмотря на наличие заключенного кредитного договора, а стало быть, и обязательства на стороне кредитора выдать кредит заемщику, при появлении обстоятельств, свидетельствующих о повышенном риске невозврата кредита заемщиком, кредитор может отказаться от исполнения своего обязательства и тем самым сохранить привлеченные средства клиентов.

Консенсуальный характер кредитного договора служит необходимым "фоном" для действия и другого специального правила в виде диспозитивной нормы, наделяющей заемщика правом отказаться от получения кредита полностью или частично, уведомив об этом кредитора до установленного договором срока его предоставления, если иное не будет установлено законом, иными правовыми актами или договором (п. 2 ст. 821 ГК). Реализация этого права заемщиком, в особенности если положение последнего с финансовой точки зрения не является стабильным, позволяет ему избежать появления дополнительного долгового обязательства по возврату суммы кредита и уплаты причитающихся банку процентов.

Оба названных правила, расширяющих возможности сторон кредитного договора отказаться от

его исполнения, носят специальный характер по отношению не только к нормам о договоре займа, но и к общим положениям об исполнении гражданско-правовых обязательств, провозглашающих недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства. Как известно, односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом, а если речь идет об обязательстве, связанном с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, исключения могут составить и случаи, предусмотренные договором (ст. 310 ГК). Применительно к кредитному договору, когда банк оперирует привлеченными им средствами своих клиентов, правила о праве кредитора и заемщика на отказ от исполнения обязательств представляются вполне оправданными.

Родовая принадлежность кредитного договора к договору займа (в качестве его отдельного вида) подчеркивается положением о субсидиарном применении к отношениям, вытекающим из кредитного договора, правил о договоре займа (п. 2 ст. 819 ГК). Лаконичность законодателя, когда речь идет о кредитном договоре, объясняется именно тем обстоятельством, что указанный договор регулируется в качестве отдельного вида договора займа, а это предполагает применение к соответствующим правоотношениям большинства норм, регламентирующих отношения, вытекающие из договора займа.

В реальном имущественном обороте кредитный договор играет весьма важную роль и заслуживает отдельного рассмотрения.

Договор товарного кредита

Под договором товарного кредита понимается такой договор, по которому одна сторона обязуется предоставить другой стороне вещи, определяемые родовыми признаками, а последняя обязуется возвратить аналогичное количество вещей того же рода и качества в срок, предусмотренный договором (ст. 822 ГК).

Правовое регулирование договора товарного кредита в рамках § 2 гл. 42 ГК сводится к двум отсылочным нормам. Согласно первой из них к договору товарного кредита применяются правила о кредитном договоре, если иное не предусмотрено самим договором товарного кредита и не вытекает из существа обязательства. Среди указанных правил о кредитном договоре следует выделить положение о том, что к отношениям по кредитному договору подлежат применению в субсидиарном порядке и нормы о договоре займа (п. 2 ст. 819 ГК).

Существо второй отсылочной нормы, направленной на регламентацию договора товарного кредита, заключается в том, что условия указанного договора о количестве, об ассортименте, о комплектности, качестве, таре (упаковке) вещей, предоставляемых в кредит, должны исполняться сторонами в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (ст. ст. 465 - 485 ГК), если иное не предусмотрено договором товарного кредита (ст. 822 ГК). Впрочем, последняя норма не составляет особенность правового регулирования именно отношений, вытекающих из договора товарного кредита, поскольку, видимо, должна применяться ко всякому договору товарного (неденежного) займа в части обязательства заемщика по возврату займодавцу определенного количества вещей, равного полученному, того же рода и качества (по аналогии закона).

Таким образом, по существу, единственным отличительным признаком договора товарного кредита, позволяющим выделить его в отдельный вид договора займа, является консенсуальный характер договора товарного кредита (как известно, договор займа является реальным договором).

Именно консенсуальный характер договора товарного кредита позволяет применять к соответствующим правоотношениям нормы о кредитном договоре, и прежде всего положения о праве кредитора отказаться от предоставления заемщику предусмотренного договором товарного кредита - количества вещей, определяемых родовыми признаками, при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что указанные вещи не будут возвращены заемщиком в срок, предусмотренный договором, а также положения о праве заемщика отказаться от получения согласованного сторонами количества вещей, уведомив кредитора об этом до предусмотренного договором срока предоставления товарного кредита (ст. 821 ГК).

Вместе с тем консенсуальный характер договора товарного кредита, являющийся видообразующим признаком этого договора, позволяющим выделять его в отдельный вид договора займа, не исключает того обстоятельства, что договору товарного кредита должны быть присущи все остальные общие признаки договора займа. Напротив, отсутствие хотя бы одного из этих признаков не позволяет квалифицировать соответствующие правоотношения в качестве договора товарного кредита.

Так, одна торговая фирма, действующая в форме общества с ограниченной ответственностью, обратилась в арбитражный суд с иском к сельскохозяйственному производственному кооперативу о понуждении последнего к исполнению в натуре обязательства по договору товарного кредита и передаче истцу 105,5 т пивоваренного ячменя стоимостью 350 тыс. руб. При рассмотрении этого дела арбитражным судом было установлено, что между сторонами заключен договор товарного кредита, в соответствии с которым сельскохозяйственный производственный кооператив принял на себя обязательство передать фирме 105,5 т пивоваренного ячменя.

Как утверждал истец, данное обязательство ответчика было обусловлено тем обстоятельством, что ранее, еще до заключения договора товарного кредита, торговая фирма отгрузила по транспортной накладной в адрес сельскохозяйственного производственного кооператива соответствующее количество минеральных удобрений, расчеты за которые между сторонами не были произведены. Однако, как было установлено арбитражным судом, текст договора товарного кредита не включал в себя условия о распространении его действия на связанные с поставкой минеральных удобрений отношения, возникшие до заключения договора товарного кредита, который в силу этого считается заключенным с момента его подписания и не охватывает собой предшествующие отношения сторон (п. 2 ст. 425 ГК). В связи с этим арбитражный суд признал требования истца, основанные на договоре товарного кредита, необоснованными и в иске отказал. Данное решение было оставлено в силе постановлениями арбитражных судов апелляционной и кассационной инстанций <*>.

<*> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 19 марта 2002 г. по делу N А35-1935/01-С5 // Справочные правовые системы.

В приведенном примере стороны не имели оснований для оформления своих отношений договором товарного кредита. Во-первых, передача минеральных удобрений сельскохозяйственному производственному кооперативу уже состоялась (при отсутствии каких-либо договорных отношений) к моменту заключения договора товарного кредита, в то время как из договора товарного кредита, который носит консенсуальный характер, должно вытекать обязательство кредитора по предоставлению заемщику товарного кредита. Во-вторых, обязательство заемщика по договору

товарного кредита должно состоять в возврате кредитору количества вещей, равного полученному, того же рода и качества. В данном же случае речь шла о действиях ответчика по поставке пивоваренного ячменя в обмен на полученные минеральные удобрения, которые никак не могут служить предметом договора товарного кредита. Таким образом, требования истца действительно не могли быть основанными на договоре товарного кредита, и с этой точки зрения решение арбитражного суда об отказе в иске является правомерным.

Напротив, при наличии всех общих черт договора займа и, плюс к этому, соответствующего квалифицирующего признака (консенсуальный характер договора) договорные отношения сторон охватываются понятием договора товарного кредита. Например, одним из арбитражных судов было рассмотрено дело по иску областной клинической больницы, являющейся государственным учреждением здравоохранения, к комитету по управлению имуществом муниципального образования о присуждении к исполнению обязательства по возврату 1444,6 т угля в натуре. Как следовало из материалов этого дела, между больницей и комитетом по управлению имуществом был заключен договор, по условиям которого больница на основании гарантийного письма администрации соответствующего муниципального образования обязалась выделить комитету по управлению имуществом этого муниципального образования 2000 т каменного угля на нужды муниципальных котельных с обязанностью комитета возвратить такое же количество угля. При исполнении этого договора из полученных заемщиком от больницы 2000 т угля было возвращено лишь 655,4 т. Арбитражный суд квалифицировал договор, заключенный между сторонами, как договор товарного кредита и удовлетворил иски требования, обязав комитет по управлению имуществом передать истцу невозвращенное и требуемое последним количество угля. При рассмотрении этого дела в апелляционном и кассационном порядке решение арбитражного суда оставлено без изменений <*>.

<*> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 3 марта 2003 г. N А05-4863/02-256/3 // Справочные правовые системы.

В данном случае можно было бы обратить внимание на субъектный состав спорных правоотношений. Во всяком случае, в качестве заемщика здесь выступало само муниципальное образование (а не комитет по управлению имуществом). Однако квалификация спорных правоотношений не вызывает сомнений.

В реальном имущественном обороте обязательства товарного кредита нередко обнаруживают себя в сложных многосторонних договорных отношениях и нередко сочетаются с иными видами договорных обязательств. Так, Министерство финансов РФ в лице территориального федерального казначейства обратилось в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу - швейной фирме о взыскании 1,7 млн. руб., составляющих сумму бюджетной ссуды, процентов за пользование заемными средствами и пени за просрочку возврата ссуды. При рассмотрении дела выяснилось, что между Министерством финансов РФ и швейной фирмой первоначально было заключено соглашение о предоставлении средств федерального бюджета на закупку сырья и материалов с условием об уплате процентов за пользование ссудой в размере одной четвертой ставки рефинансирования Банка России. Позже те же стороны и открытое акционерное общество - поставщик текстильных материалов подписали трехсторонний договор, в соответствии с которым Министерство обязалось предоставить швейной фирме на один календарный год товарный кредит на сумму 900 тыс. руб. в виде гарантированной поставки швейной фирме текстильных материалов на возвратной и платной

основе с уплатой процентов годовых в ранее согласованном размере. В отношении акционерного общества - поставщика текстильных материалов договором предусматривалось списание с него имеющейся у него задолженности по бюджетной ссуде в размере стоимости текстильных материалов, поставленных швейной фирме.

Во исполнение указанного договора товарного кредита поставщик произвел поставку текстильных материалов швейной фирме в полном объеме, однако последняя не возвратила бюджетную ссуду и не уплатила Министерству финансов РФ причитающиеся проценты.

Арбитражный суд, рассматривавший это дело, признал требования Министерства финансов РФ, основанные на трехстороннем договоре товарного кредита, правомерными и иск удовлетворил. Однако арбитражные суды апелляционной и кассационной инстанций признали данное решение необоснованным и в иске отказали, основываясь на том, что представленные истцом доказательства не содержат ссылки на конкретное обязательство, указанное истцом в качестве основания иска.

При рассмотрении данного дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ пришел к выводу о том, что получение ответчиком - швейной фирмой бюджетной ссуды в виде товарного кредита следует признать доказанным, поскольку предусмотренные договором текстильные материалы были поставлены ответчику. Последний не выполнил свои обязательства, вытекающие из этого договора, по возврату бюджетной ссуды и уплате процентов. В результате постановления апелляционной и кассационной инстанций были отменены, а решение арбитражного суда об удовлетворении иска оставлено в силе <*>.

<*> См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 октября 2001 г. N 894/01 // Справочные правовые системы.

В судебной-арбитражной практике встречаются споры, вытекающие из договоров товарного кредита, осложненные тем обстоятельством, что по условиям договора на стороне заемщика устанавливается альтернативное обязательство: либо возвратить аналогичное количество тех же вещей того же рода и качества, либо уплатить стоимость полученного имущества.

Например, открытое акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском к министерству сельского хозяйства и продовольствия одного из субъектов Российской Федерации о взыскании свыше 5 млн. руб., составляющих проценты за пользование чужими денежными средствами. Решением арбитражного суда исковые требования были удовлетворены. При рассмотрении этого дела в порядке надзора выяснилось следующее. Между акционерным обществом и министерством был заключен договор товарного кредита, согласно которому акционерное общество должно было по отгрузочным разнарядкам министерства отпускать бензин и дизельное топливо сельскохозяйственным организациям, а министерство приняло на себя обязательство возвратить нефтепродукты либо оплатить их стоимость.

При исполнении этого договора министерство возвратило акционерному обществу лишь часть нефтепродуктов на сумму более 1 млн. руб. Оставшаяся сумма задолженности (более 4 млн. руб.) была взыскана с министерства решением арбитражного суда по другому делу.

Предъявляя иск о взыскании с министерства процентов за пользование чужими денежными средствами, акционерное общество основывало свои требования на положениях, содержащихся в ст. 811 ГК, согласно которой кредитору по договору займа предоставлено право требования от

должника, просрочившего возврат суммы займа, уплаты процентов, начисляемых в соответствии со ст. 395 ГК.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ пришел к выводу, что арбитражный суд, принимая решение об удовлетворении исковых требований, не учел существенные обстоятельства данного дела. В частности, заключенным сторонами договором товарного кредита на стороне заемщика было установлено альтернативное обязательство: возвратить нефтепродукты в натуре или оплатить их стоимость.

Согласно ст. 320 ГК должнику, обязанному передать кредитору одно или другое имущество либо совершить одно из двух или нескольких действий, принадлежит право выбора, если из закона, иных правовых актов или условий обязательства не вытекает иное. Возвратив часть нефтепродуктов в натуре, должник осуществил свой выбор способа исполнения обязательства.

С учетом этого обязательства суду следовало определить, возникло ли в данном случае у должника денежное обязательство, за просрочку исполнения которого применяется мера гражданско-правовой ответственности, установленная ст. 811 ГК, либо взысканная решением по другому делу сумма фактически является убытками кредитора в связи с неисполнением обязательства в натуре.

Данные обстоятельства послужили основанием для отмены решения и направления дела на новое рассмотрение <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 10. С. 41 - 42.

Договор облигационного займа

Отличительные (видообразующие) признаки договора облигационного займа как отдельного вида договора займа сводятся к особому порядку его заключения и к специфической форме этого договора.

Договор облигационного займа заключается путем выпуска и продажи облигаций. Облигацией признается ценная бумага, удостоверяющая право ее держателя на получение от лица, выпустившего облигацию, в предусмотренный ею срок номинальной стоимости облигации или иного имущественного эквивалента. Облигация предоставляет ее держателю также право на получение фиксированного в ней процента от номинальной стоимости облигации либо иные имущественные права (ст. 816 ГК). Е.А. Суханов указывает: "Облигации используются как форма различных займов, т.е. сбора денежных средств у достаточно широкого, нередко вообще заранее неопределенного круга физических и юридических лиц, под обещание их возврата в определенный срок за установленное вознаграждение. Иначе говоря, они оформляют типичные заемные отношения, в которых заемщиком (должником) выступает эмитент облигаций, а займодавцами (кредиторами) - владельцы облигаций (облигационеры)" <*>.

<*> См.: Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 218 - 219 (автор гл. 49 - Е.А. Суханов).

Несмотря на типично заемный характер правоотношений, возникающих при выпуске и продаже облигаций, ГК (ст. 816) предусматривает весьма существенную особенность их правового регулирования: к отношениям между лицом, выпустившим облигацию, и ее держателем содержащиеся в ГК общие положения о договоре займа применяются постольку, поскольку иное не предусмотрено законом или в установленном им порядке. Дело в том, что права и обязанности сторон по договору облигационного займа имеют ту особенность, что они выражены в облигации, являющейся эмиссионной ценной бумагой. Порядок выпуска, размещения и обращения эмиссионных ценных бумаг подчинен специальному законодательству, регулирующему рынок ценных бумаг.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг" <*> эмиссионной ценной бумагой признается ценная бумага, в том числе бездокументарная, которая характеризуется одновременно следующими признаками: закрепляет совокупность имущественных и неимущественных прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением формы и порядка, предусмотренных законом; размещается выпусками; имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

<*> СЗ РФ. 1996. N 17. Ст. 1918.

Процедура эмиссии облигаций должна включать в себя следующие этапы: принятие эмитентом решения о выпуске облигаций; регистрацию выпуска облигаций; изготовление сертификатов ценных бумаг (для документарной формы выпуска); размещение облигаций; регистрацию отчета об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг (ст. 19 Федерального закона "О рынке ценных бумаг").

Эмитент вправе начать размещение выпускаемых им облигаций только после регистрации их выпуска. При этом количество размещаемых облигаций не должно превышать количества, указанного в учредительных документах эмитента и проспекте эмиссии ценных бумаг. Не позднее 30 дней после завершения размещения облигаций эмитент должен представить отчет об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг в регистрирующий орган, который рассматривает указанный отчет и при отсутствии нарушений, связанных с выпуском облигаций, регистрирует его (ст. ст. 24, 25 Федерального закона "О рынке ценных бумаг").

Права владельцев на эмиссионные ценные бумаги документарной формы выпуска удостоверяются сертификатами (если сертификаты находятся у владельцев) либо сертификатами и записями по счетам депо в депозитариях (если сертификаты переданы на хранение в депозитарию). Права владельцев на облигации бездокументарной формы выпуска удостоверяются в системе ведения реестра записями на лицевых счетах у держателя реестра или (в случае учета прав на ценные бумаги в депозитарию) - записями по счетам депо в депозитариях (ст. 28 Федерального закона "О рынке ценных бумаг").

Важная роль в деле правового регулирования порядка выпуска облигаций отводится корпоративному законодательству (если речь идет о таких эмитентах облигаций, как юридические лица). Именно корпоративное законодательство наделяет юридические лица определенных организационно-правовых форм правом на выпуск облигаций в целях привлечения заемных средств, необходимых для их развития. Например, в соответствии с п. 2 ст. 102 ГК акционерное общество вправе выпускать облигации на сумму, не превышающую размер уставного капитала либо величину

обеспечения, предоставленного акционерному обществу в этих целях третьими лицами, после полной оплаты уставного капитала. При отсутствии такого обеспечения выпуск облигаций допускается не ранее третьего года существования акционерного общества и при условии надлежащего утверждения к этому времени двух годовых балансов общества.

Согласно ст. 33 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ (в ред. Федерального закона от 7 августа 2001 г. N 120-ФЗ) "Об акционерных обществах" <*> размещение акционерным обществом облигаций осуществляется по решению совета директоров (наблюдательного совета) общества, если иное не предусмотрено уставом акционерного общества. Размещение облигаций, конвертируемых в акции, должно осуществляться по решению общего собрания акционеров или по решению совета директоров (наблюдательного совета), если в соответствии с уставом акционерного общества последнему принадлежит право принятия решения о размещении облигаций, конвертируемых в акции акционерного общества. В решении о выпуске облигаций должны быть определены форма, сроки и иные условия погашения облигаций.

<*> СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 1; 2001. N 13. Ст. 3423.

Номинальная стоимость всех выпущенных акционерным обществом облигаций не должна превышать размер уставного капитала общества либо величину обеспечения, предоставленного обществу третьими лицами для цели выпуска облигаций. Размещение облигаций обществом допускается после полной оплаты уставного капитала общества.

Акционерное общество может размещать облигации с единовременным сроком погашения или облигации со сроком погашения по сериям в определенные сроки. Погашение облигаций может осуществляться как в денежной форме, так и иным имуществом в соответствии с решением об их выпуске.

Акционерное общество вправе размещать как облигации, выпущенные под обеспечение залогом собственного имущества либо со стороны третьих лиц (поручительство, банковская гарантия, залог), так и облигации без обеспечения. В последнем случае размещение облигаций (без обеспечения) возможно не ранее третьего года существования акционерного общества и при условии утверждения к этому времени не менее двух годовых балансов акционерного общества.

При выпуске облигаций в форме именных эмиссионных ценных бумаг акционерное общество обязано вести реестр их владельцев. Утерянная именная облигация возобновляется обществом за разумную плату. Права владельца утерянной облигации на предъявителя подлежат восстановлению судом в порядке, установленном процессуальным законодательством.

При принятии решения о выпуске облигаций акционерным обществом может быть предусмотрена возможность досрочного погашения облигаций по желанию их владельцев. В этом случае в решении о выпуске облигаций должны быть определены стоимость погашения облигаций и срок, не ранее которого они могут быть предъявлены к досрочному погашению.

Правом на размещение облигаций наделены также общества с ограниченной ответственностью, которые в соответствии со ст. 31 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" <*> могут размещать облигации на сумму, не превышающую размер уставного капитала или величину обеспечения, предоставленного обществу в этих целях третьими лицами, после полной оплаты уставного капитала. При отсутствии обеспечения,

предоставленного обществу третьими лицами с целью гарантировать выполнение обществом с ограниченной ответственностью заемных обязательств перед владельцами облигаций, размещение обществом облигаций допускается не ранее третьего года существования общества при условии надлежащего утверждения к этому времени двух годовых балансов общества.

<*> СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 785.

Итак, с момента размещения облигаций и их приобретения физическими и юридическими лицами последние становятся займодавцами по отношению к эмитенту облигаций, который попадает в положение заемщика, на которого возлагается обязанность возратить сумму займа (погасить облигации) в срок, установленный решением о выпуске облигаций. Указанное заемное обязательство имеет лишь ту особенность, что соответствующие права займодавцев выражены в эмиссионных ценных бумагах - облигациях, что предопределяет специфический порядок обращения названных прав и их реализации. В частности, права, вытекающие из облигации, выданной на предъявителя, передаются путем простого вручения облигации ее владельцем другому лицу. Если же речь идет об именной облигации, то переход вытекающих из нее прав, осуществляется по общим правилам, регулирующим уступку требований (ст. ст. 388 - 390 ГК). Вместе с тем эмитент облигаций должен быть извещен о состоявшемся переходе прав в целях внесения соответствующих изменений в реестр владельцев облигаций.

Что касается реализации прав займодавца, вытекающих из облигации, то в соответствии со ст. 29 Федерального закона "О рынке ценных бумаг" осуществление прав по предъявительским эмиссионным ценным бумагам производится по предъявлении их владельцем либо его доверенным лицом; права по именованным документарным облигациям реализуются по предъявлении их владельцами либо их доверенными лицами сертификатов соответствующих ценных бумаг эмитенту; осуществление прав по именованным бездокументарным облигациям производится путем обращения к эмитенту при условии, что владельцы облигаций указаны в системе ведения реестра владельцев эмиссионных ценных бумаг.

Договор государственного займа

Договор государственного займа, так же как и договор облигационного займа, выделен в ГК в отдельный вид договора займа по признакам особого порядка его заключения и специфической формы выражения прав займодавца: договор государственного займа заключается путем приобретения займодавцем выпущенных государственных облигаций или иных государственных ценных бумаг, удостоверяющих право займодавца на получение от заемщика предоставленных ему займы денежных средств или, в зависимости от условий займа, иного имущества, установленных процентов либо иных имущественных прав в сроки, предусмотренные условиями выпуска займа в обращение. В дополнение к указанным признакам, присущим всякому договору облигационного займа (заключение договора путем приобретения облигации и выражение заемного обязательства в форме эмиссионной ценной бумаги), к отличительным чертам договора государственного займа следует отнести также особенность в его субъектном составе. В роли заемщика (эмитента облигаций) выступает Российская Федерация или субъект Российской Федерации (правила о договоре государственного займа применяются также к займам, выпускаемым муниципальным образованием),

а в качестве займодавца - гражданин или юридическое лицо (п. п. 1, 3, 5 ст. 817 ГК).

Казалось бы, отмеченная особенность субъектного состава договора государственного займа, отличающая его от договора облигационного займа, столь незначительна, что можно было бы говорить о договоре государственного займа как о разновидности договора облигационного займа. Однако законодатель не допускает применения (даже субсидиарного) правил о договоре облигационного займа к отношениям, вытекающим из договора государственного займа, а, напротив, формулирует особые нормы (даже путем дублирования правил об облигационном займе), направленные исключительно на регулирование договора государственного займа, о чем свидетельствует, в частности, сравнительный анализ ст. ст. 816 и 817 ГК.

Появление в ГК норм о договоре государственного займа как об отдельном виде договора займа (ст. 817 ГК), видимо, является реакцией законодателя на печальную (для граждан-займодавцев) отечественную традицию в развитии отношений государственного займа, сложившуюся еще в советское время, когда граждан обязывали подписываться на облигации государственных займов, а государство бесконечно переносило сроки погашения этих облигаций. Только стремлением законодателя предотвратить аналогичные недобросовестные действия заемщика-государства можно объяснить включение в текст ст. 817 двух, казалось бы, очевидных правил. Имеются в виду положения о том, что "государственные займы являются добровольными" (п. 2 ст. 817 ГК), и о том, что "изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается" (п. 4 ст. 817 ГК). Хотя, как известно, приведенные императивные нормы не отвратили современное российское государство в период после "дефолта" 1998 г. ни от произвольного переноса сроков погашения государственных облигаций, ни от навязывания их владельцам новых государственных облигаций в порядке "новации" обязательств государственного займа.

На особое положение договора государственного займа, представляющего собой отдельный вид договора займа (а не разновидность облигационного займа), первым обратил внимание С.А. Хохлов. "Впервые в истории российского права, - писал он, - в гражданский закон, в его положения о договоре займа включены нормы о договоре государственного и муниципального займа (ст. 817). Тем самым прежде всего подчеркивается, что отношения государства и муниципальных образований со своими кредиторами в связи с получением займа имеют договорный характер, регулируются нормами гражданского права, а не административно-финансовыми предписаниями. Основания для такого подхода к регулированию указанных отношений дает статья 75 Конституции Российской Федерации, устанавливающая, что государственные займы выпускаются в порядке, определенном законом, и размещаются на добровольной основе" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 426 - 427.

В качестве отдельного вида договора займа рассматривает договор государственного займа и Д.А. Медведев, по мнению которого под договором государственного (муниципального) займа следует понимать "договор, заемщиком в котором выступает государство в целом (Российская Федерация), субъект Федерации или муниципальное образование, а займодавцем - гражданин или юридическое лицо. При заключении подобного договора государство сознательно увеличивает свой внутренний долг" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Ч. II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 431 - 432 (автор гл. 39 - Д.А. Медведев).

Правда, в юридической литературе можно встретить и иной подход, когда правоотношения, связанные с государственным займом, рассматриваются в рамках договора облигационного займа и в качестве его разновидности. Например, Е.А. Суханов пишет: "Договор займа может оформляться выпуском и продажей облигаций, в том числе государственных и муниципальных. Возможность выпуска облигаций должна быть прямо предусмотрена законом, президентским указом или постановлением федерального правительства. В таком случае к отношениям облигационного займа общие правила ГК РФ о договоре займа могут применяться лишь постольку, поскольку иное не предусмотрено этими актами" <*>.

<*> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 41.

Аналогичный подход можно обнаружить и у Е.А. Павлодского: "Сторонами в договоре займа, в том числе в качестве займодавца, могут быть любые физические и юридические лица. Заемщиком может являться Российская Федерация и ее субъекты (п. 1 ст. 817 ГК). Так, Российская Федерация и ее субъекты могут выпускать государственные облигации или иные ценные бумаги, устанавливающие между их эмитентом и приобретателем отношения займа... В установленных российским законодательством случаях договор займа может быть заключен путем выпуска и продажи облигаций иными эмитентами, а не только Российской Федерацией и ее субъектами. Так, Закон об акционерных обществах (ст. 33) предусматривает право обществ на выпуск облигаций. Облигация удостоверяет наличие договора займа между ее владельцем (займодавцем) и эмитентом облигации (заемщиком)" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 5 - 6.

На наш взгляд, в пользу квалификации договора государственного (муниципального) займа в качестве отдельного вида договора займа, отличного от обычного договора облигационного займа, свидетельствует наличие определенных особенностей в правовом регулировании соответствующих правоотношений и, в частности, значительное влияние публично-правового регулирования. Во всяком случае, вопросы, касающиеся эмиссии государственных и муниципальных облигаций, находятся за пределами гражданско-правового регулирования, они скорее составляют предмет бюджетного законодательства. Так, в соответствии со ст. 114 Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее - БК РФ) <*> решение об эмиссии государственных или муниципальных ценных бумаг принимается соответственно Правительством Российской Федерации, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления с учетом предельных объемов дефицита бюджета и государственного или муниципального долга, установленных в соответствии с БК РФ, с законом (решением) о бюджете, а также с программой внутренних заимствований. В решении об эмиссии государственных или муниципальных ценных бумаг отражаются сведения, предусмотренные федеральным законом об особенностях эмиссии и

обращения государственных и муниципальных ценных бумаг. Условия эмиссии ценных бумаг субъекта Российской Федерации и муниципальных ценных бумаг подлежат регистрации в Министерстве финансов РФ. Порядок выпуска, обращения и погашения государственных ценных бумаг Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, а также муниципальных ценных бумаг регулируется Федеральным законом от 29 июля 1998 г. N 136-ФЗ "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" <*>.

<*> СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3823.

<*> Там же. Ст. 3814.

Законом об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг предусмотрено, что данным Законом устанавливаются: порядок возникновения обязательств в результате осуществления эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг и исполнения обязательств Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований; процедура эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг и особенности их обращения; порядок раскрытия информации эмитентами указанных ценных бумаг в части, не регламентированной законодательством Российской Федерации (ст. 1 Закона).

Направления использования денежных средств, привлекаемых в результате размещения государственных и муниципальных ценных бумаг, и порядок их расходования устанавливаются федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации и решениями представительных органов местного самоуправления в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Исполнение обязательств Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований по указанным ценным бумагам осуществляется в соответствии с условиями выпуска этих ценных бумаг за счет средств государственной казны Российской Федерации, казны субъектов Российской Федерации и муниципальной казны в соответствии с законом или решением о бюджете соответствующего уровня на соответствующий финансовый год.

Эмитентом ценных бумаг Российской Федерации выступает федеральный орган исполнительной власти, являющийся юридическим лицом, к функциям которого решением Правительства Российской Федерации отнесено составление или исполнение федерального бюджета.

Эмитентом ценных бумаг субъекта Российской Федерации выступает орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, осуществляющий указанные функции в порядке, установленном законодательством субъекта Российской Федерации.

Эмитентом ценных бумаг муниципального образования выступает исполнительный орган местного самоуправления, осуществляющий указанные функции в порядке, установленном законодательством и уставом муниципального образования.

Государственные и муниципальные ценные бумаги могут быть выпущены в виде облигаций или иных ценных бумаг, относящихся к эмиссионным ценным бумагам в соответствии с Федеральным законом "О рынке ценных бумаг" и удостоверяющих право их владельца на получение от эмитента указанных ценных бумаг денежных средств или (в зависимости от условий эмиссии этих ценных бумаг) иного имущества, установленных процентов от номинальной стоимости либо иных имущественных прав в сроки, предусмотренные условиями указанной эмиссии.

В случае выпуска именных государственных и муниципальных ценных бумаг в документарной форме с обязательным централизованным хранением имя владельца указанных ценных бумаг не является обязательным реквизитом глобального сертификата. В этом случае в глобальном сертификате указывается наименование депозитария, которому эмитентом передается на хранение указанный сертификат, с указанием против его наименования - "депозитарий". Указание в глобальном сертификате наименования депозитария не влечет за собой перехода к депозитарию прав на ценные бумаги выпуска, оформленного данным глобальным сертификатом. По именованным ценным бумагам Российской Федерации реестр владельцев именных ценных бумаг не ведется.

Эмиссия государственных и муниципальных ценных бумаг может осуществляться отдельными выпусками.

В рамках выпуска государственных и муниципальных ценных бумаг могут устанавливаться серии, разряды, номера ценных бумаг.

Решением о выпуске государственных или муниципальных ценных бумаг может быть установлено деление выпуска на транши. Транш - часть ценных бумаг данного выпуска, размещаемая в рамках объема данного выпуска в любую дату в течение периода обращения ценных бумаг данного выпуска, не совпадающую с датой первого размещения. Размещение траншей одного выпуска осуществляется на основании документов, регламентирующих размещение данного выпуска в соответствии с законом.

Отдельный выпуск государственных или муниципальных ценных бумаг, отличающийся от одного из существующих выпусков указанных ценных бумаг только датой выпуска (датой размещения), признается частью существующего выпуска, и ему присваивается государственный регистрационный номер существующего выпуска (дополнительный выпуск). Решение о размещении дополнительного выпуска осуществляется на основании документов, регламентирующих порядок размещения выпусков государственных и муниципальных ценных бумаг, в которых должно содержаться указание на то, что данный выпуск ценных бумаг является дополнительным. Ценные бумаги дополнительного выпуска предоставляют их владельцам тот же объем прав, что и ценные бумаги выпуска, регистрационный номер которого присваивается дополнительному выпуску.

Решение о выпусках, осуществляемых в соответствии с Генеральными условиями эмиссии и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг (далее - Генеральные условия) и условиями эмиссии и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг данного вида, принимается эмитентом указанных ценных бумаг.

В соответствии со ст. 6 Федерального закона "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" обязательства Российской Федерации, субъекта Российской Федерации и муниципального образования, возникшие в результате эмиссии ценных бумаг и составляющие внутренний долг, должны быть выражены в валюте Российской Федерации.

Иностранная валюта, условные денежные единицы и драгоценные металлы могут быть указаны в Генеральных условиях, а также в реквизитах сертификатов в качестве соответствующей оговорки, на основании которой определяется величина платежа по данным государственным и муниципальным ценным бумагам.

Обязательства Российской Федерации, субъекта Российской Федерации и муниципального образования, возникшие в результате эмиссии ценных бумаг, составляющие внутренний долг и удостоверяющие право на получение доходов в денежной форме или на погашение в денежной

форме, подлежат оплате в валюте Российской Федерации.

Государственные и муниципальные ценные бумаги, удостоверяющие право на получение в качестве дохода каких-либо имущественных прав на получение при погашении вместо номинальной стоимости ценной бумаги иного имущественного эквивалента, являются частью внутреннего долга и должны быть выражены в валюте Российской Федерации.

Обязательства Российской Федерации и субъекта Российской Федерации, возникшие в результате эмиссии соответствующих государственных ценных бумаг и составляющие внешний долг Российской Федерации и внешний долг субъекта Российской Федерации, должны быть выражены в иностранной валюте.

Условные денежные единицы и драгоценные металлы могут быть указаны в Генеральных условиях, а также в реквизитах сертификатов в качестве соответствующей оговорки, на основании которой определяется величина платежа по данным ценным бумагам.

Обязательства Российской Федерации и субъекта Российской Федерации, возникшие в результате эмиссии соответствующих государственных ценных бумаг, составляющие внешний долг и удостоверяющие право на получение доходов в денежной форме или на погашение в денежной форме, подлежат оплате в иностранной валюте.

Субъекты Российской Федерации могут осуществлять эмиссию государственных ценных бумаг, приводящую к образованию внешнего долга, при соблюдении следующих условий: представления при государственной регистрации проспекта эмиссии государственных ценных бумаг сведений о доходах, расходах, размере дефицита бюджета и источниках его финансирования за три последних года, предшествующих указанной эмиссии; обеспечения исполнения своих бюджетов в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации и налоговым законодательством Российской Федерации; получения разрешения на осуществление валютных операций, связанных с движением капитала, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации; получения в соответствии с международными стандартами кредитного рейтинга, определяемого не менее чем двумя ведущими международными рейтинговыми агентствами; соблюдения требований к объему заимствований и объему расходов на погашение и обслуживание всех видов долговых обязательств, установленных законодательством.

Выпуск внешних облигационных займов субъектов Российской Федерации осуществляется с учетом приоритета государственных внешних заимствований Российской Федерации.

Федеральным законом "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" (ст. ст. 8, 9) предусмотрен определенный порядок принятия решения об эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг.

Правительство Российской Федерации, орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, орган местного самоуправления сначала утверждают Генеральные условия в форме нормативных правовых актов соответственно Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований.

Генеральные условия должны включать указание на: вид ценных бумаг; форму выпуска ценных бумаг; срочность данного вида ценных бумаг (краткосрочные, долгосрочные, среднесрочные); валюту обязательств; особенности исполнения обязательств, предусматривающих право на получение иного, чем денежные средства, имущественного эквивалента; ограничения (при наличии таковых) оборотоспособности ценных бумаг, а также на ограничение круга лиц, которым данные ценные

бумаги могут принадлежать на праве собственности или ином вещном праве.

Эмитент в соответствии с Генеральными условиями также принимает документ (условия эмиссии) в форме нормативного правового акта, содержащий условия эмиссии и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг и включающий указание на: вид ценных бумаг; минимальный и максимальный сроки обращения данного вида государственных или муниципальных ценных бумаг. Отдельные выпуски ценных бумаг могут иметь разные сроки обращения; номинальную стоимость одной ценной бумаги в рамках одного выпуска государственных или муниципальных ценных бумаг; порядок размещения государственных или муниципальных ценных бумаг; порядок осуществления прав, удостоверенных ценными бумагами; размер дохода или порядок его расчета; иные существенные условия эмиссии, имеющие значение для возникновения, исполнения или прекращения обязательств по государственным или муниципальным ценным бумагам.

Условия эмиссии ценных бумаг субъектов Российской Федерации или муниципальных ценных бумаг должны также содержать информацию: о бюджете заемщика на год выпуска государственных или муниципальных ценных бумаг с разбивкой на бюджет развития и текущий бюджет; о суммарной величине долга заемщика на момент выпуска государственных или муниципальных ценных бумаг; об исполнении бюджета заемщика за последние три завершённых финансовых года.

Условия эмиссии ценных бумаг Российской Федерации подлежат государственной регистрации в порядке, установленном для государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти.

Нормативный правовой акт, содержащий условия эмиссии ценных бумаг субъекта Российской Федерации или муниципальных ценных бумаг, подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти, уполномоченном Правительством Российской Федерации на составление или исполнение федерального бюджета.

Эмитенты ценных бумаг Российской Федерации, ценных бумаг субъектов Российской Федерации и муниципальных ценных бумаг принимают нормативные правовые акты, содержащие отчеты об итогах эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг.

Порядок формирования государственного регистрационного номера, присваиваемого выпускам государственных и муниципальных ценных бумаг, определяется федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством Российской Федерации на составление или исполнение федерального бюджета.

Следует заметить, что законоположение о регулировании условий эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг, принимаемыми их эмитентами нормативными правовыми актами, которые в дальнейшем могут изменяться и дополняться, нередко рассматривается в юридической литературе как стремление законодателя обойти норму о недопустимости изменения условий государственного (муниципального) займа, содержащуюся в п. 4 ст. 817 ГК. Например, Е.А. Суханов указывает: "То обстоятельство, что условия государственных и муниципальных займов принимаются не в форме типовых условий договора (каковыми, по существу, они должны были бы являться), а в форме ведомственных нормативных актов, не только противоречит гражданско-правовой природе рассматриваемых отношений, но и дает возможность обхода требований ГК о последствиях заключения договоров присоединения и о запрете одностороннего изменения условий выпущенных в обращение займов (путем прямо предусмотренных ч. 2 ст. 12... названного Закона <*> изменений и дополнений содержания этих нормативных актов)" <*>.

<*> Имеется в виду Федеральный закон "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг".

<***> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 222.

Такие опасения, конечно же, имеют под собой основания, особенно если принять во внимание практику последних лет, когда государство, будучи заемщиком по государственным облигациям, использовало все возможные (и невозможные) средства и способы с тем, чтобы если не уклониться вовсе от погашения задолженности по государственным облигациям, то, во всяком случае, значительно перенести срок расчетов по указанным ценным бумагам на неизмеримо худших условиях (для займодавцев - граждан и юридических лиц) их погашения. Вместе с тем представляется, что при рассмотрении споров между владельцами государственных или муниципальных облигаций и их эмитентами: Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями - суды не должны принимать во внимание любые ссылки эмитентов государственных и муниципальных облигаций на изменение условий государственного или муниципального займа, имевшее место после размещения государственных (муниципальных) облигаций.

Регулирование условий эмиссии государственных (муниципальных) облигаций, а также их последующего изменения нормативными правовыми актами с этой точки зрения ничего не меняет.

И дело тут не только в действии п. 4 ст. 817 ГК, в соответствии с которым изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается, но и в том, что договор государственного (муниципального) займа считается заключенным с момента приобретения займодавцем (гражданином или юридическим лицом) государственной (муниципальной) облигации. Как известно, в ГК имеются общие положения, определяющие соотношение закона и договора: согласно ст. 422 ГК договор должен соответствовать установленным законом и иными правовыми актами обязательным для сторон правилам, действующим в момент его заключения. Если же после заключения договора принят закон (именно закон, а не любой нормативный правовой акт!), устанавливающий обязательные для сторон правила, иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в самом законе прямо сказано, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Как видим, в силу названных правил нормативные правовые акты (даже не закон!), принятые после заключения договора, ни при каких обстоятельствах не могут иметь обратной силы по отношению к условиям ранее заключенного договора. Поэтому изменения в нормативных правовых актах, определивших условия эмиссии государственных и муниципальных облигаций, выпущенных в обращение, не имеют юридической силы и не должны приниматься во внимание судами при разрешении споров, возникающих между обладателями государственных и муниципальных облигаций и их эмитентами - Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями.

Непосредственным основанием для выпуска государственных или муниципальных ценных бумаг является решение эмитента об эмиссии отдельного выпуска государственных или муниципальных ценных бумаг. Согласно ст. 11 Федерального закона "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" в соответствии с Генеральными

условиями и условиями эмиссии эмитент принимает решение об эмиссии отдельного выпуска государственных или муниципальных ценных бумаг.

Решение о выпуске государственных или муниципальных ценных бумаг должно включать следующие обязательные условия: 1) наименование эмитента; 2) дату начала размещения ценных бумаг; 3) дату или период размещения; 4) форму выпуска ценных бумаг; 5) указание на вид ценных бумаг; 6) номинальную стоимость одной ценной бумаги; 7) количество ценных бумаг данного выпуска; 8) дату погашения ценных бумаг; 9) наименование регистратора, осуществляющего ведение реестра владельцев ценных бумаг субъектов Российской Федерации или муниципальных ценных бумаг, либо указание на депозитарию, которые осуществляют учет прав владельцев ценных бумаг Российской Федерации, ценных бумаг субъектов Российской Федерации, муниципальных ценных бумаг данного выпуска; 10) ограничения, предусмотренные законодательством; 11) иные условия, имеющие значение для размещения и обращения государственных или муниципальных ценных бумаг.

Решение о выпуске ценных бумаг должно быть заверено печатью эмитента и подписано его руководителем. Условия, содержащиеся в решении о выпуске, должны быть опубликованы в средствах массовой информации или раскрыты эмитентом иным способом не позднее чем за два рабочих дня до даты начала размещения.

Эмитенты государственных или муниципальных ценных бумаг обязаны учитывать обязательства по каждому выпуску ценных бумаг в порядке, установленном бюджетным законодательством Российской Федерации.

В состав информации, учитывающей обязательства по каждому выпуску ценных бумаг, включаются данные об объеме обязательств Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования по эмитируемым ценным бумагам и о сроке их реализации. Информация об обязательствах субъекта Российской Федерации или муниципального образования подлежит передаче органу, осуществляющему государственную регистрацию условий эмиссии. Порядок предоставления данной информации и ее объем определяются органом, осуществляющим государственную регистрацию условий эмиссии ценных бумаг субъектов Российской Федерации и муниципальных ценных бумаг.

Определенный интерес представляют предусмотренные Федеральным законом "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" особенности исполнения обязательств по договору государственного и муниципального займа. Согласно ст. 13 указанного Закона способы, порядок и источники финансирования расходов по обслуживанию обязательств Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования, возникших в результате эмиссии государственных и муниципальных ценных бумаг, регулируются бюджетным законодательством. Сам же Федеральный закон "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" непосредственно регулирует лишь порядок страхования ответственности эмитентов государственных и муниципальных облигаций на случай нарушения обязательств, вытекающих из договора государственного (муниципального) займа.

В соответствии со ст. 14 названного Закона в случаях, предусмотренных Генеральными условиями или условиями эмиссии ценных бумаг субъектов Российской Федерации и муниципальных ценных бумаг, эмитент имеет право осуществить страхование ответственности за исполнение обязательств по указанным ценным бумагам в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации. Информация о страховании ответственности должна

содержаться в решении о выпуске.

В случаях, предусмотренных Генеральными условиями или условиями эмиссии ценных бумаг субъектов Российской Федерации или муниципальных ценных бумаг, допускается установление перечня имущества, подлежащего реализации для исполнения обязательств по указанным ценным бумагам. В Генеральных условиях или в условиях эмиссии должен быть определен порядок взаимодействия эмитента и органа, уполномоченного осуществлять управление собственностью соответствующего уровня, по вопросам, связанным с реализацией указанного имущества. Информация о перечне этого имущества должна содержаться в решении о выпуске ценных бумаг.

Что касается собственно порядка погашения эмитентом своих обязательств по государственным и муниципальным облигациям, то он предусмотрен нормами БК РФ, регламентирующими порядок учета и погашения государственного и муниципального долга, одной из форм которого являются обязательства по государственному и муниципальному займу. Прежде всего, необходимо обратить внимание на п. 2 ст. 98 БК РФ, согласно которому долговые обязательства Российской Федерации погашаются в сроки, которые определяются конкретными условиями займа и не могут превышать 30 лет; изменение условий выпущенного в обращение государственного займа, в том числе сроков выплаты и размера процентных платежей, срока обращения займа, не допускается. Аналогичные правила предусмотрены и в отношении погашения долговых обязательств субъектов Российской Федерации (п. 5 ст. 99 БК РФ). Долговые обязательства муниципальных образований должны погашаться в сроки, которые определяются условиями заимствований и не могут превышать 10 лет (п. 6 ст. 100 БК РФ).

Правда, несколько смущает то обстоятельство, что Федеральный закон "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" (п. 2 ст. 2) содержит норму, согласно которой исполнение обязательств Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований по государственным и муниципальным ценным бумагам осуществляется за счет средств соответствующей государственной или муниципальной казны в соответствии с законом или решением о бюджете на соответствующий финансовый год. Данное обстоятельство нередко трактуется в юридической литературе таким образом, что Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование - эмитенты государственных и муниципальных облигаций, принимая бюджет на очередной год, могут освободить себя от погашения обязательств по государственному (муниципальному) займу. Так, например, Е.А. Суханов пишет: "Исполнение же обязательств по займу... должно осуществляться в соответствии с утвержденным бюджетом на соответствующий финансовый год. Поэтому отсутствие бюджетных средств на погашение займа становится законным основанием для отказа в удовлетворении требований займодавцев-облигационеров. Все это, а также реальная практика частичного или даже полного отказа государства от исполнения своих обязательств по многим выпущенным им облигациям (в частности, в последнее время по обязательствам ГКО, облигациям внутреннего валютного займа - "вэбовкам" и др.) свидетельствуют о крайней ненадежности нашего государства как должника-заемщика" <*>.

<*> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 222.

Полностью соглашаясь со справедливым и обоснованным выводом Е.А. Суханова, отметим

лишь, что этот вывод относится скорее к реальной практике органов исполнительной власти и судов, нежели к положениям действующего законодательства.

Как уже отмечалось ранее, ни ГК РФ (п. 4 ст. 817), ни БК РФ (п. 2 ст. 97) не допускают изменение условий выпущенного в обращение государственного или муниципального займа. Более того, в соответствии с п. 2 ст. 113 БК все расходы на обслуживание долговых обязательств по государственным или муниципальным ценным бумагам должны быть отражены в бюджете как расходы на обслуживание государственного или муниципального долга.

Другое дело - практика органов государственной власти и местного самоуправления по исполнению своих обязательств, вытекающих из государственных и муниципальных займов: мы все были свидетелями неоднократных попыток этих органов уклониться от расчетов по ранее размещенным государственным и муниципальным облигациям, перенести сроки их погашения, в одностороннем порядке ухудшить положение владельцев государственных и муниципальных облигаций.

В связи с этим нельзя не согласиться со следующим выводом Е.А. Суханова: "В таких условиях, к сожалению, не приходится говорить об особой надежности государства как должника-заемщика (как и выпускаемых им ценных бумаг), свойственной развитым правовым порядкам" <*>.

<*> Суханов Е.А. Об ответственности государства по гражданско-правовым обязательствам // Вестник ВАС РФ. 2001. N 3. С. 122.

Заемные обязательства, удостоверенные векселем

В гл. 42 ГК (ст. 815) имеется норма о последствиях выдачи заемщиком векселя в целях удостоверения своего заемного обязательства. Согласно этой норме в случаях, когда в соответствии с соглашением сторон заемщиком выдан вексель, удостоверяющий ничем не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель) либо иного указанного в векселе плательщика (переводной вексель) выплатить по наступлении предусмотренного векселем срока полученные займы денежные суммы, отношения сторон по векселю регулируются Законом о переводном и простом векселе, а правила о договоре займа могут применяться к отношениям сторон постольку, поскольку они не противоречат этому закону.

Как видим, заемное обязательство, удостоверенное выдачей векселя, в отличие от облигационного займа, не образует какого-либо отдельного вида договора займа, а напротив, свидетельствует о трансформации заемного обязательства в вексельное. Правда, то обстоятельство, что в случае удостоверения заемного обязательства выдачей векселя все же сохраняется возможность применения (пусть и субсидиарного) к отношениям сторон правил о договоре займа, иногда рассматривается в юридической литературе как основание отнесения самих вексельных обязательств к гражданско-правовым обязательствам заемного типа. Так, Е.А. Суханов пишет: "Поскольку обычно векселя выдаются вместо уплаты сумм за полученные вещи, произведенные работы или оказанные услуги, т.е. по существу являются формой отсрочки уплаты денег (кредита в экономическом смысле), ГК обоснованно рассматривает вексельные обязательства как одну из разновидностей обязательств, вытекающих из договора займа. С этой точки зрения можно сказать, что вексель представляет собой форму кредита, а также средство расчетов с контрагентами (но, разумеется, не средство платежа)"

<*>.

<*> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 212.

Вместе с тем нельзя не заметить, что в подобных случаях, когда вексель выдается в соответствии с соглашением сторон в счет оплаты товаров, работ или услуг, судебная практика рассматривает обязательства, вытекающие из векселя, в качестве самостоятельных обязательств. Так, согласно разъяснениям, содержащимся в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2000 г. N 33/14 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей" (п. 35), в случаях, когда соглашением предусматривается, что одна сторона передает товары, производит работы или оказывает услуги, а другая выдает (передает) вексель или акцептует вексель на согласованных условиях, обязательства последней считаются исполненными при совершении этих действий. Факт неполучения оплаты по векселям не препятствует предъявлению требования об оплате товаров, работ или услуг по договору, если только иное не предусмотрено соглашением сторон. Однако отсутствие права требования, вытекающего из договора, не лишает сторону права при наличии необходимых оснований обратиться с иском о возврате неосновательного обогащения.

Обязанность должника уплатить денежную сумму может быть прекращена выдачей (передачей) или акцептом векселя на согласованных с кредитором условиях. В этом случае денежное обязательство по договору считается прекращенным на основании ст. 409 ГК (отступное), если сторона, выдавшая (передавшая) вексель, не несет по нему ответственность, либо на основании ст. 414 ГК (новация), если эта сторона принимает на себя ответственность по векселю.

Л.А. Новоселова подчеркивает, что вексель используется в гражданском обороте в основном в качестве средства оформления коммерческого кредита, предоставляемого в товарной форме продавцами, поставщиками, подрядчиками и т.п. в виде отсрочки уплаты денег за поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги, но не исключает также возможность применения векселя как средства получения платежа. "Вексель может быть также выдан заемщиком, - пишет Л.А. Новоселова, - в подтверждение своей обязанности выплатить полученные займы денежные суммы (ст. 815 ГК РФ). В этих отношениях выдача векселя не прекращает обязательств, возникших из договора (сделки), повлекшего выдачу векселя. По общему правилу выдача векселя не рассматривается как новация вытекающего из основной хозяйственной сделки денежного обязательства - уплатить цену за товары, работы или услуги, уплатить долг по займу. Передача векселя не погашает существующего между сторонами денежного обязательства; вексель передается как средство получения платежа. Лицо, которому вексель был выдан на основании таких сделок, в случаях утраты возможности осуществлять свои права из векселя (вексель признан недействительным ввиду дефекта формы, истекли давностные сроки по векселю и т.п.) может предъявить требование своему контрагенту о взыскании долга по основной сделке" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Вексель в хозяйственном обороте: Комментарий практики рассмотрения споров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 25.

На наш взгляд, обязательства, вытекающие из векселя (вексельные обязательства), вряд ли возможно рассматривать в качестве отдельного вида заемного обязательства по той причине, что совокупность всех отличительных признаков вексельных обязательств (практически во всех основных элементах этих обязательств) выходит далеко за рамки понятия видообразующих признаков (по отношению к родовому - "заемное обязательство") и дает основание квалифицировать вексельные обязательства в качестве самостоятельного типа гражданско-правовых обязательств.

Прежде всего, мы обнаруживаем существенную особенность в правовом регулировании вексельных обязательств: указанные отношения регулируются так называемым вексельным законодательством, которое включает в себя Федеральный закон от 11 марта 1997 г. N 48-ФЗ "О переводном и простом векселе" <*>; Положение о переводном и простом векселе, утвержденное Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. <*>, соответствующее тексту Единообразного закона о переводном и простом векселях, составляющего приложение N 1 к одной из Женевских вексельных конвенций (N 358 от 7 июня 1930 г.) <***>.

<*> СЗ РФ. N 11. Ст. 1238.

<*> СЗ СССР. 1937. N 52. Ст. 221.

<***> К числу Женевских вексельных конвенций, принятых 7 июня 1930 г., участницей которых (как правопреемник СССР) является Россия, относятся также Конвенция N 359 о коллизиях законов о переводных и простых векселях и Конвенция N 360 о гербовом сборе в отношении переводного и простого векселей (текст Конвенций см.: Международное торговое право: расчеты по контрактам: Сборник международных документов. М., 1996).

Приоритет вексельного законодательства перед иным гражданским законодательством четко сохраняется в судебной-арбитражной практике. Согласно Постановлению Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 г. N 33/14 (п. 1) при рассмотрении споров, связанных с обращением векселей, судам следует учитывать, что указанные отношения, в том числе вексельные сделки (в частности, по выдаче, акцепту, индоссированию, авалированию векселя, его акцепту в порядке посредничества и оплате), регулируются нормами специального вексельного законодательства. Вместе с тем данные сделки регулируются также и общими нормами гражданского законодательства о сделках и обязательствах (ст. ст. 153 - 181, 307 - 419 ГК). Исходя из этого, только в случаях отсутствия специальных норм в вексельном законодательстве суды могут применять общие нормы ГК к вексельным сделкам с учетом их особенностей.

Отличительные черты вексельных обязательств сторон отнюдь не ограничиваются названными особенностями правового регулирования соответствующих отношений. Существенные особые признаки вексельных обязательств, отличающие их от иных гражданско-правовых (включая заемные) обязательств, обнаруживаются во всех основных элементах этих обязательств: основаниях возникновения, форме их выражения, субъектном составе, содержании указанных обязательств, порядке их исполнения.

Известно, что вексельные обязательства относятся к числу так называемых абстрактных обязательств, для которых причины и основания их возникновения (например, удостоверение векселем заемного обязательства) не имеют правового значения. Так, простой вексель должен содержать "простое и ничем не обусловленное обещание векселедателя уплатить определенную

сумму" п. 75 Положения о переводном и простом векселе), а переводной вексель - "простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму" п. 1 Положения о переводном и простом векселе). Судебная практика исходит из того, что всякая попытка векселедателя обусловить оплату векселя какими-либо обстоятельствами лишает его силы векселя.

Так, общество с ограниченной ответственностью обратилось в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу о взыскании 500 тыс. руб. долга по векселю, процентов и пеней, предусмотренных п. 48 Положения о переводном и простом векселе, а также издержек по протесту векселя.

Решением арбитражного суда исковые требования были удовлетворены. Постановлением апелляционной инстанции решение отменено, в удовлетворении исковых требований отказано по мотиву дефекта формы векселя. Федеральный арбитражный суд округа своим постановлением отменил постановление апелляционной инстанции, оставив в силе решение первой инстанции.

При рассмотрении данного дела в порядке надзора Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ было установлено следующее.

Как следовало из материалов дела, ООО посредством индоссамента приобрело простой вексель ОАО на сумму 500 тыс. руб. со сроком платежа по предъявлении. В векселе содержится запись о том, что данный вексель принимается эмитентом только в уплату за поставленную продукцию. Это условие было включено в текст бланка векселя и расположено перед подписью лица, выдавшего вексель. Предъявленный к платежу спорный вексель не был оплачен, что послужило основанием для предъявления соответствующего иска.

Принимая решение об удовлетворении исковых требований, суды первой и кассационной инстанций исходили из того, что иск заявлен на основании документа, обозначенного как простой вексель, содержащего все обязательные для простого векселя обозначения, а включение в документ дополнительной записи не делает форму векселя дефектной, и к ней следует относиться как к ненаписанной.

Однако такой вывод нельзя признать правомерным.

Согласно п. 2 ст. 75 Положения о переводном и простом векселе вексель удостоверяет простое и ничем не обусловленное обязательство уплатить определенную сумму.

В данном случае содержащаяся в документе запись о принятии векселя только в уплату за поставленную продукцию удостоверяет не денежное, а иное обязательство.

При таких условиях документ, оформленный на бланке простого векселя, следует рассматривать как письменное обязательство, правоотношения сторон по которому регулируются нормами общегражданского, а не вексельного законодательства.

Следовательно, суд апелляционной инстанции обоснованно не признал спорный документ векселем и отказал в удовлетворении исковых требований, основанных на нормах вексельного законодательства <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2000. N 6. С. 44 - 45.

В Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря

2000 г. N 33/14 (п. 15) имеется разъяснение, согласно которому в случае предъявления требования об оплате векселя лицо, обязанное по векселю, не вправе отказаться от исполнения со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность. Исключения составляют лишь случаи, определенные ст. 17 Положения о переводном и простом векселе; в соответствии с этой статьей лица, к которым предъявлен иск по векселю, не могут противопоставить векселедержателю возражения, основанные на их личных отношениях к векселедателю или к предшествующим векселедержателям, если только векселедержатель, приобретая вексель, не действовал сознательно в ущерб должнику.

Судам предложено исходить из того, что на свои личные отношения к иным лицам, в том числе к предшествующим векселедержателям, должник вправе ссылаться лишь в том случае, когда векселедержатель, приобретая вексель, действовал сознательно в ущерб должнику, т.е. если он знал об отсутствии законных оснований к выдаче (передаче) векселя до или во время его приобретения. Лицо, обязанное по векселю, освобождается от платежа, если докажет, что предъявивший требование кредитор знал или должен был знать в момент приобретения векселя о недействительности или об отсутствии обязательства, лежащего в основе выдачи (передачи) векселя, либо получил вексель в результате обмана или кражи, либо участвовал в обмане в отношении этого векселя или его краже, либо знал или должен был знать об этих обстоятельствах до или в момент приобретения векселя. При этом под "личными отношениями" понимаются отношения по сделке между конкретными сторонами либо наличие со стороны держателя векселя обманных действий, направленных на получение подписи данного обязанного лица, а также иные отношения, известные лицам, между которыми возник спор об исполнении вексельного обязательства.

Хорошей иллюстрацией судебной практики, связанной с применением положения о праве векселедателя выдвигать против требования первого векселедержателя об оплате векселя возражения, вытекающие из известных им личных отношений, является один из примеров, приведенных в Обзоре практики разрешения споров, связанных с использованием векселя в хозяйственном обороте (п. 9 приложения к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 июля 1997 г. N 18) <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1997. N 10. С. 10.

В соответствии с условиями договора поставщик получил от покупателя простой вексель со сроком оплаты в течение трех месяцев со дня выдачи. Отгрузка продукции должна была производиться через месяц после выдачи векселя. В установленный срок отгрузка товара не произведена. Однако при наступлении срока платежа вексель предъявлен поставщиком покупателю для оплаты.

Поскольку покупатель отказался от платежа, поставщик обратился с иском в арбитражный суд с требованием о взыскании вексельного долга. При этом, по мнению поставщика, поскольку вексель является абстрактным обязательством и содержит ничем не обусловленное обязательство векселедателя заплатить по нему, арбитражный суд не вправе принимать во внимание ссылки покупателя на неисполнение поставщиком договора, лежащего в основе выдачи векселя.

Отказывая поставщику в иске, арбитражный суд обоснованно сослался на ст. 17 Положения о переводном и простом векселе, согласно которой установлено, что лица, к которым предъявлен иск

по переводному векселю, не могут противопоставить векселедержателю возражения, основанные на их личных отношениях к векселедателю или к предшествующим векселедержателям, если только векселедержатель, приобретая вексель, не действовал сознательно в ущерб должнику. Это правило в силу ст. 77 Положения применяется к простому векселю, поскольку оно не является несовместимым с природой простого векселя и может применяться при условии, что держателем векселя является лицо, добросовестно приобретшее вексель по индоссаменту.

Поскольку сущность отношений из сделки, лежащей в основании векселя, известна и векселедателю, и первому приобретателю как участникам этих отношений, такие отношения следует признать разновидностью отношений личных. Если векселедатель простого векселя доказывает отсутствие основания выдачи векселя, в иске первому приобретателю следует отказать.

Ссылка истца на недопустимость отказа от исполнения обязательства по ценной бумаге с указанием на отсутствие или недействительность его основания (п. 2 ст. 147 ГК) в данном случае не должна приниматься во внимание, так как относится только к добросовестному держателю.

В абстрактном обязательстве кредитор не обязан доказывать наличие основания требования. Но, если должник доказал отсутствие основания вексельного обязательства и известность этого факта кредитору по связывающей их гражданско-правовой сделке, оснований для взыскания средств по векселю не имеется.

И все же такого рода дела являются скорее исключением из общего правила о невозможности для лица, обязанного по векселю, отказаться от исполнения обязательства со ссылкой на отсутствие основания такого обязательства либо его недействительность, что соответствует абстрактному характеру вексельных обязательств.

Наиболее адекватной формой выражения абстрактных по своей природе вексельных обязательств является именно вексель как ценная бумага. Согласно ст. 142 ГК ценная бумага - документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении. Причем Федеральный закон от 11 марта 1997 г. N 48-ФЗ "О переводном и простом векселе" допускает возможность составления простого и переводного векселя только на бумаге (бумажном носителе). Поэтому вексельное законодательство не может применяться к обязательствам, оформленным на различных электронных и магнитных носителях.

Требование векселедержателя об исполнении вексельного обязательства, основанное на документе, не отвечающем требованиям к форме и наличию реквизитов, должно быть отклонено судом, что, однако, не является препятствием для предъявления самостоятельного иска, основанного на общих нормах гражданского законодательства об обязательствах. Судебная практика исходит из того, что невозможность признания документа векселем в силу дефекта его формы не препятствует предъявлению самостоятельного требования из такого документа на основании норм гражданского права об обыкновенном долговом документе. Иллюстрацией к сказанному служит следующий пример.

Векселедержатель обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с векселедателя простого векселя вексельной суммы и процентов, начисленных на нее.

Поскольку в ходе рассмотрения дела арбитражный суд установил дефект формы векселя, истец заявил ходатайство об изменении основания иска и просил взыскать сумму долга по договору займа. При этом истец представил доказательства, подтверждающие факт передачи ответчику денежных

средств на условиях договора займа. Из представленных истцом документов следовало, что вексель ответчиком выдан в подтверждение обязательства выплатить по наступлении обусловленного срока полученные займы денежные суммы (ст. 815 ГК).

Арбитражный суд ходатайство удовлетворил, указав на предоставленную истцу возможность заявить самостоятельное требование о взыскании суммы долга по гражданско-правовой сделке. Представленный истцом документ, названный сторонами векселем, был рассмотрен как долговая расписка. Правоотношения сторон в этом случае регулируются общегражданским законодательством, а не нормами вексельного права (п. 6 информационного письма от 25 июля 1997 г. N 18).

Весьма существенные особенности, отличающие вексельные обязательства от иных гражданско-правовых, в том числе заемных обязательств, можно обнаружить в субъектном составе указанных обязательств. В качестве кредиторов по таким обязательствам выступают векселедержатели. Право требовать исполнения вексельного обязательства принадлежит первому векселедержателю, имя (наименование) которого указывается в векселе в качестве обязательного реквизита. Векселедержатель может передать свое право другому лицу. Простой или переводной вексель, выданный без оговорки, исключаяющей возможность его передачи по индоссаменту, является ордерной ценной бумагой, и права по нему могут быть переданы посредством индоссаментов.

В соответствии со ст. ст. 16, 77 Положения о переводном и простом векселе лицо, у которого находится вексель, рассматривается как законный векселедержатель в том случае, когда оно основывает свое право на непрерывном ряде индоссаментов, даже если последний индоссамент является бланковым. Зачеркнутые индоссаменты считаются при этом ненаписанными.

Согласно Постановлению Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 г. N 33/14 (п. 9) судам при рассмотрении требований лиц, у которых находится вексель, рекомендовано проверять, является ли истец последним приобретателем прав по векселю по непрерывному ряду индоссаментов. Ряд вексельных индоссаментов должен быть последовательным, т.е. каждый предыдущий индоссамент должен являться последующим индоссаментом. Месторасположение передаточных надписей на векселе или на добавочном листе и даты их совершения (если они имеются) для целей определения непрерывности индоссаментов во внимание не принимаются.

Судам предложено также учитывать, что при наличии на векселе в ряду последовательных индоссаментов одного или нескольких зачеркнутых индоссаментов законным векселедержателем является лицо, на имя которого совершен последний перед зачеркнутым индоссаментом. Это лицо как законный векселедержатель вправе индоссировать вексель в общем порядке, зачеркнутый индоссамент в этом случае не принимается во внимание.

Если последний индоссамент является бланковым (т.е. не содержащим указания лица-индоссата), то в качестве законного векселедержателя рассматривается лицо, у которого вексель фактически находится; данное лицо вправе осуществлять все права по векселю, в том числе и право требовать платеж. В том случае, когда за бланковым индоссаментом следует другой индоссамент, лицо, подписавшее последний, считается приобретшим вексель по бланковому индоссаменту. В соответствии с ч. 2 ст. 13 Положения о переводном и простом векселе бланковый индоссамент имеет силу лишь в случае, когда он написан на обороте векселя или на добавочном листе.

Законный векселедержатель не обязан доказывать существование и действительность своих прав, они предполагаются существующими и действительными. Бремя доказывания обратного лежит на вексельном должнике.

Что касается должников по вексельным обязательствам, то вексельные сделки порождают две категории вексельных обязательств: обязательства прямых должников и обязательства должников в порядке регресса. В связи с этим в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 г. N 33/14 (п. 21) имеется разъяснение, согласно которому прямыми должниками являются векселедатель в простом векселе и акцептант - в переводном. Требования к ним, а также к авалистам данных лиц могут быть предъявлены как в срок платежа, так и в течение всего срока вексельной давности безотносительно к наличию или отсутствию протеста. Основанием требований к прямым должникам является сам вексель, находящийся у кредитора. Все иные лица являются участниками регрессных вексельных обязательств, что означает наступление этих обязательств только при условии наличия протеста в неплатеже либо иного нарушения при обороте векселя со стороны прямых должников. Без такого протеста регрессные должники не обязаны по векселю, кроме случаев, когда иное предусмотрено в самом векселе либо прямо установлено Положением о переводном и простом векселе.

Судебная практика исходит из того, что по наступлении срока платеж по векселю может быть потребован только от прямого должника, но не от должника, обязанного в порядке регресса. Отказ регрессного должника (индоссата, авалиста за индоссата) от платежа не подлежит удостоверению протестом. Протесты, удостоверяющие отказы от платежей должников, обязанных в порядке регресса, не могут приниматься судами как основание предъявления вексельного иска к должникам.

Особым своеобразием отличается правовое положение таких участников вексельных обязательств, как индоссанты. Согласно ст. 15 Положения о переводном и простом векселе индоссант, поскольку не оговорено обратное, отвечает за акцепт и за платеж. Он может запретить новый индоссамент; в таком случае он не несет ответственность перед теми лицами, в пользу которых вексель был после этого индоссирован.

При разрешении споров суды исходят из того, что возможность включения в индоссамент оговорки "без оборота на меня" или какой-либо иной оговорки, имеющей в виду освобождение индоссанта от ответственности за платеж по векселю, вытекает из названной статьи Положения. В указанном случае индоссант отвечает лишь за действительность переданного по векселю требования. Такая оговорка означает, что при неакцепте к данному индоссанту не могут быть предъявлены требования платежа по векселю, т.е. индоссант освобождается от ответственности за неисполнение обязательств по векселю.

Что касается права индоссанта запретить новый индоссамент, то в этом случае индоссант несет ответственность перед теми лицами, в пользу которых вексель после этого был индоссирован. Воспреещение индоссаamenta может быть выражено посредством включения в вексель оговорок "платите только такому-то лицу", "платите такому-то, но не его приказу", "такому-то без права индоссирования" и иных равнозначных выражений. Такие оговорки освобождают индоссанта от ответственности по векселю перед всеми последующими векселедержателями, кроме лица, которому он непосредственно передал вексель (п. 16 Постановления от 4 декабря 2000 г. N 33/14).

Определенными особенностями отличается и правовое положение авалиста как должника в обязательстве по вексельному поручительству. В Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 г. N 33/14 (п. 34) специально подчеркивается, что правоотношения по обязательствам, вытекающим из вексельного поручительства (авалья), регулируются особыми правилами, отличными от правил о договоре поручительства и банковской гарантии (ст. ст. 361 - 379 ГК).

Если обеспеченное авалем обязательство по векселю недействительно ввиду дефекта формы, то обязательство авалиста также недействительно. В этом случае к авалисту не может быть предъявлено требование по правилам, установленным в отношении общегражданского поручителя или гаранта.

В соответствии со ст. 32 Положения о переводном и простом векселе авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль, т.е. в том же объеме и на тех же условиях. Вследствие этого авалист, давший аваль за векселедателя простого векселя либо за акцептанта переводного векселя, несет ответственность перед векселедержателем на тех же условиях, т.е. независимо от совершения протеста векселя в неплатеже.

Судам рекомендовано исходить из того, что авалист помимо собственных возражений вправе выдвигать против требования векселедержателя возражения, которые могло бы представить то лицо, за которое дан аваль (в том числе в отношении срока и места предъявления векселя).

Поскольку авалист отвечает так же, как и тот, за кого был дан аваль, обязательство авалиста отпадает, если платеж по векселю был произведен лицом, за которое авалист давал вексельное поручительство.

Сложный субъектный состав вексельных обязательств предопределяет существенные особенности содержания указанных обязательств и порядка их исполнения, которые также служат признаками, отличающими вексельные обязательства от иных гражданско-правовых обязательств и свидетельствующими о самостоятельном характере вексельных обязательств.

В связи с этим представляется вполне справедливым утверждение В.А. Белова о том, что "вексель представляет собою документ, воплощающий в себе обязательства различного содержания: так, например, обязательство векселедателя переводного векселя по содержанию не тождественно обязательству векселедателя в простом векселе; обязательство индоссанта отличается по содержанию от обязательства акцептанта и др. Вместе с тем все эти обязательства связаны между собой вексельной формой их воплощения, что подчиняет их единым принципам вексельного правового регулирования и сообщает им некоторые общие черты. Именно благодаря этим общим чертам вексельные обязательства следует вычленять в особую группу гражданско-правовых обязательств - группу обязательств, общее гражданско-правовое регулирование которых исключается специальными нормами вексельного права" <*>.

<*> Белов В.А. Очерки по вексельному праву. М., 2000. С. 83.

Подтверждением вывода об особом содержании вексельных обязательств могут служить условия о сроке и месте платежа по векселю и правила, регулирующие их исполнение.

В соответствии с Положением о переводном и простом векселе (ст. ст. 33 - 35) вексель может быть выдан сроком: по предъявлении; во столько-то времени от предъявления; во столько-то времени от составления; на определенный день.

Простой либо акцептованный переводной вексель сроком по предъявлении должен быть оплачен немедленно по его предъявлении (т.е. в день его надлежащего предъявления к платежу). Держатель векселя со сроком по предъявлении обязан предъявить его к платежу в течение года со дня его составления, если векселедатель не сократил этот срок или не обусловил более продолжительный срок. Эти сроки могут быть сокращены индоссантами. Срок для предъявления начинает течь со дня

составления векселя. Если в векселе сроком по предъявлении установлено, что он не может быть предъявлен к платежу ранее определенной даты, то в этом случае срок для предъявления начинается с этой даты.

Судебная практика исходит из того, что при непредъявлении переводного векселя в указанные сроки держатель утрачивает права, вытекающие из этого векселя, против индоссантов, против векселедателя и против других обязанных лиц, за исключением акцептанта (ст. 53 Положения о переводном и простом векселе). При непредъявлении простого векселя держатель утрачивает права в отношении обязанных по векселю лиц, кроме векселедателя (ст. ст. 78, 53 Положения).

Такие же последствия наступают, если вексель со сроком платежа на определенный день или во столько-то времени от составления или от предъявления не был предъявлен к платежу в день, когда он должен быть оплачен либо в один из двух следующих рабочих дней (ст. ст. 38, 53 и 78 Положения). При пропуске указанных сроков наступают последствия, предусмотренные ст. 53 Положения о переводном и простом векселе, а для простого векселя - ст. ст. 53 и 78 Положения (п. 18 Постановления от 4 декабря 2000 г. N 33/14).

В соответствии с ч. 1 ст. 70 Положения о переводном и простом векселе исковые требования, вытекающие из переводного векселя против акцептанта, погашаются с истечением трех лет со дня срока платежа. Этот срок применяется как в отношении иска векселедержателя, так и в отношении исков индоссантов переводного векселя, лиц, давших за них аваль, предъявленных к векселедателю простого векселя, а также исков лиц, оплативших вексель в порядке посредничества.

В названных случаях начало течения трехгодичного срока на предъявление исковых требований к акцептанту переводного векселя либо к векселедателю простого векселя определяется днем срока платежа в соответствии с условиями векселя.

При рассмотрении споров суды исходят из того, что с истечением предусмотренных ст. 70 Положения о переводном простом векселе пресекательных сроков прекращается материальное право требовать платежа от обязанных по векселю лиц. Суды применяют эти сроки независимо от заявления стороны. Предусмотренные Положением сроки для предъявления исковых требований по векселю не могут быть изменены соглашением сторон. Эти сроки не подлежат приостановлению и восстановлению (п. 22 Постановления от 4 декабря 2000 г. N 33/14).

Что касается условия вексельных обязательств о месте платежа по векселю, то предъявление векселя к платежу должно состояться в месте платежа, указанном в векселе, а если место платежа не было прямо указано, то в месте, обозначенном рядом с наименованием плательщика (акцептанта) переводного векселя (ст. 2 Положения о переводном и простом векселе), либо в месте составления простого векселя (ст. 76 Положения).

Вексельные обязательства прямых должников - векселедателя простого векселя и акцептанта переводного векселя - могут быть исполнены надлежащим образом только при условии предъявления векселя к платежу в надлежащем месте. Место платежа может определяться указанием на населенный пункт или конкретный адрес.

Требование о платеже, предъявленное в месте, отличном от места, определенного в векселе на основании изложенных выше правил как место платежа, не может считаться предъявленным надлежащим образом. Соответственно, протест в неплатеже, совершенный без указания о представлении векселя к платежу по месту, определенному в векселе как место платежа, не может считаться надлежащим доказательством отсутствия платежа и не может быть основанием

удовлетворения регрессных вексельных требований. При множественности обозначений мест платежа в одном векселе он считается дефектным по форме, и недостаток его не может быть восполнен.

Прямой должник по векселю обязан доказать свои возражения против того, что векселедержатель не предъявил ему подлинник векселя либо не предоставил возможность проверить наличие в надлежащем месте и в надлежащий срок у предъявившего требование лица подлинника векселя и права держателя векселя.

Положением о переводном и простом векселе (ст. 47) предусмотрено, что все выдавшие, акцептовавшие, индоссировавшие переводной вексель или поставившие на нем аваль являются солидарно обязанными перед векселедержателем. Векселедержатель имеет право предъявить иск к каждому из этих лиц в отдельности и ко всем вместе, не будучи принужден соблюдать при этом последовательность, в которой они обязались.

Отношения, возникающие при возложении солидарной вексельной ответственности, регулируются нормами ст. ст. 47 - 51 Положения о переводном и простом векселе, а нормы ГК (ст. ст. 322 - 325) о солидарных обязательствах к солидарной вексельной ответственности не применяются.

Согласно Постановлению Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 г. N 33/14 (п. п. 38 - 39) при рассмотрении споров суды должны учитывать, что процессуальной формой привлечения к ответственности по векселю является привлечение обязанных лиц в качестве соответчиков. Предъявление иска или требования о выдаче судебного приказа к одному или нескольким должникам не является препятствием для предъявления иска или требования к иному лицу, обязанному по векселю, к которому таковые не предъявлялись.

Вынесение решения об удовлетворении иска либо выдача судебного приказа в отношении одного или нескольких обязанных по векселю лиц по одному делу не является основанием для отказа во взыскании сумм по другому требованию, предъявленному к иным ответственным по векселю лицам, если судом будет установлено, что обязательство перед векселедержателем не исполнено.

При рассмотрении требования, предъявленного к нескольким обязанным по векселю лицам, суд должен обсудить вопрос о возложении ответственности по векселю в отношении каждого соответчика. На должников, основания для освобождения которых от ответственности отсутствуют, ответственность возлагается солидарно. При удовлетворении иска суд в резолютивной части решения указывает всех соответчиков, за счет которых удовлетворен иск, а также то, что сумма иска подлежит взысканию с них солидарно.

О принадлежности вексельных обязательств к категории денежных обязательств свидетельствует норма вексельного законодательства о процентах годовых, начисляемых на вексельную сумму в качестве платы за пользование чужими денежными средствами. Согласно ст. 5 Положения о переводном и простом векселе проценты на сумму векселя сроком по предъявлению или в столько-то времени от предъявления начинают начисляться со дня составления векселя, если в самом векселе не указана другая дата. При определении момента, с которого должно начинаться начисление процентов по векселям, имеется в виду, что указанием другой даты должны считаться как прямая оговорка типа "проценты начисляются с такого-то числа", так и дата наступления минимального срока для предъявления к платежу векселя сроком "по предъявлению, но не ранее" (ч. 2 ст. 34 Положения).

Начисление процентов на сумму векселя со сроком платежа по предъявлении заканчивается в

момент предъявления векселя к платежу, но не позднее чем в момент истечения срока, установленного ч. 1 ст. 34 Положения о переводном и простом векселе. Начисление процентов на сумму векселя со сроком платежа во столько-то времени от предъявления заканчивается в момент предъявления векселя для проставления датированной отметки о предъявлении, но не позднее чем в момент истечения срока, установленного ст. 23 Положения.

Особым образом регулируются вопросы ответственности за неисполнение или просрочку исполнения вексельных обязательств.

На основании подп. 2 ст. 48 Положения о переводном и простом векселе векселедержатель может требовать от того, к кому он предъявляет иск, уплаты процентов и пени на вексельную сумму. Указанные проценты и пеня начисляются со дня, следующего за днем платежа, и по день, когда векселедержатель получил платеж либо от лица, которому им был предъявлен иск, либо от иного обязанного по векселю лица, независимо от того, было ли вынесено ранее судебное решение о взыскании этих сумм.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона "О переводном и простом векселе" в отношении векселя, предъявленного к оплате и подлежащего оплате на территории Российской Федерации, проценты и пеня, указанные в ст. ст. 48 и 49 Положения, выплачиваются в размере учетной ставки Центрального банка Российской Федерации по правилам, установленным ст. 395 ГК для расчета процентов. Пеня, предусмотренная подп. 4 ст. 48 Положения, может быть уменьшена судом на основании ст. 333 ГК. Кроме того, векселедержатель вправе требовать возмещения убытков в размере иного ущерба, причиненного задержкой платежа, в части, превышающей суммы, взыскиваемые в качестве процентов и пени.

Наличие убытков, их размер, а также причинная связь между нарушением вексельного обязательства и возникшими убытками подлежат доказыванию взыскателем.

Таким образом, вексельные обязательства не являются разновидностью займа. Напротив, они должны быть квалифицированы в качестве самостоятельного типа обязательств, отличного от всех иных гражданско-правовых обязательств и регулируемого специальным вексельным законодательством. Об этом и говорится в ст. 815 ГК.

Обязательство коммерческого кредита

Обязательство коммерческого кредита не имеет форму отдельного договорного правоотношения, а возникает в тех гражданско-правовых договорах, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, при том условии, что одна из сторон такого договора предоставляет свое исполнение контрагенту как бы в кредит, с отсрочкой получения предусмотренного договором встречного исполнения со стороны этого контрагента. Последний в силу названных обстоятельств какое-то время (до исполнения своего обязательства), по сути, пользуется денежными средствами (вещами, определяемыми родовыми признаками), переданными ему другой стороной или подлежащими передаче указанной стороне в оплату полученных от нее товаров, выполненных работ, оказанных услуг. Правоотношение, складывающееся в подобных ситуациях по поводу пользования чужими денежными средствами (вещами, определяемыми родовыми признаками), имеет черты обязательства заемного типа и названо в ГК коммерческим кредитом (ст. 823).

Следует, однако, подчеркнуть достаточно условный характер наименования соответствующего обязательства, используемого в ГК. Впервые в современной юридической литературе на это обратил внимание С.А. Хохлов, который указывал: "Коммерческий кредит означает кредитование, осуществляемое непосредственно самими участниками производства и реализации товаров (работ, услуг), и противопоставляется банковскому кредиту, осуществляемому банками и другими кредитными учреждениями. Исходя из широкого понимания коммерческого кредита, к нему следовало бы, например, отнести заем, предоставленный любым лицом, не обладающим статусом кредитной организации. Определение коммерческого кредита, данное в статье 823, не охватывает, однако, всех случаев такого кредитования в его широком понимании. В качестве коммерческого кредита здесь рассматривается только кредит, предоставляемый не по самостоятельному заемному обязательству (договору займа, кредитному договору, договору о товарном кредите), а во исполнение договоров на реализацию товаров, выполнение работ или оказание услуг" <*>.

<*> Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. С. 431 - 432 (автор комментария - С.А. Хохлов).

Е.А. Суханов подчеркивает, что обязательство коммерческого кредита не образует отдельного договора, а входит в состав иных гражданско-правовых договоров. "Коммерческий кредит (ст. 823 ГК РФ) представляет собой не самостоятельную сделку заемного типа, а условие, содержащееся в возмездном договоре, - считает он. - Любой такой договор, например договор купли-продажи, аренды, подряда, перевозки и т.д., может включать условие о полной предварительной оплате или авансе (частичной оплате) предоставляемого имущества, результатов работ или оказания услуг (установленное в интересах отчуждателя или услугодателя) либо, напротив, об отсрочке или рассрочке такой оплаты (служащее интересам приобретателя или услугополучателя). Экономически во всех этих случаях речь все равно идет о кредите, по существу предоставляемом одной стороной договора другой, например при купле-продаже товара с рассрочкой его оплаты" <*>.

<*> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 43.

Необходимым признаком договоров, которыми может предусматриваться предоставление коммерческого кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг, является то обстоятельство, что существо обязательства, лежащего на одной из сторон, должно состоять в передаче в собственность другой стороне именно денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками.

Судебная практика нередко сталкивается с ситуациями, когда участники споров пытаются квалифицировать в качестве коммерческого кредита обязательства продавцов (поставщиков), принявших в качестве предоплаты за товар векселя, выданные покупателями, либо совершение последними иных юридических действий. В подобных случаях арбитражные суды не признают правоотношения сторон коммерческим кредитом и в целом не находят оснований для возникновения на стороне продавцов (поставщиков) каких-либо денежных обязательств.

Так, открытое акционерное общество "Завод сварных машиностроительных конструкций" (далее - завод) обратилось в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу "Нижнетагильский металлургический комбинат" (далее - комбинат) о взыскании стоимости непоставленной продукции и процентов за пользование чужими денежными средствами (коммерческий кредит).

Решением арбитражного суда исковые требования были удовлетворены частично: с ответчика взыскан основной долг в полной сумме и проценты за пользование чужими денежными средствами, уменьшенные на основании ст. 333 ГК. Постановлением апелляционной инстанции решение оставлено без изменения.

При рассмотрении данного дела Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в порядке надзора выяснилось следующее.

Как следовало из материалов дела, между комбинатом (продавец) и заводом (покупатель) заключен договор на поставку металлопродукции, согласно условиям которого в оплату продукции принимаются векселя, облигации и казначейские обязательства.

Во исполнение договорных обязательств истец передал ответчику два простых векселя на сумму, составляющую стоимость металлопродукции. Фактически металлопродукция поставлена лишь на часть этой суммы.

Невыполнение обязательств ответчиком явилось основанием для предъявления соответствующего иска в соответствии со ст. 487 ГК.

Принимая решение о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами, суд исходил из наличия у ответчика денежного обязательства коммерческого кредита перед истцом, поскольку вексель в данном случае служил средством платежа и был выдан поставщику в качестве предоплаты.

Данный вывод был признан неправомерным, а решение в части взыскания процентов необоснованным.

Статья 395 ГК предусматривает последствия неисполнения или просрочки исполнения денежного обязательства, в силу которого на должника возлагается обязанность уплатить деньги. Положения данной статьи не применяются к отношениям сторон, если они не связаны с использованием денег в качестве средства платежа или погашения денежного долга.

Поскольку в данном случае в качестве средства платежа сторонами были использованы не деньги, а ценные бумаги, что исключает возможность возникновения обязательства коммерческого кредита и реального пользования денежными средствами, применение ст. 395 ГК является неправильным.

В удовлетворении исковых требований о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами было отказано, и в этой части судебные акты отменены <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2000. N 2. С. 58.

По другому делу закрытое акционерное общество "Галс" обратилось в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу "Братсккомплексхолдинг" о возврате 48923941 руб.

предварительной оплаты за товар, не поставленный ответчиком, и о взыскании 8611995 руб. процентов за пользование чужими денежными средствами.

Решением арбитражного суда иски удовлетворены.

Федеральный арбитражный суд кассационным постановлением решение изменил: с ответчика взыскана сумма основного долга, а в остальной части иска отказано.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ данные судебные акты отменил по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, между ОАО "Братсккомплексхолдинг" (поставщик) и ЗАО "Галлс" (покупатель) был заключен договор, в соответствии с которым поставщик должен был поставить продукцию, а покупатель - оплатить ее путем проведения зачета с ОАО "Иркутскэнерго" на 12,5 млн. руб. задолженности поставщика за тепловую и электрическую энергию. В соответствующем пункте договора содержалось условие о фиксировании этой суммы в долларах США на день совершения зачета. Покупатель свои обязательства выполнил, что подтверждалось протоколом зачета взаимной задолженности. Однако поставщик продукцию не отгрузил.

Считая действия по осуществлению зачета предварительной оплатой, а следовательно, предоставлением коммерческого кредита, покупатель на основании п. 2 ст. 317 и п. 3 и 4 ст. 487 ГК обратился с иском к поставщику о взыскании суммы, на которую был произведен зачет, исходя из рублевого эквивалента зачтенной суммы в долларах США на день предъявления иска (2047166,72 дол. США), а также процентов за пользование чужими денежными средствами.

Применяя к отношениям сторон указанные нормы, суд не учел следующего. Согласно п. 1 ст. 454 ГК по договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

В случаях, когда продавец не предоставит покупателю товар, право требовать возврата суммы предварительной оплаты на основании ст. 487 ГК возникает у покупателя, если оплата производилась им в денежной форме.

Доказательства погашения долгов поставщика третьему лицу в денежной форме истцом не представлены. Договором поставки также не предусмотрены оплата товара либо осуществление зачета в денежной форме.

При таких условиях у судов не имелось оснований для применения к правоотношениям сторон правил ст. 487 ГК.

Что касается отказа во взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами, то постановление суда кассационной инстанции в этой части было признано обоснованным <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 8. С. 24.

В целом же, как подчеркивается в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 <*> (п. 12), к коммерческому кредиту судебно-арбитражная практика относит "гражданско-правовые обязательства, предусматривающие отсрочку или рассрочку оплаты товаров, работ или услуг, а также предоставление денежных средств в виде

аванса или предварительной оплаты".

<*> Вестник ВАС РФ. 1998. N 11. С. 7 - 14.

Вместе с тем необходимо учитывать, что даже в отношении тех договоров, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, возможность предоставления коммерческого кредита может быть ограничена законом. Например, в силу п. 2 ст. 711 ГК по договору подряда подрядчик вправе требовать выплаты ему аванса только в случаях и в размере, указанных в законе или договоре, а по договору бытового подряда работа оплачивается заказчиком после ее сдачи подрядчиком, и лишь с согласия заказчика работа может быть оплачена им при заключении договора полностью или путем выдачи аванса (ст. 735 ГК); по договору хранения вознаграждение за хранение должно быть уплачено хранителю по окончании хранения, а если оплата хранения предусмотрена по периодам, то вознаграждение должно выплачиваться соответствующими частями по истечении каждого периода (п. 1 ст. 896 ГК).

Очевидно, что предоставление коммерческого кредита должно быть предусмотрено непосредственно в соответствующем договоре, т.е. являться одним из его условий. В связи с этим трудно согласиться с встречающимся в юридической литературе мнением о том, что обязательство коммерческого кредита может быть установлено и отдельным соглашением сторон. Так, Л.А. Новоселова пишет: "Включение "кредитного элемента" в тот или иной возмездный договор не должно пониматься слишком упрощенно. Соглашение о применении той или иной формы коммерческого кредитования может не включаться в текст основного договора, а заключаться отдельно. К примеру, стороны могут заключить отдельное соглашение о предоставлении денежных средств организации-подрядчику. Вопрос о том, было ли данное предоставление коммерческим кредитом в форме аванса под определенные объемы работ, должен решаться судом с учетом всех представленных по делу доказательств" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. С. 121.

Однако, если сторонами заключено отдельное соглашение о предоставлении организации-подрядчику денежных средств на возвратной основе, такое соглашение скорее всего будет являться самостоятельным договором целевого займа (ст. 814 ГК), если только сами стороны не признают его неотъемлемой частью договора подряда (лишь в таком случае правоотношения сторон, вытекающие из указанного соглашения, могут быть признаны обязательством коммерческого кредита).

Основное юридическое последствие квалификации правоотношений сторон, складывающихся по определенному гражданско-правовому договору в качестве обязательства коммерческого кредита, состоит в том, что, как указано в п. 2 ст. 823 ГК, к коммерческому кредиту соответственно применяются правила гл. 42 ГК "Заем и кредит", если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства.

В юридической литературе активно обсуждается вопрос о том, какие именно правила из

содержащихся в гл. 42 ГК подлежат применению к отношениям коммерческого кредита в первую очередь: общие положения о займе или нормы о кредитном договоре.

Например, Е.А. Павлодский пишет: "К коммерческому кредиту применяются общие нормы, регулирующие кредитный договор. Так, коммерческий кредит предоставляется на возмездной основе, если это не противоречит сущности договора, по которому предоставляется коммерческий кредит. Проценты, взимаемые по коммерческому кредиту, являются платой за пользование чужими денежными средствами" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 18.

По мнению Е.А. Суханова, к договорному условию о коммерческом кредитовании "должны "соответственно" применяться правила о займе или кредите, если только иное прямо не предусмотрено в содержании договора и не противоречит существу возникающего на его основе обязательства (например, предусмотренная ст. 821 ГК РФ возможность одностороннего отказа от предоставления или получения кредита едва ли применима к рассматриваемой ситуации). Это касается прежде всего необходимости письменного оформления условия о таком займе (кредите), возможности получения по нему процентов и последствий его несоблюдения сторонами" <*>.

<*> Суханов Е.А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе Российской Федерации. С. 43.

Л.А. Новоселова, комментируя положение, содержащееся в п. 12 Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (а именно если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства, к коммерческому кредиту применяются нормы о договоре займа), утверждает, что указанное положение "не препятствует применению к отношениям по коммерческому кредитованию норм о кредитном договоре (параграф 2 гл. 42), если это вытекает из условий обязательства" <*>. Правда, в подтверждение этого вывода автором приводится, на наш взгляд, не вполне удачный пример: "В частности, если стороны установили в договоре купли-продажи условие о неустойке, подлежащей применению в случае неперечисления аванса, то рассматривать отношения по передаче суммы аванса как реальную сделку нет оснований. Эта сделка будет являться консенсуальной, и в отношении обязанностей кредитующей (авансирующей) стороны возможно применение норм ст. ст. 820 и 821 ГК РФ" <***>.

<*> Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. С. 121.

<***> Там же.

Очевидно, что если стороны заключили договор купли-продажи с условием о предоставлении покупателем аванса продавцу, то мы имеем дело с договором, по которому должна быть произведена предварительная оплата товара, подпадающим под действие ст. 487 ГК. Согласно п. 2 этой статьи в

случае неисполнения покупателем обязанности предварительно оплатить товар применяются правила, предусмотренные ст. 328 ГК. Следовательно, продавец по такому договору купли-продажи признается субъектом встречного исполнения. В соответствии же с п. п. 2 и 3 ст. 328 ГК в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. Если обусловленное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения в части, соответствующей непредоставленному исполнению. В случае, когда встречное исполнение обязательства все же произведено, несмотря на непредоставление другой стороной обусловленного договором исполнения своего обязательства, эта сторона обязана предоставить такое исполнение.

Из приведенных императивных норм, содержащихся в ст. 328 ГК, следует, что продавец по договору купли-продажи с условием о предварительной оплате товара может предъявить требование о применении к покупателю ответственности (включая взыскание неустойки) за неисполнение обязательства по предварительной оплате (авансированию) лишь в случае, если сам продавец исполнит свое обязательство по передаче товара покупателю либо заявит отказ от договора. Таким образом, возможность установления сторонами в рассматриваемом договоре неустойки на случай неисполнения покупателем обязанности по предварительной оплате товара и основания ее применения предопределены правилами о встречном исполнении обязательств (п. 2 ст. 487, а также ст. 328 ГК), а не тем обстоятельством, что "рассматривать отношения по передаче суммы аванса как реальную сделку нет оснований", поскольку "эта сделка является консенсуальной" (не говоря уже о том, что условие договора о предварительной оплате вряд ли возможно вообще рассматривать в качестве сделки).

Кроме того, не следует забывать, что обязательство коммерческого кредита представляет собой лишь один из элементов договора купли-продажи с предварительной оплатой товара (впрочем, как и любого иного гражданско-правового договора) и не может оказывать решающего влияния на судьбу договора в целом. По этой причине к договору, содержащему условие о коммерческом кредите, вряд ли можно применить положения ст. 821 ГК, наделяющие кредитора правом отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита, а заемщика - правом отказаться от получения кредита. В рамках иных гражданско-правовых договоров подобные действия сторон будут означать односторонний отказ от исполнения договорных обязательств, что является совершенно недопустимым и вредным для имущественного оборота.

Именно данным обстоятельством объясняется ограничительное толкование нормы п. 2 ст. 823 ГК, данное в п. 12 Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14, которое ориентирует судебную-арбитражную практику на применение к отношениям коммерческого кредита лишь норм о договоре займа, упуская из виду специальные правила о кредитном договоре.

Применение в соответствующих случаях норм о договоре займа означает, что отношения по коммерческому кредиту, складывающиеся в рамках иных гражданско-правовых договоров, подпадают под действие законоположений, регулирующих размер и порядок уплаты заемщиком процентов по договору займа. Прежде всего, речь идет о п. 1 ст. 809 ГК, согласно которому займодавец (если иное не предусмотрено законом или договором) имеет право на получение с

заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке, определенных договором. При отсутствии в договоре займа соответствующего условия размер процентов определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавец является юридическим лицом - в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части. В то же время договор займа предполагается беспроцентным, если в нем прямо не предусмотрено иное; в случаях, когда договор заключен между гражданами на сумму, не превышающую пятидесятикратного установленного законом минимального размера оплаты труда, и не связан с осуществлением предпринимательской деятельности хотя бы одной из сторон, по договору заемщику передаются не деньги, а другие вещи, определенные родовыми признаками (п. 3 ст. 809 ГК). Данные положения в полной мере применимы и к обязательствам коммерческого кредита, вытекающим из иных гражданско-правовых договоров.

Важное значение для практики применения приведенных норм к отношениям коммерческого кредита имеют разъяснения, содержащиеся в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14, которые касаются определения правовой природы соответствующих процентов и порядка их взыскания. Согласно п. 12 названного Постановления проценты, взимаемые за пользование коммерческим кредитом (в том числе суммами аванса, предварительной оплаты), являются платой за пользование чужими денежными средствами. При отсутствии в законе или договоре условий о размере и порядке уплаты процентов за пользование коммерческим кредитом суды должны руководствоваться нормами ст. 809 ГК. Проценты за пользование коммерческим кредитом подлежат уплате с момента, определенного законом или договором. Если же законом или договором этот момент не определен, следует исходить из того, что такая обязанность возникает с момента получения товаров, результатов работ или услуг (при отсрочке платежа) или с момента предоставления денежных средств (при авансе или предварительной оплате) и прекращается при исполнении стороной, получившей кредит, своих обязательств либо при возврате полученного в качестве коммерческого кредита, если иное не предусмотрено законом или договором.

В определенных случаях к отношениям коммерческого кредита подлежат применению и положения о последствиях нарушения заемщиком договора займа, предусмотренные п. 1 ст. 811 ГК, согласно которому, если иное не предусмотрено законом или договором займа, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК. Имеются в виду ситуации, когда на должнике по обязательству коммерческого кредита лежит обязанность по отсроченной или рассроченной оплате полученных им товаров, выполненных работ или оказанных услуг, т.е. когда речь идет о просроченном денежном обязательстве.

Как разъясняется в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 (п. 15), проценты, предусмотренные п. 1 ст. 811 ГК, являются мерой гражданско-правовой ответственности; указанные проценты, взыскиваемые в связи с просрочкой возврата суммы займа, начисляются на эту сумму без учета начисленных на день возврата процентов за пользование заемными средствами, если в обязательных для сторон правилах либо в договоре нет прямой оговорки об ином порядке начисления процентов. При наличии в договоре условий о начислении при просрочке возврата долга повышенных процентов, а также неустойки за то же нарушение (за исключением штрафной) кредитор вправе предъявить требование о применении одной из мер ответственности, не доказывая факта и размера убытков, понесенных им при неисполнении денежного обязательства.

Таким образом, на должника по обязательству коммерческого кредита, выраженному в денежной форме, просрочившего его исполнение, может быть одновременно возложена обязанность по уплате двух ставок процентов (например, двух ставок рефинансирования): по п. 1 ст. 809 и п. 1 ст. 811 ГК. Однако по своей правовой природе (и, стало быть, по порядку взыскания) это две совершенно различные меры воздействия на должника: проценты, уплачиваемые должником на сумму коммерческого кредита в размере и порядке, определенных п. 1 ст. 809 ГК, представляют собой плату за пользование чужими денежными средствами и подлежат уплате по правилам об основном денежном долге (т.е. практически во всех случаях); проценты, установленные п. 1 ст. 811, являются мерой гражданско-правовой ответственности за задержку исполнения денежного обязательства и подлежат применению в этом своем качестве при наличии соответствующих оснований и условий ответственности, предусмотренных гл. 25 ГК. И даже в тех случаях, когда в договоре предусмотрено лишь увеличение размера процентов в связи с просрочкой уплаты долга, размер ставки, на которую увеличена плата за пользование денежными средствами, признается в судебной-арбитражной практике иным размером процентов, установленных договором в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК (п. 15 Постановления от 8 октября 1998 г. N 13/14).

Иллюстрацией к сказанному может служить следующий пример. Закрытое акционерное общество "Автодеталь" (поставщик) обратилось в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью "Агат" (покупатель) о взыскании 7,6 тыс. руб. процентов за пользование коммерческим кредитом. Решением арбитражного суда, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции, исковые требования были удовлетворены в полном размере.

При проверке судебных актов по данному делу в кассационном порядке было установлено, что между сторонами был заключен договор, в соответствии с которым поставщик обязался своим транспортом доставить товары в место нахождения покупателя и передать их последнему, а покупатель должен был принять указанные товары и оплатить их по ценам, указанным в договоре. Договор также содержал условие о предоставлении покупателю трехдневной отсрочки в оплате товаров и его обязанности уплатить поставщику проценты за пользование коммерческим кредитом, начисляемые со дня передачи товаров, в размере трехкратной ставки рефинансирования Центрального банка РФ; начиная со второго месяца размер процентов удваивался.

Как следовало из материалов дела, продавец выполнил свое обязательство: товары были доставлены покупателю и приняты последним в июне 2000 г., однако по состоянию на 15 декабря 2000 г. (день предъявления иска) задолженность покупателя по оплате товаров составляла 13,7 тыс. руб.

При рассмотрении данного дела в первой и апелляционной инстанциях арбитражный суд правильно квалифицировал отношения сторон в качестве обязательства коммерческого кредита, однако произвел взыскание процентов без их необходимой дифференциации на плату за пользование денежными средствами и меру ответственности за просрочку исполнения денежного обязательства. Кассационная же инстанция правомерно исходила из того, что составной частью предусмотренных договором повышенных процентов (150% годовых), начисляемых начиная со второго месяца после получения покупателем товаров от поставщика, являются проценты, взимаемые в качестве платы за пользование коммерческим кредитом (75%). Что касается процентов в части, превышающей ставку процентов за пользование коммерческим кредитом (остальные 75%), то они представляют собой ответственность за задержку возврата коммерческого кредита и в силу своей несоразмерности последствиям допущенного покупателем нарушения договора могли быть уменьшены на основании

ст. 333 ГК, что и было сделано кассационной инстанцией. В результате решение арбитражного суда было изменено: общая сумма взысканных процентов составила 4 тыс. руб. <*>.

<*> Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 4 июня 2002 г. N Ф08-1870/2002 // Справочные правовые системы.

Вместе с тем необходимо обратить внимание на то, что даже при наличии всех признаков, характерных для обязательства коммерческого кредита, далеко не во всех случаях к соответствующему договору могут быть применены положения о договоре займа и, в частности, нормы о процентах, взимаемых по договору займа (п. 1 ст. 809 и п. 1 ст. 811 ГК).

Как отмечалось ранее, в соответствии с п. 2 ст. 823 ГК правила о договоре займа применяются к отношениям коммерческого кредита, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство.

В связи с этим С.А. Хохлов в первом комментарии к части второй ГК, содержащей положения о коммерческом кредите, указывал: "Анализ правил ГК об отдельных договорах показывает, что положения главы 42 имеют различное значение для кредитных отношений, возникающих в рамках купли-продажи, подряда, возмездного оказания услуг. Предварительная оплата товаров, оплата товаров, проданных в кредит, оплата товаров в рассрочку достаточно полно урегулированы специальными правилами о купле-продаже (ст. ст. 487 - 489, 500), и потребность в применении к таким случаям коммерческого кредита каких-либо правил главы 42 практически не возникает. Что касается правил ГК о договорах подряда (гл. 37), договорах на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (гл. 38), договорах возмездного оказания услуг (гл. 39), исполнение которых нередко связано с авансированием или предварительной оплатой работ и услуг, то соответствующие главы специальных правил о такого рода коммерческом кредитовании не устанавливают. Поэтому есть основания для применения в этих случаях ряда правил главы 42 и прежде всего правил о последствиях нарушения заемщиком договора займа (ст. 811)" <*>.

<*> Хохлов С.А. Указ. соч. С. 432 - 433.

Говоря о специальных правилах, регулирующих отношения коммерческого кредита, возникающие из договора купли-продажи, С.А. Хохлов, видимо, имел в виду следующие законоположения.

В соответствии с п. 4 ст. 487 ГК в случае, если продавец по договору купли-продажи с условием о предварительной оплате товаров не исполняет обязанность по передаче предварительно оплаченного товара и иное не предусмотрено договором купли-продажи, на сумму предварительной оплаты подлежат уплате проценты в соответствии со ст. 395 ГК со дня, когда по договору передача товара должна была быть произведена, до дня передачи товара покупателю или возврата ему предварительно уплаченной им суммы; договором может быть предусмотрена обязанность продавца уплачивать проценты на сумму предварительной оплаты со дня получения этой суммы от покупателя.

Согласно п. 4 ст. 488 ГК в случае, если покупатель по договору купли-продажи товара в кредит

не исполняет обязанность по оплате переданного товара в установленный договором срок и иное не предусмотрено ГК или договором, на просроченную сумму подлежат уплате проценты в соответствии со ст. 395 ГК со дня, когда по договору товар должен был быть оплачен, до дня оплаты товара покупателем; договором может быть предусмотрена обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня передачи товара продавцом.

В ст. 489 (п. п. 2 и 3) предусмотрено, что если покупатель по договору купли-продажи товара в кредит с условием о рассрочке платежа не производит в установленный договором срок очередной платеж за проданный в рассрочку и переданный ему товар, продавец вправе, если иное не предусмотрено договором, отказаться от исполнения договора и потребовать возврата проданного товара, за исключением случаев, когда сумма платежей, полученных от покупателя, превышает половину цены товара; к договору о продаже товара в кредит с условием о рассрочке платежа применяются также правила о процентах, предусмотренные п. 4 ст. 488 ГК.

И наконец, в соответствии со ст. 500 (п. п. 2 и 3) ГК в случае, когда договором розничной купли-продажи предусмотрена предварительная оплата товара (ст. 487 ГК), неоплата покупателем товара в установленный договором срок признается отказом покупателя от исполнения договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон; к договорам розничной купли-продажи товаров в кредит, в том числе с условием оплаты покупателем товаров в рассрочку, не подлежат применению правила о процентах, предусмотренных п. 4 ст. 488 ГК.

Нельзя не отметить, что формировавшаяся арбитражно-судебная практика по разрешению споров, связанных с применением приведенных специальных правил, регулирующих отношения коммерческого кредита, возникающие из договоров купли-продажи, в период после введения в действие части второй ГК (1 марта 1996 г.) вплоть до 8 октября 1998 г., когда было принято Постановление Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ N 13/14, была весьма непоследовательной и противоречивой. В особенности это касается практики применения положений о процентах, взимаемых с продавца и покупателя соответственно по договорам купли-продажи товара с условием о предварительной оплате и купли-продажи товара в кредит (п. 4 ст. 487 и п. 4 ст. 488 ГК).

Судебно-арбитражная практика (включая практику надзорной инстанции) той поры в основном исходила из того, что проценты, подлежащие уплате продавцом в связи с просрочкой передачи покупателю предварительно оплаченного последним товара, а также покупателем по договору продажи товара в кредит в случае нарушения срока оплаты ранее переданного товара, представляют собой меру ответственности участников договора купли-продажи за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств. Такой подход был следствием более общей проблемы, связанной с отсутствием в то время в судебно-арбитражной практике единообразного определения правовой природы процентов годовых за пользование чужими денежными средствами (как правило, суды исходили из того, что указанные проценты, взимаемые в соответствии со ст. 395 ГК, во всех случаях являются мерой гражданско-правовой ответственности). Кроме того, квалификация указанных процентов в качестве меры гражданско-правовой ответственности позволяла судам применять по аналогии закона ст. 333 ГК и уменьшать сумму взыскиваемых процентов, поскольку ставка рефинансирования Центрального банка РФ, используемая в тот период при начислении процентов годовых, превышала все разумные пределы.

И только в Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 наконец был обозначен дифференцированный подход к процентам годовых за пользование чужими денежными средствами в зависимости от того, взимаются ли они за просрочку

исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК) или за пользование коммерческим кредитом (ст. 823 ГК), и была определена однозначным образом правовая природа тех и других: проценты, взимаемые за просрочку денежного обязательства, были признаны мерой гражданско-правовой ответственности, а проценты, подлежащие уплате за пользование коммерческим кредитом, - платой за пользование денежными средствами. В связи с этим судам, в частности, было предложено исходить из того, что проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК, по своей природе отличаются от процентов, подлежащих уплате за пользование денежными средствами в качестве коммерческого кредита (ст. 823 ГК), а поэтому при разрешении споров о взыскании процентов годовых суд должен определить, требует ли истец уплаты процентов за пользование денежными средствами, предоставленными в качестве коммерческого кредита, либо существо требования составляет применение ответственности за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК; п. 4 Постановления N 13/14).

Таким же образом в вышеназванном Постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 была определена правовая природа процентов, подлежащих уплате в соответствии с п. 4 ст. 487 и п. 4 ст. 488 ГК. Согласно п. 13 Постановления в случае, если продавец не исполняет обязанность по передаче предварительно оплаченного товара и иное не предусмотрено договором купли-продажи, на сумму предварительной оплаты подлежат уплате проценты в соответствии со ст. 395 ГК со дня, когда по договору передача товара должна была быть произведена, до дня передачи товара покупателю или возврата ему предварительно уплаченной суммы. Договором может быть предусмотрена обязанность продавца уплачивать проценты на сумму предварительной оплаты со дня получения этой суммы от покупателя до дня передачи товара либо возврата денежных средств продавцом при отказе покупателя от товара. В этом случае проценты взимаются как плата за предоставленный коммерческий кредит (ст. 823 ГК).

В соответствии с п. 14 Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14 в случае, если договором купли-продажи предусмотрена оплата товара через определенное время после его передачи покупателю либо оплата товара в рассрочку, а покупатель не исполняет обязанность по оплате переданного товара в установленный договором срок, покупатель в соответствии с п. 4 ст. 488 ГК обязан уплатить проценты на сумму, уплата которой просрочена, в соответствии со ст. 395 ГК со дня, когда по договору товар должен быть оплачен, до дня оплаты товара покупателем, если иное не предусмотрено ГК или договором. Договором может быть предусмотрена обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня передачи товара продавцом (п. 4 ст. 488 ГК). Указанные проценты, начисляемые (если иное не установлено договором) до дня, когда оплата товара была произведена, являются платой за коммерческий кредит (ст. 823 ГК).

Очевидно, что в обоих случаях суть специальных правил, регулирующих отношения коммерческого кредита, возникающих из договора купли-продажи, сводится к переносу (по сравнению с правилами о займе, применяемыми к коммерческому кредиту) момента, с которого подлежат начислению проценты за пользование денежными средствами: указанные проценты начисляются не с момента получения продавцом суммы предварительной оплаты или покупателем - товаров, проданных в кредит, а с того момента, когда соответствующая сторона договора купли-продажи не исполнила своего обязательства, не затрагивая правовую природу процентов, взимаемых как плата за пользование коммерческим кредитом.

Еще раз подчеркнем, что эти однозначность и четкость в определении правовой природы процентов годовых за пользование чужими денежными средствами, основанные на

дифференцированном подходе к процентам, взимаемым в случае просрочки денежного обязательства, и к процентам, подлежащим уплате в качестве платы за пользование коммерческим кредитом, появились в судебно-арбитражной практике лишь в связи с принятием Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14, что не могло не сказаться и на состоянии юридической литературы по данному вопросу <*>.

<*> В связи с этим довольно странно выглядит позиция Л.А. Новоселовой, принимавшей активное участие в формировании соответствующей судебно-арбитражной практики, которая в настоящее время вступает в полемику с теми взглядами, которые высказывались нами на основании судебно-арбитражной практики, существовавшей до принятия Постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. N 13/14, и не замечает более поздних изданий (после 8 октября 1998 г.), где эти взгляды были скорректированы в соответствии с названным Постановлением (см.: Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам).

Справедливости ради необходимо заметить, что приведенные здесь разъяснения высших судебных инстанций вряд ли могут претендовать на исчерпывающую характеристику правовой природы процентов, предусмотренных п. 4 ст. 487 и п. 4 ст. 488 ГК, и на установление бесспорного порядка применения соответствующих законоположений, а скорее направлены на обеспечение единообразия судебно-арбитражной практики и предсказуемости решений, принимаемых судами по соответствующей, довольно распространенной категории споров. Кстати, и в современной юридической литературе можно встретить подходы, отличные от тех, что предложены в вышеназванном Постановлении от 8 октября N 13/14. Например, Е.А. Павлодский отмечает, что "в договоре, по которому предоставляется коммерческий кредит в форме предварительной оплаты, может быть предусмотрена обязанность заемщика уплатить проценты на сумму предоплаты со дня получения денежных средств". "При отсутствии в договоре такого условия, - полагает Е.А. Павлодский, - проценты за пользование суммами коммерческого кредитования не взимаются" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 18.

Еще одно ограничение возможности регулирования правилами о договоре займа (гл. 42 ГК) отношений коммерческого кредита состоит в том, что применение указанных правил будет противоречить существу обязательства, вытекающего из договора, предусматривающего предоставление коммерческого кредита (п. 2 ст. 823 ГК).

Комментируя данное законоположение, Л.А. Новоселова в качестве примеров приводит случаи, когда "цена в договоре устанавливается с учетом того, что оплата будет производиться предварительно. Скидка с цены, которую предоставляет продавец (заказчик), является формой возмещения другой стороне за предоставленный коммерческий кредит. Аналогичная ситуация складывается, когда, предоставляя отсрочку платежа, продавец несколько увеличивает цену товара по сравнению с той, которая взимается при немедленном платеже" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. С. 123.

Эти примеры объединяет то обстоятельство, что во всех приведенных случаях предоставление коммерческого кредита компенсируется встречным предоставлением, которое тем или иным образом находит выражение в цене за товары, работы или услуги, что исключает возможность взимания отдельной платы за пользование коммерческим кредитом в виде процентов.

Вместе с тем противоречие между применением норм о договоре займа и существом обязательства, вытекающего из договора, имеющего в том числе внешние признаки коммерческого кредита (т.е. договора, содержащего условия о предварительной оплате, авансе или об отсрочке платежа), может быть обнаружено в гораздо большем числе случаев. Например, авансирование заказчиком отдельных этапов работ по договору подряда может в соответствии с договором являться формой оказания содействия подрядчику со стороны заказчика в выполнении работы (ст. 718 ГК). Возможны ситуации, когда договор подряда при условии выполнения работы с использованием материала заказчика предусматривает в качестве альтернативного обязательства заказчика перечисление подрядчику в качестве авансовых платежей стоимости соответствующего материала (ст. 713, а также ст. 320 ГК). Вряд ли будет соответствовать существу обязательства, вытекающего из договора поручения, применение правил о договоре займа в случае, когда доверитель одновременно с выдачей доверенности поверенному на совершение определенных юридических действий от имени и за счет доверителя снабжает последнего денежной суммой, включающей в себя как средства на расходы поверенного, так и его вознаграждение (ст. ст. 971, 972 ГК). Можно привести и множество других примеров, когда применение норм о договоре займа к иным гражданско-правовым договорам, содержащим условие о коммерческом кредите (вернее, отвечающим его внешним признакам), будет противоречить существу основных обязательств, вытекающих из этих договоров.

Вероятность выявления таких противоречий многократно увеличивается, если речь идет о применении не в целом § 1 гл. 42 ГК, регулирующего договор займа, а отдельных норм, содержащихся в этой главе. Ведь в тех случаях, когда говорят о применении правил о договоре займа к отношениям коммерческого кредита, обычно имеют в виду взимание процентов, предусмотренных ст. ст. 809 и 811 ГК.

Встречающиеся в юридической литературе обоснования применения к отношениям коммерческого кредита иных (помимо положений о процентах) правил о договоре займа вызывают серьезные сомнения. Так, Л.А. Новоселова, рассматривая ситуацию, когда товар продан в кредит без указания конкретного срока его оплаты, говорит о правомерности "применения норм о займе" и подчеркивает, что указанные нормы "связывают начало исчисления 30-дневного срока с предъявлением кредитором требования". "Для рассматриваемого случая, - делает вывод Л.А. Новоселова, - следует исходить не из положений ст. 314 о "разумном" сроке, а из "условий, позволяющих определить срок исполнения", которые определяются положениями п. 1 ст. 810 ГК РФ" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. С. 128 - 129.

Между тем это утверждение прямо противоречит содержащемуся в п. 1 ст. 488 ГК специальному правилу, направленному на регулирование договора купли-продажи товара в кредит, согласно которому в случае, когда договором купли-продажи предусмотрена оплата товара через

определенное время после его передачи покупателю (продажа товара в кредит), покупатель должен произвести оплату в срок, предусмотренный договором, а если такой срок договором не предусмотрен, в срок, определенный в соответствии со ст. 314 ГК. Очевидно, что в рассматриваемом случае подлежит применению именно это специальное правило, регламентирующее договор купли-продажи товара в кредит, а не норма о сроке возврата денежной суммы по бессрочному договору займа (п. 1 ст. 810 ГК) в силу п. 2 ст. 823 ГК, согласно которому к коммерческому кредиту соответственно применяются правила гл. 42 ГК, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло обязательство коммерческого кредита.

Что касается иных правил о договоре займа (кроме положений о процентах и сроке возврата суммы займа), то и в этом случае трудно обнаружить ситуации, когда они могли бы быть применены к отношениям коммерческого кредита без того, чтобы не вступить в противоречие с существом основного обязательства, вытекающего из договора, содержащего условие о предоставлении коммерческого кредита.

Например, мы вряд ли обнаружим возможность применения к отношениям коммерческого кредита норм об оспаривании договора займа по его безденежности, предусматривающих, что договор займа должен признаваться незаключенным, если будет доказано, что деньги в действительности не были получены заемщиком (ст. 812 ГК). Включение в гражданско-правовые договоры (большинство из которых сконструировано по модели консенсуальных сделок) условия о предоставлении коммерческого кредита не изменяет их консенсуального характера и, следовательно, то обстоятельство, что деньги в действительности не были переданы соответствующей стороне, может свидетельствовать лишь о неисполнении ее контрагентом своих обязательств, но не может служить основанием для признания указанного договора незаключенным.

Не менее затруднительно привести пример правомерного применения к отношениям коммерческого кредита норм о целевом займе, наделяющих займодавца правом осуществлять контроль за целевым использованием суммы займа, а также правом (в случае невыполнения заемщиком условия договора займа о целевом использовании суммы займа или необеспечения возможности займодавцу осуществлять соответствующий контроль) потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов (ст. 814 ГК). Дело в том, что предоставление кредита в рамках иных гражданско-правовых договоров всегда носит целевой характер: денежные средства предоставляются на оплату определенных товаров, работ или услуг, однако это не означает, что сторона договора, предоставившая коммерческий кредит, может осуществлять контроль за целевым использованием соответствующих денежных средств ее контрагентом (если это прямо не предусмотрено договором), а также пользоваться правом одностороннего отказа от его исполнения.

И наконец, хотелось бы обратить внимание на одну проблему, которая, к сожалению, пока остается незамеченной ни в доктрине, ни в судебной практике. Речь идет о проблеме возможности квалификации отношений, как это предусмотрено п. 1 ст. 823 ГК, возникающих из договоров, исполнение которых связано с передачей другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг, в качестве обязательства коммерческого кредита.

Сегодня и доктрина, и судебная практика исходят из того, что сам факт наличия в гражданско-правовых договорах указанных условий (о предварительной оплате, авансовых платежах, отсрочке или рассрочке оплаты) служит достаточным основанием для признания соответствующих правоотношений сторон коммерческим кредитом. И рассмотрение вопроса переносится в плоскость

возможности применения к этим отношениям (коммерческого кредита) норм о договоре займа без того, чтобы это противоречило существу гражданско-правовых договоров.

Между тем такой подход представляется несколько упрощенным, не в полной мере соответствующим истинному содержанию нормы п. 1 ст. 823 ГК, суть которой состоит в том, что при наличии прочих условий соответствующими договорами "МОЖЕТ ПРЕДУСМАТРИВАТЬСЯ предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (коммерческий кредит), если иное не установлено законом" (выделено нами. - В.В.).

В связи с этим представляется, что далеко не всякий договор, содержащий условия об авансовой или предварительной оплате, отсрочке или рассрочке оплаты товаров, работ или услуг, может автоматически признаваться договором, порождающим обязательство коммерческого кредита. Речь может идти лишь об определенной презумпции наличия в таком договоре обязательства коммерческого кредита, которая может быть опровергнута заинтересованной стороной, например в случае, когда будет доказано, что истинная воля сторон не была направлена на предоставление кредита, а включение в договор условия о соответствующем порядке оплаты товара (работ, услуг) преследовало иные цели, предопределяемые, скажем, прежними отношениями сторон или расчетом на получение будущей выгоды.

Такой подход имел бы то преимущество, что он избавил бы судебную практику от некоторого присущего ей сегодня формализма, позволил бы выявлять и учитывать волю сторон, вступающих в договорные отношения, и в большей степени соответствовал бы правилам о коммерческом кредите, содержащимся в ст. 823 ГК.

БАНКОВСКИЙ КРЕДИТ

Глава IV. ПОНЯТИЕ И КВАЛИФИКАЦИЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

1. Категории "кредит" и "кредитные правоотношения" в гражданском праве

В юридической литературе термины "кредит" и "кредитные правоотношения" нередко употребляются в широком их значении, выходящем далеко за пределы сферы кредитного договора. Это объясняется не только восприятием со стороны правоведов экономического смысла кредита, но и тем обстоятельством, что в советский период так называемые кредитно-расчетные правоотношения рассматривались в качестве отдельного самостоятельного класса гражданско-правовых обязательств.

Видимо, по этой причине и сегодня некоторые правоведы выделяют кредитные и расчетные правоотношения в самостоятельный класс гражданско-правовых обязательств. Так, по мнению Д.А. Медведева, кредитные и расчетные правоотношения "выполняют вспомогательную функцию, которая заключается в том, что при их осуществлении либо вообще не образуется новой стоимости (например, при безналичных расчетах за товар), либо такая стоимость возникает в результате возврата денежной суммы с приращением (возмездный кредит). Это, однако, не означает, что расчетные и кредитные правоотношения лишь формально сопровождают процесс товарообмена. Наоборот, они не являются акцессорными обязательствами и существуют юридически самостоятельно... Именно эта автономность и позволяет говорить о наличии особых обязательств по

кредитованию и расчетам, выделяя их в конкретные виды договорных правоотношений" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 486 - 487 (автор гл. 39 "Кредитные и расчетные обязательства" - Д.А. Медведев).

В советский период развития гражданского права взгляд на расчетные и кредитные правоотношения как на самостоятельный класс обязательств объяснялся тем обстоятельством, что как в отношениях по расчетам между организациями, так и при кредитовании организаций в обязательном порядке участвовали государственные банки, которые в процессе кредитного и расчетного обслуживания организаций действовали одновременно и в качестве хозяйственных организаций, и в качестве органов управления. В связи с этим Я.А. Куник, например, подчеркивал: "В первом случае банки выступают как юридические лица, а их отношения с клиентурой имеют гражданско-правовой характер. Во втором случае банки в процессе кредитования, проведения расчетов, организации и регулирования денежного обращения осуществляют контроль рублем за ходом выполнения планов производства и обращения товаров, за выполнением финансовых планов и планов накоплений, за расходованием организациями собственных и заемных средств... При проведении расчетных операций банки осуществляют контроль за соблюдением организациями платежной и договорной дисциплины. Эти отношения обладают властным административно-правовым характером" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. М., 1982. С. 474 (автор комментария к гл. 34 "Расчетные и кредитные отношения" - Я.А. Куник).

Такое положение в сфере кредитно-расчетных отношений явилось результатом законодательства о кредитной реформе 1930 - 1931 гг. <*>. Как отмечалось в юридической литературе того времени, одно из главных положений кредитной реформы 1930 - 1931 гг. "состояло в замене так называемого коммерческого кредитования одной организации другой, прямым банковским кредитованием, что было обусловлено переходом к развернутому планированию народного хозяйства" <***>. При этом всячески подчеркивалось особое значение соблюдения принципа плановости банковского кредитования, в соответствии с которым кредиты (банковские ссуды) выдавались организациям только на основании "кредитных планов", утвержденных в установленном (административном) порядке, а на банки возлагалась обязанность контроля за выполнением указанных "кредитных планов" <***>.

<*> СЗ СССР. 1930. N 8. Ст. 98; 1931. N 4. Ст. 52; N 18. Ст. 166.

<***> Научно-практический комментарий к Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик / Под ред. проф. С.Н. Братуся и проф. Е.А. Флейшиц. М., 1962. С. 316 (автор комментария к гл. 11 "Расчетные и кредитные отношения" - С.В. Поленина).

<***> См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. С. 479; Поленина С.В. Указ соч. С. 315.

Таким образом, расчетные и кредитные отношения объединяло и одновременно выделяло из других гражданско-правовых отношений то обстоятельство, что их непременными и основными участниками (субъектами) являлись государственные банки, которые наряду с операциями по расчетам и кредитованию осуществляли также административно-властные полномочия по отношению к обслуживаемым и кредитуемым организациям. Именно этим и объяснялось особое правовое регулирование расчетных и кредитных отношений: в ходе кодификации гражданского законодательства 1961 - 1964 гг. расчетные и кредитные отношения были выделены в отдельный класс гражданско-правовых обязательств и урегулированы самостоятельными разделами кодифицированных актов <*>.

<*> В Основах 1961 г. - гл. 11, а в ГК РСФСР 1964 г. - гл. 34, которые озаглавлены "Расчетные и кредитные отношения".

Однако даже в тех условиях некоторые правоведы при классификации гражданско-правовых обязательств находили возможным исходить из правовой природы соответствующих отношений, сознательно упуская из виду особое положение государственных банков и их административно-властные полномочия, а также структуру Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (далее - Основы 1961 г.) и Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. Так, О.С. Иоффе утверждал: "Юридической формой как денежного, так и товарного кредита в чистом виде, а не в сочетании с продажей или иными имущественными предоставлениями является договор займа. В зависимости от сферы использования займа различают отдельные его разновидности" <*>. Термин "кредитно-расчетные правоотношения", по мнению О.С. Иоффе, служит лишь общим понятием, охватывающим следующие самостоятельные обязательства: 1) обязательства по кредитованию с участием граждан; 2) обязательства по кредитованию организаций; 3) обязательства по денежным расчетам <***>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 647.

<***> См.: Там же. С. 650.

В связи с изложенным в настоящее время в современной гражданско-правовой доктрине вряд ли целесообразно воспроизводить искусственно созданный в советский период класс обязательств (кредитные и расчетные обязательства), который был приспособлен для регулирования определенной сферы экономических отношений в условиях административно-командной системы управления экономикой. Тем более что и действующий Гражданский кодекс Российской Федерации <*> ни своей структурой, ни содержанием не дает повода для подобной классификации гражданско-правовых обязательств. Напротив, как известно, в ГК РФ кредитные обязательства отделены от обязательств по расчетам и рассматриваются в качестве отдельного вида займа.

<*> СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

В юридической, и особенно в экономической и финансовой, литературе зачастую можно встретить употребление термина "кредит" для обозначения широкого круга отношений.

Так, по мнению Г.А. Тосуняна, А.Ю. Викулина, А.М. Экмаляна, кредит, являясь межотраслевым правовым понятием, "оказывает системообразующее влияние на отрасль банковского права, объединяет общественные отношения, складывающиеся в процессе банковского кредитования, в единый комплекс, придает им известную однородность, во многом предопределяет наличие специфических предмета и метода правового регулирования, что позволяет говорить об относительной самостоятельности отрасли банковского права в системе российского права" <*>.

<*> Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. акад. Б.Н. Топорнина. М., 1999. С. 189.

К такому выводу о глобальном значении категории "кредит" авторы пришли на основании исследования текстов множества законодательных актов, в той или иной степени регулирующих банковскую деятельность (включая публично-правовые акты), а также широкого круга доктринальных источников. По результатам исследования они сочли возможным выделить семь различных взглядов на существо кредита, нашедших отражение в экономической, финансовой и юридической литературе. Указанные точки зрения представлены названными авторами в виде кратких обобщенных формулировок: 1) "кредит - это предоставление денег или товаров, т.е. определенное действие либо операция"; 2) "кредит - это движение капитала либо форма его движения"; 3) "кредит - это сделка с деньгами или товарами"; 4) "кредит - денежные средства либо имущество, предоставляемые одной стороной (кредитором) другой стороне (заемщику) в размере и на условиях, предусмотренных договором"; 5) "кредит как деятельность определенного вида"; 6) "кредит - это отношения"; 7) "кредит как доверие (акт доверия), оказываемое кредитором заемщику" <*>.

<*> Там же. С. 175 - 177.

Сами же авторы (Г.А. Тосунян, А.Ю. Викулин, А.М. Экмалян) полагают, что "все особенности и черты понятия "кредит" следует рассматривать комплексно, в их взаимосвязи и взаимообусловленности, как некое диалектическое единство. В противном случае данное понятие теряет свой категориальный и системообразующий характер и его определение носит несколько метафизический характер" <*>. В итоге же названные авторы дают свое определение понятия "кредит": "Кредит - это денежные средства или другие вещи, определенные родовыми признаками, передаваемые (либо предназначенные к передаче) в процессе кредитования в собственность другой стороне в размере и на условиях, предусмотренных договором (кредитным, товарного или коммерческого кредита), в результате чего между сторонами возникают кредитные отношения" <***>.

<*> Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Указ. соч. С. 180.

<*> Там же. С. 187.

Как видим, несмотря на свой призыв рассматривать комплексно все черты и особенности понятия "кредит", его значение сведено названными авторами по существу к роли обозначения объектов (денежных средств или вещей, определяемых родовыми признаками) соответствующих сделок: договоров займа или кредита. Однако и денежные средства, и вещи, определяемые родовыми признаками, являясь традиционными, давно признанными объектами гражданских прав и гражданско-правовых сделок, вряд ли нуждаются в каком-либо дополнительном названии или определении.

Не совсем понятен и упрек в адрес ГК РФ. Г.А. Тосунян, А.Ю. Викулин и А.М. Экмалян пишут: "Не добавляет ясности в рассматриваемый вопрос и ГК РФ, параграф 2 гл. 42 которого носит название "Кредит", но необходимого нормативного определения не содержит, а лишь ограничивается формулировками, раскрывающими содержание соответствующих договоров, что все же позволяет сделать определенные выводы" <*>. Основной вывод, к которому приходят названные авторы, состоит в следующем: "...категория "кредит" включает в себя три понятия: кредит (банковский кредит), товарный кредит, коммерческий кредит", - а содержащиеся в ГК РФ (ст. ст. 819, 822, 823) дефиниции указанных понятий "позволяют сделать вывод, что под банковским кредитом законодатель в ст. 819 понимает исключительно денежные средства... под товарным кредитом законодатель понимает вещи, определенные родовыми признаками... под коммерческим кредитом законодатель понимает денежные суммы или другие вещи, определяемые родовыми признаками" <*>.

<*> Там же. С. 177 - 178.

<*> Там же. С. 181.

К сожалению, Г.А. Тосунян, А.Ю. Викулин и А.М. Экмалян не заметили, что все названия глав и параграфов внутри разд. IV ГК РФ "Отдельные виды обязательств" (в том числе, конечно, и названия гл. 42 "Заем и кредит" и § 2 "Кредит" этой же главы) обозначают отдельные типы (виды) гражданско-правовых обязательств. Поэтому (во всяком случае, по ГК РФ) под кредитом, товарным кредитом и коммерческим кредитом понимаются прежде всего отдельные виды обязательств заемного типа. Иное употребление термина "кредит", например для обозначения денежной суммы или соответствующего количества вещей, определенных родовыми признаками, выданных кредитором заемщику и подлежащих возврату последним, свидетельствует лишь о многоаспектном характере этой категории и никак не опровергает вывод о том, что под кредитом в ГК РФ прежде всего понимается определенный вид гражданско-правовых обязательств.

Другой автор - В.Г. Голышев, рассуждая "о невозможности приведения юридического определения кредита, исчерпывающим образом отражающего все его экономические характеристики", поскольку "во-первых, кредит - экономическое явление, служащее основой для определения понятия кредитных правоотношений; во-вторых, определяя кредит с юридических позиций, необходимо в правовой форме отразить экономическое содержание возникающих отношений" <*>, предлагает пользоваться иной категорией - "сделки в кредитной сфере", понимая при этом, что "данная категория представлена термином "сделка", имеющим правовое определение, и

термином "кредитная сфера", не имеющим легальной дефиниции" <*>. Сам же автор полагает, что "основной сделкой в кредитной сфере является кредитный договор". "Вторичными, и в этом смысле производными, - пишет В.Г. Гольшев, - будут сделки, направленные на обеспечение основного, кредитного обязательства. К ним прежде всего относятся залог, поручительство и банковская гарантия, как наиболее часто используемые в банковской практике, связанной с предоставлением кредитных средств" <***>.

<*> Гольшев В.Г. Сделки в кредитной сфере. М., 2003. С. 10.

<***> Там же. С. 9.

<****> Там же. С. 17.

Вероятно, с таким же успехом можно говорить о сделках в сфере купли-продажи или строительного подряда, а также любого иного гражданско-правового договора, исполнение которого нередко обеспечивается теми же залогом, поручительством или банковской гарантией. Очевидно также, что подобные варианты "словоупотребления" не имеют ничего общего с определением правовой природы кредита. Если же мы оставим в стороне игры в термины и слова, то сможем наконец сосредоточить внимание на понятии "кредит" в экономическом и юридическом смысле (любые другие аспекты этого понятия не имеют правового значения).

По мнению Е.А. Суханова, во всех случаях, когда "речь идет о передаче одним участником товарного оборота другому определенного имущества с условием возврата его эквивалента и, как правило, уплаты вознаграждения", можно говорить "о предоставлении кредита в экономическом смысле". "Однако, - подчеркивает Е.А. Суханов, - подобно тому, как экономические отношения посредничества оформляются различными гражданско-правовыми договорами, так и кредитные экономические взаимосвязи юридически могут оформляться по-разному: с помощью договора займа денег или вещей... с помощью кредитного договора... а также с помощью договора факторинга" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. С. 204 (автор гл. 49 "Договоры займа и кредита и финансирования под уступку денежного требования" - Е.А. Суханов).

Л.Г. Ефимова также полагает, что "нет оснований говорить о полном совпадении понятий кредита в экономическом и правовом смысле". "Имеется немало отношений, - пишет Л.Г. Ефимова, - которые могут быть рассмотрены экономической наукой в качестве кредитных, однако с точки зрения права они таковыми не являются... С точки зрения права правоотношения между заемщиком и поручителем (гарантом) не рассматриваются как кредитные, хотя экономическая наука квалифицирует их именно таким образом" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М., 2001. С. 496.

Справедливости ради следует заметить, что проблема соотношения понятий категории "кредит", употребляемой в экономическом и правовом смысле, не является новой для отечественной юридической науки. Ранее (в советское время) в юридической науке велась дискуссия на эту тему. Некоторые авторы видели кредит (в экономическом смысле) во всех случаях, когда имела место "передача ценностей из одного хозяйства в другое, при которой получение эквивалента (равноценности) отделено некоторым промежутком времени" <*>. Другие авторы, напротив, отвергали возможность применения категории "кредит" в экономическом смысле в правовой доктрине, полагая, что соответствующим понятием кредита охватываются "не только кредитные отношения, но и отношения по поставкам продукции, по подряду на капитальное строительство, по перевозкам грузов и многие другие, так как во всех этих обязательствах момент уплаты этих денег отдален от момента получения вещей или оказания услуг", которые, будучи самостоятельными обязательствами, "как бы прикрываются внешне сходными отношениями, какими являются отношения по кредитованию" <***>.

<*> Компанец Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М., 1967. С. 69.

<***> Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. С. 7.

Как известно, действующий ГК РФ в определенной степени воспринял категорию "кредит" в экономическом смысле, предусмотрев для целей регулирования соответствующих отношений специальный вид заемного обязательства - коммерческий кредит. Обязательство коммерческого кредита может быть предусмотрено всяким гражданско-правовым договором, исполнение которого связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (ст. 823 ГК). При этом, как верно замечает Л.Г. Ефимова, появление в ГК РФ категории "коммерческий кредит" "не привело к поглощению основного обязательства кредитными отношениями. Правоотношения по коммерческому кредитованию существуют параллельно с основным обязательством (по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг) в рамках заключенного сторонами договора, превращая последний в смешанный" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 496.

Действительно, обязательство коммерческого кредита не имеет форму отдельного договорного правоотношения, а возникает в тех гражданско-правовых договорах (не затрагивая их существа), исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, при том условии, что одна из сторон такого договора предоставляет свое исполнение контрагенту как бы в кредит, с отсрочкой предусмотренного договором встречного исполнения со стороны этого контрагента. Правоотношение, складывающееся в подобных ситуациях по поводу пользования чужими денежными средствами (вещами, определяемыми родовыми признаками), имеет все черты обязательства заемного типа и поэтому регулируется нормами ГК РФ о займе и кредите <*>.

<*> Подробнее об обязательстве коммерческого кредита см.: Витрянский В.В. Договор займа: общие положения и отдельные виды договора. М., 2004. С. 305 - 330.

Однако и в данном случае мы отмечаем несовпадение понятий кредита в экономическом и юридическом смысле. Ведь обязательство коммерческого кредита (в отличие от банковского или товарного кредита) не образует отдельный договор, а входит в состав иных гражданско-правовых договоров: купли-продажи, подряда, перевозки и др. Отношения сторон регулируются прежде всего правилами о соответствующих договорах. Более того, и в части обязательства коммерческого кредита нормы о займе и кредите могут применяться к отношениям сторон лишь в том случае, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и если это (применение норм о займе и кредите) не будет противоречить существу такого обязательства (п. 2 ст. 823 ГК).

Не вызывает сомнений, что категорией "кредит" (в экономическом смысле) охватываются и вексельные правоотношения. В связи с этим в юридической литературе предпринимаются попытки рассматривать вексельные обязательства в качестве разновидности кредита (в правовом смысле). Например, Е.А. Токарев пишет: "Вексельное право регулирует отношения, которые по своей экономической сути являются кредитными. Их сущность проявляется не в платеже по истечении отсрочки, а в самом факте отсрочки платежа. Следовательно, в момент совершения положительных действий - платежа по векселю - кредитные отношения устанавливаться не могут. В действительности они складываются намного раньше - когда была предоставлена отсрочка платежа, т.е. в момент выдачи векселя. Но с этого же момента действует и вексельное обязательство. Значит, его возникновение в виде чистой правовой связи не может предшествовать установлению регулируемого кредитного отношения" <*>.

<*> Токарев Е.А. Правовое регулирование кредитных денежных отношений, связанных с использованием векселей. Томский гос. ун-т, 2003. С. 70.

Е.А. Суханов указывает: "Поскольку обычно векселя выдаются вместо уплаты сумм за полученные вещи, произведенные работы или оказанные услуги, т.е. по существу являются формой отсрочки уплаты денег (кредита в экономическом смысле), ГК обоснованно рассматривает вексельное обязательство как одну из разновидностей обязательств, вытекающих из договора займа. С этой точки зрения можно сказать, что вексель представляет собой форму кредита, а также средство расчетов с контрагентами (но, разумеется, не средство платежа)" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 212.

Л.А. Новоселова, подчеркивая, что вексель используется в гражданском обороте в основном в качестве средства оформления коммерческого кредита, предоставляемого в товарной форме продавцами, поставщиками, подрядчиками и т.п. в виде отсрочки уплаты денег за поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги, все же не исключает возможность применения

векселя как средства получения платежа. Речь идет о тех случаях, когда вексель выдается должником в обязательстве в подтверждение своей обязанности по уплате денежной суммы. "В этих отношениях, - пишет Л.А. Новоселова, - выдача векселя не прекращает обязательств, возникших из договора (сделки), повлекшего выдачу векселя... Передача векселя не погашает существующего между сторонами денежного обязательства, вексель передается как средство получения платежа. Лицо, которому вексель был выдан на основании таких сделок, в случаях утраты возможности осуществлять свои права из векселя... может предъявить требование своему контрагенту о взыскании долга по основной сделке" <*>. Таким образом, роль векселя не может быть сведена к оформлению кредитных правоотношений.

<*> Новоселова Л.А. Вексель в хозяйственном обороте: Комментарий практики рассмотрения споров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 25.

Представляется, что вексельные обязательства обладают такой совокупностью отличительных признаков (практически во всех основных элементах этих обязательств), которая не позволяет квалифицировать их в качестве отдельного вида заемных (кредитных) обязательств, а делает необходимым признание вексельных обязательств самостоятельным типом гражданско-правовых обязательств <*>.

<*> Подробнее об этом см.: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 286 - 304.

Понятием кредита (в экономическом смысле) определяются и те отношения, которые в ГК РФ (ст. 822) квалифицируются как товарный кредит. Вместе с тем под товарным кредитом в гражданском праве понимается конкретный договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками, а последняя обязуется возвратить аналогичное количество вещей того же рода и качества в срок, предусмотренный договором (договор товарного кредита).

По существу единственным видообразующим признаком договора товарного кредита, выделяющим его в отдельный вид договора займа, является консенсуальный характер договора товарного кредита. Именно консенсуальным характером этого договора объясняется правило о том, что к договору товарного кредита применяются нормы о кредитном договоре. Имеются в виду прежде всего положения о праве кредитора отказаться от предоставления заемщику предусмотренного договором количества вещей, определяемых родовыми признаками, при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что указанные вещи не будут возвращены заемщиком в установленный срок, а также положение о праве заемщика отказаться от получения согласованного сторонами количества вещей, предупредив кредитора об этом до предусмотренного договором срока предоставления кредита (ст. 821 ГК). Однако данная техническая деталь правового регулирования не позволяет говорить о договоре товарного кредита как о виде кредитного договора. Напротив, среди правил о кредитном договоре имеется положение о том, что к отношениям по кредитному договору подлежат применению в субсидиарном порядке нормы о договоре займа (п. 2 ст. 819 ГК). Следовательно, договор товарного кредита (как и кредитный договор) надлежит квалифицировать как отдельный вид договора займа <*>.

<*> Подробнее об этом см.: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 257 - 264.

Наконец, под понятие кредита (в экономическом смысле) подпадают отношения, связанные с выпуском и продажей облигаций. Однако и в этом случае речь идет не о кредите (в правовом смысле), а об определенных договорах, представляющих собой отдельные виды договора займа: договоре облигационного займа и договоре государственного (муниципального) займа. Видообразующими признаками данных договоров, выделяющими их в отдельные виды договора займа, являются особенности порядка заключения и формы указанных договоров. Договоры облигационного займа и государственного (муниципального) займа заключаются путем выпуска и продажи облигаций. Обязательства, вытекающие из названных договоров, отличаются тем, что они выражены в облигации, являющейся эмиссионной ценной бумагой. Отсюда и специфика правового регулирования соответствующих правоотношений: они регламентируются правилами о договоре займа лишь в том случае, если иное не предусмотрено законом или в установленном им порядке (ст. 816 ГК). Имеется в виду, что порядок выпуска, размещения и обращения облигаций как эмиссионных ценных бумаг подчинен специальному законодательству, регулирующему рынок ценных бумаг.

Характерно, что содержащиеся в ГК РФ (ст. ст. 816 и 817) нормы о договоре облигационного займа и договоре государственного (муниципального) займа исключают какую-либо возможность применения к соответствующим правоотношениям правил о кредитном договоре. Следовательно, с правовых позиций отношения, связанные с выпуском и продажей облигаций, не могут быть квалифицированы в качестве разновидности кредита.

Таким образом, утверждение о том, что категория "кредит" представляет собой некое обобщенное понятие, обозначающее все виды банковского, товарного и коммерческого кредитования, может быть уместным только в рамках экономической науки (имея в виду кредит в экономическом смысле). Что же касается категории "кредит" в правовом смысле, то, несмотря на свой многоаспектный характер, она не имеет столь глобального значения. Прежде всего, данная категория служит для обозначения трех видов договорных обязательств: кредитного договора, договора товарного кредита и обязательства коммерческого кредита (последнее не образует отдельную договорную форму, а предусматривается сторонами в иных гражданско-правовых договорах).

В других своих аспектах категория "кредит" используется в гражданском законодательстве в качестве определения объекта кредитного договора, т.е. денежной суммы, которая подлежит выдаче кредитором-банком заемщику и возврату последним (п. 1 ст. 819 ГК), а также для обозначения предмета обязательства коммерческого кредита (п. 1 ст. 823 ГК).

Следует заметить, что все три названных вида договорных обязательств, для обозначения которых используется термин "кредит", не являются самостоятельными гражданско-правовыми обязательствами, а представляют собой отдельные виды заемных обязательств, выделяемых по признаку наличия некоторых особенностей (видообразующих признаков) по отношению к договору займа. Так, для кредитного договора характерны два видообразующих признака: его консенсуальный характер и обязательное участие банка на стороне кредитора; для договора товарного кредита - лишь его консенсуальный, а стало быть, двухсторонний характер; обязательство коммерческого кредита выделяет в отдельный вид заемного обязательства лишь то обстоятельство, что оно не приобретает форму отдельного договора, а возникает в иных гражданско-правовых договорах.

Родовая принадлежность всех трех названных видов кредита к договору займа означает не только возможность субсидиарного применения к соответствующим правоотношениям правил об этом договоре. В тех случаях, когда указанные договорные обязательства теряют свои видообразующие признаки, они должны квалифицироваться как договор займа.

Например, рассмотрим ситуацию, когда кредитором по заключенному сторонами кредитному договору выступает не банк (кредитная организация), а иная коммерческая или некоммерческая организация, которая обязуется в предусмотренный договором срок выдать определенную денежную сумму заемщику, а последний - вернуть ее кредитору (с уплатой процентов или без таковой) в установленный срок. В качестве иллюстрации подхода судебной практики к квалификации подобных договоров можно привести одно из дел, рассмотренных в порядке надзора Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Закрытое акционерное общество - финансовая корпорация (далее - корпорация) обратилось в арбитражный суд с иском к фонду приватизации (далее - фонд) о признании недействительными трех кредитных договоров, заключенных с ответчиком.

Решением суда договоры были признаны ничтожными как не соответствующие положениям ГК РФ о кредитных договорах и в нарушение законодательства о банках и банковской деятельности заключенные ответчиком без лицензии на осуществление банковских операций. При рассмотрении данного дела в порядке надзора было установлено следующее.

В рамках инвестиционной деятельности по каждому из названных договоров фонд предоставил по 2 млн. руб. на осуществление корпорацией программ по модернизации производства и строительству.

Считая заключенные сделки кредитными договорами, корпорация в качестве основания их недействительности ссылаясь на заключение договоров в нарушение установленной правоспособности фонда и без лицензии на осуществление банковских операций.

В силу ст. 173 ГК РФ если оспариваемые договоры заключены с названными выше нарушениями, они могут быть признаны судом недействительными по иску фонда, его учредителя (участника) или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью фонда, если доказано, что корпорация знала или заведомо должна была знать о незаконности договоров. Однако положение ст. 173 Кодекса суд не применил к отношениям сторон по спору, несмотря на то что проверял права фонда на заключение договоров применительно к наличию у него специальной правоспособности и лицензии на осуществление кредитования.

Согласно оспариваемым договорам фонд предоставляет денежные средства на возвратной основе под проценты, которые взимаются с даты зачисления денег на счет корпорации. Это указывает на возникновение обязательств сторон не с момента подписания договора, как предусмотрено ст. 819 ГК РФ в отношении кредита, а с момента передачи денег, что характерно для договора займа.

В соответствии с положением о фонде приватизации фонд кроме кредитования осуществляет и другие виды деятельности: инвестиционную, оказание финансовой помощи предприятиям в различных формах. Согласившись с квалификацией корпорацией договоров в качестве кредитных, суд не дал оценки их правовой природе применительно к предусмотренной данным положением деятельности. В связи с этим решение было отменено как необоснованное.

При новом рассмотрении дела суду было предложено установить правовую природу договоров и только после этого решить, имеются ли основания для признания их недействительными <*>.

<*> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 2002 г. N 441/02 // Справочные правовые системы.

Итак, в том случае, когда по договору, предусматривающему обязанность кредитора выдать заемщику определенную денежную сумму в качестве кредита и обязанность заемщика возратить указанную сумму и уплатить кредитору вознаграждение в виде процентов, на стороне кредитора выступает организация, не являющаяся банком (кредитной организацией), такой договор не может быть признан недействительным, а должен быть квалифицирован в качестве договора займа. Одно из последствий такой квалификации договора заключается в том, что он приобретает реальный характер и может считаться заключенным лишь с момента выдачи кредитором соответствующей суммы заемщику. Если же стороны, заключая договор товарного кредита (ст. 822 ГК), оговаривают условие о том, что он вступает в силу лишь с момента предоставления кредитором контрагенту предусмотренного договором количества вещей, определенных родовыми признаками (т.е. утрачивается видообразующий признак договора товарного кредита - его консенсуальный характер), указанный договор также должен быть квалифицирован как договор займа, предметом которого являются действия заемщика по возврату кредитору полученного от последнего количества вещей, определенных родовыми признаками, того же рода и качества.

Обязательство коммерческого кредита, являясь одним из видов заемного обязательства, также может быть трансформировано в договор займа при утрате соответствующего видообразующего признака, а именно: своей принадлежности к иным гражданско-правовым договорам, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определенных родовыми признаками, и которые предусматривают предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (ст. 823 ГК). Если соответствующее обязательство, первоначально возникшее из такого договора, будет оформлено сторонами договора отдельным соглашением, то последнее должно быть признано не чем иным, как новацией долга в заемное обязательство (ст. 818, а также ст. 414 ГК). Что же касается категории "кредитные правоотношения", то в гражданском праве ее смысл и предназначение сводятся к обозначению обязательств, возникающих из кредитного договора, договора товарного кредита, а также самого обязательства коммерческого кредита. Данным понятием никак не могут охватываться иные правоотношения, в том числе те из них, которые возникают из обеспечительных сделок. Правоотношения залога, поручительства, банковской гарантии и т.п., несмотря на их акцессорный характер по отношению к обеспечиваемым ими основным обязательствам, оформляются отдельными договорами (сделками), за которыми признается самостоятельное значение в системе гражданско-правовых договоров. С кредитными правоотношениями (впрочем, как и с любыми иными обеспечиваемыми обязательствами) их объединяет лишь цель указанных акцессорных обязательств, а именно: служить в качестве соответствующих способов обеспечения исполнения кредитных обязательств.

Таким образом, категориям "кредит", "кредитные правоотношения" в экономическом смысле в гражданском праве в наибольшей степени соответствуют категории "займ" и "заемные обязательства". Именно договор займа, так как он сконструирован в действующем ГК РФ, охватывает все правоотношения, по которым одна сторона передает другой деньги или заменимые вещи, а другая сторона обязуется возратить такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода и качества. Как верно отмечал С.А. Хохлов, "новый ГК придает займу значение универсальной

кредитной сделки, которая может совершаться как в бытовой, так и в предпринимательской областях деятельности. Правила займа распространяются, в частности, на краткосрочные и долгосрочные банковские ссуды, выдаваемые гражданам, коммерческим и некоммерческим организациям" <*>.

<*> Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 420 - 421 (автор гл. 42 "Заем и кредит" - С.А. Хохлов).

Столь широкая сфера применения категории "заемные обязательства" объясняется тем, что ГК РФ снял существовавшие в советские времена запреты и ограничения в применении норм о договоре займа (запрещение кредитования организаций друг другом, неприменение правил о займе к отношениям банковского кредитования, регулируемым самостоятельным договором банковской ссуды, и т.п.). В результате категории "займ" и "заемные обязательства" действительно приобрели значение универсальных правовых категорий, охватывающих практически все правоотношения, обозначаемые экономическим понятием кредита.

Проблема определения правильного соотношения правовых категорий "кредит" (кредитные правоотношения) и "займ" (заемные обязательства), а именно как вида к роду, не является сугубо теоретической. Неправильное понимание соотношения указанных категорий влечет серьезные негативные последствия как для имущественного оборота в целом, так и для правоприменительной практики. Примером тому может служить известная история с уступкой прав требования возврата кредита по кредитным договорам, когда в судебно-арбитражной практике в течение нескольких лет преобладал подход, в соответствии с которым подобные сделки между банком (цедентом) и организацией, не являющейся банком или иной кредитной организацией (цессионарием), признавались недействительными. Причиной служило бытовавшее в тот период неправильное представление о некоторой исключительности кредитного договора, права требования по которому якобы могли принадлежать (и соответственно переходить) только банкам или иным кредитным организациям. Отсюда и взгляд на передачу прав по кредитному договору банком организации, не имеющей лицензии на осуществление банковской деятельности, как на незаконную цессию.

Такая судебно-арбитражная практика не могла не оказать негативного влияния на состояние имущественного оборота. Как верно указывает Л.А. Новоселова, "подобные запреты создают значительные и ничем не оправданные трудности в работе кредитных учреждений из-за нестабильности и рискованности ситуации на рынке денежных требований. Понесенные и возможные убытки банков перелagаются на клиентов, в том числе посредством установления завышенных процентных ставок за кредит" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. С. 70.

К чести судебно-арбитражной практики ей удалось преодолеть негативное отношение к сделкам цессии прав требования возврата кредита, заключаемым между банками и иными участниками имущественного оборота, не являющимися кредитными организациями.

Между тем данная проблема могла быть решена намного раньше и проще, если бы кредитный договор рассматривался (так его и следует рассматривать!) как вид договора займа, к которому при отсутствии специальных правил, регламентирующих отношения по кредитному договору, подлежат применению общие нормы о договоре займа (п. 2 ст. 819 ГК). Как известно, указанные специальные правила (ст. ст. 819 - 821 ГК) не содержат запретов и ограничений возможности уступки прав требования по кредитным договорам. Далее мы должны рассуждать не об исключительности кредитного договора (на самом деле имея в виду, что банк, предоставляя кредит, размещает денежные средства, привлеченные им на банковские счета и во вклады), а о его родовой принадлежности к договору займа, что делает необходимым субсидиарное применение положений о заемных обязательствах, каковые, конечно же, не ограничивают кредитора-займодавца в его праве уступать право требования возврата суммы займа. Данное право требования в силу реального характера договора займа "очищено" от каких-либо обязанностей на стороне займодавца и является абсолютно оборотоспособным. Так, Л.А. Новоселова верно замечает: "Обязательства заемщика по возврату денежных средств, полученных на основании договора о кредите, принципиально ничем не отличаются от любых других денежных обязательств, возникших, например, из займа. Личность кредитора для займодавца (независимо от того, получил ли он средства по договору займа или кредита), как в большинстве денежных обязательств, не имеет значения" <*>.

<*> Там же. С. 70 - 71.

Подобные проблемы возникают в судебно-арбитражной практике нередко из-за того, что категория "кредит" в правовом смысле (т.е. кредитный договор) в рассуждениях зачастую подменяется понятием "кредитная деятельность" как один из видов банковской деятельности. Так, в одной из современных работ мы находим следующее утверждение: "Кредитная деятельность банков включает два вида операций: непосредственно предоставление денег на условиях возврата; предоставление гарантий и поручительств с обязательством выплаты денег в последующем, когда у клиента возникают финансовые затруднения. Такие обязательства позволяют клиенту получить ссуды у третьего лица, благодаря которым остаются свободными кредитные ресурсы банка. К гарантийным операциям относятся акцептные и авальные кредиты. При акцептных операциях банк платит по обязательствам клиента, предварительно получив от него средства. При авальной операции банк осуществляет платеж в случае банкротства должника" <*>.

<*> Букато В.И., Львов Ю.И. Банки и банковские операции в России / Под ред. М.Х. Лapidуса. М., 1996. С. 215.

Очевидно, что в данном случае авторы лишь использовали понятие "кредит" в экономическом смысле. Более четкие характеристики кредитной деятельности банков можно обнаружить в отечественной дореволюционной юридической литературе. Например, Г.Ф. Шершеневич писал: "Банки составляют предприятия, имеющие своей задачей посредничество в кредите. Их основной промысел состоит в отдаче в заем под проценты капитала, также занятого возмездно от лиц, располагающих свободными средствами. К этому присоединяется и много других операций, связанных с денежным и кредитным обращением" <*>. В связи с этим Г.Ф. Шершеневич выделял

пассивные и активные операции банка. К числу пассивных операций он относил те сделки банка, по которым последний выступает в роли должника: операции по приему вкладов; сделки займа под залог принадлежащих банку ценностей, прежде всего ценных бумаг; выпуск банковских билетов, по которым банк обязывается уплатить известную сумму денег предъявителю. В активных же операциях банк выступает в качестве кредитора. К таким операциям Г.Ф. Шершеневич относил учет векселей и разнообразные формы кредита, выделяя особо ломбардные операции ("отдачу денег под залог движимости") и специальный текущий счет - онкольный, когда "под обеспечение принятых ценных бумаг банк открывает их собственнику кредит, которым тот пользуется по мере надобности, в определенных пределах, с уплатой процентов лишь с действительно взятых сумм и со времени их взятия из банка".

<*> Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (По изд. 1914 г.). М., 1994. С. 242.

Роль и место кредитной деятельности в общей банковской деятельности хорошо показал М.М. Агарков, который писал: "Наиболее целесообразной... является классификация банковских сделок в соответствии с функциями банка. Мы видели, что банку присущи три основные функции: 1) образование средств; 2) предоставление кредита и 3) содействие платежному обороту. Каждая из этих функций осуществляется при помощи определенных операций, которые и могут быть разбиты на соответствующие три группы" <*>. Ко второй группе (активные операции) М.М. Агарков относил "разнообразные сделки, объединяемые в одну группу тем, что банк, совершая их, обеспечивает клиенту получение или возможность получения необходимых последнему средств. Это достигается тем, что банк или ссужает клиенту деньги (различные формы ссудной операции), или покупает у него долговое требование к третьему лицу или третьим лицам (учетная или дисконтная операция), или же принимает на себя ответственность за него перед третьим лицом (гарантийный, акцептный кредит)" <***>.

<*> Агарков М.М. Основы банковского права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. 2-е изд. М., 1994. С. 52.

<***> Там же. С. 52 - 53.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что М.М. Агарков прекрасно понимал известную условность, а также сугубо целевой характер такой классификации банковских сделок. Об этом свидетельствует весьма существенное его замечание: "С точки зрения гражданского права большинство банковских сделок представляет собой или договор займа, или договор поручения, или договор купли-продажи, или договор поклада. Можно было бы разбить все банковские операции на соответствующие категории... Подобная классификация, совершенно безупречная с точки зрения гражданского права, представляла бы значительные неудобства при рассмотрении банковского права. Задачей банковского права является не изучение особенностей отдельных договоров гражданского права, а изучение правовых особенностей банковских сделок. Особенности банковских сделок по сравнению с общегражданскими обусловлены не отнесением той или иной сделки к какому-либо из типов сделок, известных гражданскому праву, а теми народно-хозяйственными функциями, которые выполняются банками" <*>.

<*> Там же. С. 51.

Кредитная деятельность банков как вид банковской деятельности представляет собой деятельность по предоставлению участникам имущественного оборота денежных средств, привлеченных банками (размещенных организациями и гражданами, а также государственными и муниципальными организациями на банковских счетах и депозитах), основанная на принципах срочности, возвратности и платности. И в этом смысле прав А.Е. Шерстобитов, утверждая, что деятельность банковской системы призвана прежде всего обеспечивать публичные интересы <*>.

<*> См.: Шерстобитов А.Е. Правовое положение банков и иных кредитных организаций // Правовое регулирование банковской деятельности. М., 1997. С. 17.

Категория "кредитная деятельность" имеет определенное юридическое значение именно в сфере публично-правовых отношений. Поскольку банки для предоставления кредита используют в первую очередь привлеченные средства граждан и организаций, кредитная деятельность банков сопряжена с риском возникновения невозможности исполнения ими своих обязательств перед владельцами банковских счетов и вкладчиками в результате невозврата заемщиками выданных кредитов. Обеспечение вкладчиков и владельцев банковских счетов осуществляется Банком России в публично-правовой сфере средствами банковского регулирования и надзора. В соответствии со ст. 55 Федерального закона от 3 февраля 1996 г. N 17-ФЗ "О Центральном банке Российской Федерации (банке России)" (далее - Закон о Центральном банке) <*> главная цель банковского регулирования и надзора - поддержание стабильности банковской системы, защита интересов вкладчиков и кредиторов. Осуществляя банковское регулирование и надзор, Банк России не вмешивается в оперативную деятельность кредитных организаций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

<*> Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. N 27. Ст. 357; СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492; 1998. N 31. Ст. 3829; 1999. N 28. Ст. 3459, 3469, 3470; 2001. N 26. Ст. 2586; 2002. N 12. Ст. 1093; 2003. N 27 (ч. 1). Ст. 2700; N 50. Ст. 4855; N 52. Ст. 5033.

Одним из основных средств защиты прав и законных интересов вкладчиков и иных кредиторов банков от возможных рисков, вызванных кредитной деятельностью, является образование банками специальных резервных фондов, размер которых зависит от степени риска невозврата выданных кредитов. Этим же целям служит установление Банком России обязательных нормативов деятельности банков и иных кредитных организаций, в частности: минимального размера уставного капитала для вновь создаваемых кредитных организаций, минимального размера собственных средств (капитала) для действующих кредитных организаций; предельного размера неденежной части уставного капитала; максимального размера риска на одного заемщика или группу заемщиков; максимального размера крупных кредитных рисков; максимального размера риска на одного кредитора (вкладчика); нормативов достаточности капитала; максимального размера привлеченных

денежных вкладов (депозитов) населения и др. (ст. 61 Закона о Центральном банке).

В соответствии с Положением "О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности" (далее - Положение N 254-П), утвержденным Приказом Банка России от 26 марта 2004 г. N 254-П <*>, в целях определения размера расчетного резерва в связи в действии факторов риска ссуды классифицируются по пяти категориям качества: I (высшая) категория качества (стандартные ссуды) - отсутствие кредитного риска (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде равна нулю); II категория качества (нестандартные ссуды) - умеренный кредитный риск (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде обуславливает ее обесценение в размере от одного до 20%); III категория качества (сомнительные ссуды) - значительный кредитный риск (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде обуславливает ее обесценение в размере от 21 до 50%); IV категория качества (проблемные ссуды) - высокий кредитный риск (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде обуславливает ее обесценение в размере от 51 до 100%); V (низшая) категория качества (безнадежные ссуды) - отсутствует вероятность возврата ссуды в силу неспособности или отказа заемщика выполнять обязательства по ссуде, что обуславливает полное обесценение ссуды (п. 1.7 Положения N 254-П).

<*> Зарегистрировано Минюстом России 26 апреля 2004 г. N 5774. См.: Справочные правовые системы.

Оценка ссуд (с точки зрения степени риска) и определение размера резерва осуществляются кредитными организациями самостоятельно на основе принятой каждой из них кредитной политики, отражаемой во внутренних документах кредитной организации, которые в свою очередь должны соответствовать нормативным актам Банка России по вопросам кредитной политики кредитной организации и методов ее реализации. Кредитная организация обязана раскрывать информацию о своей кредитной политике (правилах, процедурах, методиках), которая применяется при классификации ссуд и формировании резерва по соответствующим типам и видам ссуд, при составлении отчетности, представляемой в соответствии с требованиями нормативных актов Банка России (п. п. 2.2 - 2.4 Положения N 254-П).

Банк России (его территориальное учреждение) проверяет обоснованность решения кредитной организации о классификации ссуд и формировании соответствующего резерва. Если в ходе такой проверки Банк России (его территориальное учреждение) оценивает отдельные ссуды иным образом, чем кредитная организация, или устанавливает, что сформированный резерв по ссудам недостаточен (или избыточен), то он вправе потребовать от кредитной организации реклассифицировать соответствующие ссуды и урегулировать резерв в соответствии с оценкой, данной Банком России (его территориальным учреждением). Такое требование оформляется соответствующим предписанием, обязательным к исполнению со стороны кредитной организации. Нарушение кредитной организацией названного предписания влечет применение к ней Банком России принудительных мер воздействия, предусмотренных законодательством (п. 9.5 Положения N 254-П).

Таков публично-правовой аспект категорий "кредит", "кредитная деятельность", не имеющих

ничего общего с понятиями "кредит", "кредитный договор", "заемное обязательство", употребляемыми в гражданском праве.

Кстати сказать, и понятие "ссуда", используемое в публичном праве и, в частности, в законодательстве о банковском регулировании и надзоре значительно отличается от соответствующей гражданско-правовой категории. В соответствии с Положением N 254-П о порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери под ссудами понимаются денежные требования и иные требования кредитных организаций, вытекающие из сделок с различными финансовыми инструментами, а именно: предоставленные кредиты (займы), размещенные депозиты, в том числе межбанковские кредиты (депозиты, займы), прочие размещенные средства, включая требования на получение (возврат) долговых ценных бумаг, акций и векселей, предоставленных по договору займа; учтенные векселя; суммы, уплаченные кредитной организацией бенефициару по банковским гарантиям, но не взысканные с принципала; денежные требования кредитной организации по сделкам финансирования под уступку денежного требования (факторинг); требования кредитной организации по приобретенным по сделке правам (уступка требования); требования кредитной организации по приобретенным на вторичном рынке закладным; требования кредитной организации по сделкам продажи (покупки) финансовых активов с отсрочкой платежа; требования кредитной организации к плательщикам по оплаченным аккредитивам (в части непокрытых экспортных и импортных аккредитивов) и некоторые другие (приложение 1 к Положению N 254-П).

Таким образом, в реальной практике при рассмотрении отдельных вопросов и решении конкретных проблем, связанных с кредитом и кредитными правоотношениями, необходимо прежде всего отдавать себе отчет в том, к какой сфере правоотношений относится соответствующая проблема (публично-правовых или частноправовых отношений) и какой смысл вкладывается, скажем, законодательством или судебной практикой в соответствующие категории. Очевидно, рассуждая о какой-либо проблеме, связанной с кредитом, кредитными правоотношениями в сфере гражданского права (например, о возможности той же уступки права требования возврата кредита банком иному лицу, не являющемуся кредитной организацией), нельзя исходить из положений публичного права (например, из законодательства о банковском регулировании и надзоре) и, ссылаясь на нарушение прав и законных интересов вкладчиков или иных кредиторов банка, требовать признания кредитного договора или сделки по уступке права требования возврата кредита недействительными. Иначе пришлось бы ставить законность и действительность всякого кредитного договора в зависимость от соблюдения банком-кредитором при выдаче кредита различных нормативов Банка России и требований собственной кредитной политики банка, что могло бы подорвать устои имущественного оборота.

Итак, в гражданско-правовом смысле категория "кредит" может означать лишь вид заемного обязательства, по которому одна сторона обязуется предоставить другой стороне денежную сумму или соответствующее количество вещей, определяемых родовыми признаками, а последняя - возратить в установленный срок конкретную денежную сумму или такое же количество вещей того же рода и качества.

Категория "кредитные правоотношения" обозначает обязательство, вытекающее из кредитного договора, договора товарного кредита, либо обязательство коммерческого кредита. Категория "кредитный договор" может служить лишь для обозначения договора, по которому банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик - возратить полученную денежную

сумму и уплатить проценты на нее (п. 1 ст. 819 ГК). Данный договор представляет собой отдельный вид договора займа (п. 1 ст. 807 ГК).

2. История развития кредитного договора

Исторически предпосылкой появления кредитного договора в его современном понимании, видимо, можно считать хорошо известный еще римскому праву договор займа (*mutuum*), который признавался договором реальным, односторонним и, как правило, безвозмездным, а точнее - использование договора займа в практике банков.

Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, "современное представление о банке как посреднике в кредите совершенно не соответствует первоначальному характеру того предприятия, из которого постепенно развился банк... В Греции... в Риме, в средневековой Италии... - таковы были лица, занимавшиеся разменом денег на площадях и иных многолюдных местах, сидя за столом, на котором были разложены в мешках и сосудах монеты разных мест и стран... Рядом с потребностью в размене денег обнаружилась потребность в безопасном месте, где можно было бы хранить свои денежные суммы, не боясь за похищение и разграбление их... В Риме над простыми менялами стояли *argentarii*, которые образовывали обыкновенно соединения, имели свои торговые заведения... вели особые книги для записи вкладов и выдаваемых в заем сумм, а также принимали на себя обязанности по зачету взаимных долгов между клиентами" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. М., 2003 (Классика российской цивилистики). С. 408.

В средние века, как подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, банки ограничивались операциями по размену денег, хранению вкладов и производству расчетов между своими клиентами. "Со стороны таких операций банки не были еще кредитными установлениями в точном смысле слова" <*>. Превращение банков в "посредников в кредите" Г.Ф. Шершеневич описывает следующим образом: "Банки хранили вверенные им денежные суммы, не решаясь использовать их для активных операций из опасения, что возможен одновременный запрос вкладов... Предложение оказать кредит за высокий процент встретилось, конечно, с традиционным опасением распорядиться вкладами. Но сильное давление и большой соблазн оказали свое действие. Заем совершался обыкновенно тайно от вкладчиков. Но первый опыт убедил в неосновательности опасений: вклады сразу никогда не затребовались, и даже подмечена была известная правильность прилива и отлива. Деньги стали отдаваться под проценты... А чтобы приобрести для этого большие средства, банки стали сами платить проценты по вкладам. С этого момента банки из чисто депозитного и кассового учреждения превратились в кредитные установления. Это превращение произошло главным образом в голландский период развития банковского дела, который открылся учреждением Амстердамского Банка в 1609 году" <***>.

<*> Там же. С. 409.

<***> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. С. 409.

В России, по свидетельству Г.Ф. Шершеневича, первые кредитные установления были учреждены в 1754 г.: дворянские банки в Москве и С.-Петербурге, а также купеческий банк при С.-Петербургском порте: "Первые выдавали ссуды под залог недвижимости, домов и имений, второй - под залог товаров. Купцы получали ссуды на срок не более 6 месяцев, причем для нестоличных торговцев требовалось поручительство провинциального магистрата. Этот купеческий банк просуществовал до 1782 года, когда капитал его слился с капиталом дворянских банков и потом в 1786 году поступил в Государственный Заемный Банк". В 1772 г. были учреждены ссудные и сохранные казны, "из которых первые выдавали ссуды в размере от 500 до 10000 рублей, сроком не более 12 месяцев и под залог, а вторые принимали вклады на хранение" <*>.

<*> Там же. С. 410.

В 1818 г. в России был открыт Государственный коммерческий банк, на который возлагались задачи по приему вкладов и выдаче ссуд, а в 1860 г. был основан Государственный банк, которому предоставлялись полномочия производить операции по учету векселей и других срочных обязательств, выдаче ссуд и открытию кредитов, приему вкладов, покупке и продаже векселей и других ценностей, переводу денежных сумм и иных комиссионных операций.

К этому же периоду относится появление частных кредитных организаций: в 1863 г. в С.-Петербурге учреждено первое Общество взаимного кредита, а в 1864 г. был открыт первый акционерный банк - Частный коммерческий банк. "Вслед за ним, - писал Г.Ф. Шершеневич, - возникают другие акционерные банки, которых в настоящее время (т.е. к 1908 г. - В.В.) 40, причем 9 из них в С.-Петербурге, 4 в Москве и 27 в провинции... Обществ взаимного кредита в России в настоящее время свыше 200" <*>.

<*> Там же. С. 411.

Первоначально для правового оформления выдачи займов (ссуд) банками использовался традиционный договор займа как таковой (т.е. реальный и односторонний договор). Однако для этих целей в большей степени подходило усложненное соглашение о займе, порождающее двусторонние обязательства контрагентов и, в частности, обязанность банка по выдаче займа (ссуды). По этому поводу Г. Дернбург указывал: "Нередко самой даче в заем предшествуют договоры о его заключении - *acta de mutuo dando* и *acta de mutuo accipiendo*. Часто оба эти вида договоров соединяются вместе, тем не менее они имеют каждый свои особенности. *Actum de mutuo dando* - договор о предоставлении вещей в заем - находится обыкновенно в зависимости от молчаливо признаваемого условия, что лицо, берущее займы, должно быть кредитоспособным во время выдачи валюты. Предполагается, что это имелось в виду контрагентом, обещавшим совершить договор займа: он хотел дать деньги в заем, а не потерять их совершенно" <*>.

<*> Дернбург Г. Пандекты. Т. III. Обязательственное право. 2-е изд. М., 1904. С. 277.

Своеобразное положение сторон в таком соглашении о займе Г. Дернбург описывает следующим образом: "Конечно, контрагент, обязавшийся выдать валюту, должен привести с своей стороны доказательства, из которых было бы видно, что предполагавшаяся во время обещания кредитоспособность другой стороны не существовала уже ко времени заключения сделки или прекратилась впоследствии... В случае *actum de mutuo accipiendo* обязавшийся к принятию займа и не исполнивший своего обещания может быть принужден не к принятию предложенной суммы денег, а к возмещению того интереса, который заключался для другого контрагента в помещении капитала на предполагаемых условиях. Таково, по-видимому, должно было быть и намерение сторон при заключении договора; не имело бы смысла принуждать кого-либо к принятию денег, которых ему некуда употребить" <*>.

<*> Там же.

Договор об обещании предоставить заем (наряду с традиционным реальным договором займа) в ряде стран получил законодательное закрепление. Например, в Германское гражданское уложение (далее - ГГУ) (§ 610) была включена специальная норма, согласно которой лицо, обещавшее предоставить заем, может при наличии сомнений отказаться от данного обещания в том случае, если имущественное положение другой стороны значительно ухудшится, вследствие чего удовлетворение требования о возврате займа окажется под угрозой <*>.

<*> Германское право. Ч. 1. Гражданское уложение / Пер. с нем.; Сер.: Современное зарубежное и международное частное право. М., 1996. С. 144.

В подготавливавшемся проекте Гражданского уложения Российской империи (кн. V проекта "Обязательственное право" была внесена на рассмотрение Государственной Думы в 1913 г., но так и не стала законом) были предусмотрены положения (ст. ст. 1898 и 1899), призванные урегулировать правоотношения, связанные с обещанием кредитора предоставить заем. Соответствующее обязательство могло быть установлено предварительным договором сторон. Однако обязательство дать заем, предусмотренное предварительным договором, теряло силу, "если впоследствии наступили или впервые сделались известными лицу, обязавшемуся дать заем, обстоятельства, столь значительно ухудшающие имущественное положение другой стороны, что возникает опасность потерять всю сумму, предназначенную к отдаче в заем или часть ее" <*>. Другое правило, содержащееся в проекте Гражданского уложения, предусматривало, что "обязавшийся дать в заем, в случае неисполнения им обязательства должен вознаградить другую сторону за понесенные ею убытки. Тот, кому обещан заем, отвечает за убытки, происшедшие вследствие отказа его от займа лишь в том случае, когда по займу условлены проценты". Иск о вознаграждении погашался трехмесячной давностью, исчисляемой со дня, назначенного для исполнения предварительного договора о займе <***>.

<*> Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по

<*> Там же.

Правда, следует оговориться, что под предварительным договором займа составители проекта Гражданского уложения подразумевали соглашение об обещании займа, которое по сути представляло собой консенсуальную модель договора займа, непосредственно порождающего обязательство займодавца предоставить деньги или вещи, определенные родовыми признаками, в установленный срок <*>. Вместе с тем, по мнению Редакционной комиссии, подготовившей проект, данное обязательство не должно подпадать под общие правила договорного права. Особое положение сторон такого обязательства в материалах Редакционной комиссии характеризуется следующим образом: "Для принявшего обещание безвозмездного займа не возникает обязательства принять в будущем передачу: он вправе, на общем основании, отказаться от выгоды, предоставленной ему таким обещанием. Но если принято обещание займа процентного, то отказ от него нарушает право противной стороны на проценты и должен повлечь за собой имущественную ответственность принявшего обещание". Что же касается займодавца, то этот "участник предварительного соглашения вправе отказаться от заключения окончательной сделки: 1) когда противная сторона отнеслась к нему (предварительному соглашению. - В.В.) недобросовестно, например, утаив свое неоплатное положение... и 2) когда, по заключении предварительного договора, сделалось для противной стороны невозможным принять на себя все обещанные обязательства, например представить обещанное обеспечение" <*>. Основная же правовая проблема, связанная с обязательством обещания займа, предусмотренным предварительным договором, была сформулирована Редакционной комиссией так: "Предварительное соглашение о займе рождает для стороны, обещавшей дать в заем, обязательство своевременной передачи предмета займа другой стороне. Но если это обязательство не было исполнено, если добровольная передача в назначенное время не состоялась, то возникает вопрос: подлежит ли обязательство принудительному исполнению или оно превращается в обязательство вознаградить убытки?" <***>.

<*> В современной трактовке, как известно, из предварительного договора возникает лишь обязательство сторон заключить основной договор на условиях, согласованных в предварительном договоре, и в предусмотренный им срок (ст. 429 ГК).

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 465.

<***> Там же. С. 466.

Позиция самой Редакционной комиссии состояла в том, что возможность понуждения займодавца к исполнению обязательства по выдаче займа заемщику должна быть исключена, но "если обещавший дать в заем откажется потом от исполнения, то обязан вознаградить другую сторону за все от сего происшедшие убытки... Что касается обязательства принять передачу в заем, возникающего, как уже замечено, только тогда, когда установлены проценты и вообще вознаграждение за пользование предметом займа... то оно рассматривается всеми, как состоящее *in faciendo*, и следовательно, в случае его неисполнения, может быть речь лишь о взыскании с виновной стороны вознаграждения за убытки" <*>.

<*> Там же.

Изложенные рассуждения Редакционной комиссии, подготовившей проект Гражданского уложения, сохраняют свое значение и в настоящее время. Ведь современному кредитному договору (ст. ст. 819 - 821 ГК) присущи все основные черты дореволюционной модели предварительного соглашения об обещании займа: он носит консенсуальный характер и порождает обязательство банка (кредитора, займодавца) выдать заемщику кредит в установленный договором срок. Однако это обязательство (как и обещание выдать заем по дореволюционному предварительному соглашению о займе) должно рассматриваться как обязательство особого рода, неисполнение которого не может повлечь те последствия, что банк может быть понужден к выдаче кредита, а заемщик - к его принятию. Стало быть, неисполнение соответствующего обязательства (по выдаче или принятию кредита) может повлечь для сторон, его нарушивших, лишь обязанность возместить контрагенту причиненные убытки либо уплатить установленную кредитным договором неустойку.

Кстати, в пользу возможности взыскания неустойки (в отличие от понуждения к исполнению обязательства по выдаче заемщику обещанного займа) высказывалась и Редакционная комиссия, в материалах которой можно обнаружить следующее утверждение: "Зная, что обещание займа служит основанием, по закону, лишь для иска о возмещении убытков, причиненных его неисполнением, принимающий таковое может посредством включения в договор о будущем займе условия о неустойке, облегчить себе взыскание вознаграждения, не пускаясь в удостоверение размера убытков, и вместе с тем угрозой взыскания неустойки косвенно понудить к добровольному исполнению обещания, иногда успешнее, нежели посредством иска о понудительной передаче, в расчете на который он нередко мог бы обмануться" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект. С. 466.

Соглашение об обещании выдать заем (предварительный договор займа) в дореволюционной банковской практике служило основой для договора об открытии кредита, который в юридической литературе того времени нередко квалифицировался как самостоятельный договор. Так, Г.Ф. Шершеневич писал: "Открытие кредита, в тесном смысле слова как обещание предоставить в распоряжение контрагента, по его требованию, денежные суммы в пределах условленного размера, представляет собой сделку *sui generis*. Это не заем, потому что передача ценности еще не состоялась, а следовательно, нет основания к возвращению взятого. Открытие кредита должно рассматриваться как договор о совершении в будущем займа или займов на условиях, заранее определенных. Из такого соглашения об открытии кредита, все равно - обеспеченного или необеспеченного, вытекает для банка, открывающего кредит, обязанность кредитовать контрагента в предусмотренной форме, т.е. в виде ли денежной ссуды, принятия векселей, оплаты чеков и др. В пределах срока и размера открытого кредита банк не вправе отказать требованиям контрагента" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. С. 449.

Таким образом, как мы видим, договор об открытии кредита квалифицируется Г.Ф.

Шершеневичем в качестве самостоятельного договора (отличного от договора займа) не только в силу того, что он носит консенсуальный характер ("договор о совершении в будущем займа"), но и по причине особого предмета обязательства на стороне банка: действия по кредитованию контрагента не только в форме выдачи денежной суммы, но и учета векселей, оплаты чеков и т.п. Хотя последнее обстоятельство (расширенный предмет обязательства на стороне банка), на наш взгляд, могло быть истолковано иным образом, а именно: как положение, свидетельствующее о наличии различных форм исполнения обязательства по выдаче кредита, которое во всех случаях сводится к предоставлению денежной суммы заемщику (появлению на его стороне обязательства по возврату денежного долга). В этом случае отмеченные особенности обязательства на стороне банка могли бы составить лишь видообразующие признаки договора об открытии кредита (консенсуальный характер и разнообразие форм исполнения обязательства по выдаче кредита), которые позволили бы признать данный договор отдельным видом договора займа, а не квалифицировать его в качестве самостоятельного договора. Что касается обязательства по договору об открытии кредита на стороне заемщика, то по этому поводу Г.Ф. Шершеневич указывал: "Со своей стороны пользующийся кредитом обязывается к возвращению ссуд, но не в силу договора об открытии кредита, а в силу произведенных ссуд. Первый договор лишь определяет, на каких условиях должно быть возвращено взятое. Пока ссуды в действительности не было, для пользующегося кредитом нет обязанности возвращения. Банк не может претендовать на то, что получивший право на кредит не воспользовался им вовсе или не в тех размерах, какие ожидалось. Ссылка банка на то, что он должен был держать наготове суммы, оправдывает получение известного вознаграждения за открытие кредита, но не дает основания требовать процентов за приготовленные суммы" <*>.

<*> Там же.

При таком подходе договор об открытии кредита (в части обязательства заемщика по возврату кредита) предстает в виде определенного рамочного организационного соглашения, являющегося лишь правовым основанием для заключения в будущем между его сторонами договоров займа на условиях, предусмотренных договором об открытии кредита. При этом получается, что имеющееся на стороне банка право требования возврата кредита вытекает не из договора об открытии кредита (вернее, из факта его исполнения банком), а из реальных договоров займа, заключаемых сторонами в рамках договора об открытии кредита. Вследствие этого сам договор об открытии кредита приобретает вид одностороннего договора, содержание которого ограничивается обязательством банка по выдаче кредита заемщику, в то время как на стороне последнего имеется лишь право требования выдачи кредита. Впрочем, такая квалификация договора об открытии кредита (на наш взгляд, весьма сомнительная) в определенной степени подтверждается и самим Г.Ф. Шершеневичем, который пишет: "В указанном сейчас случае банк, открывающий кредит, обязуется сам к ссудам, когда они потребуются контрагенту" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. С. 449.

Позже подобная квалификация договора об открытии кредита (с гораздо большей степенью определенности) была дана М.М. Агарковым, позиция которого основывалась на положениях

Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. (далее - ГК 1922 г.) <*>, который так же, как и дореволюционный проект Гражданского уложения, не содержал норм о кредитном договоре, но предусматривал возможность заключения предварительного договора займа. Речь идет о двух правилах: согласно первому из них предварительный договор о заключении в будущем договора займа должен быть совершен в письменной форме независимо от суммы займа (ст. 218 ГК 1922 г.); в соответствии со вторым лицо, обязавшееся по предварительному договору дать другому займы, может требовать расторжения предварительного договора, если впоследствии имущественное положение контрагента значительно ухудшится, в частности, если он будет признан несостоятельным или приостановит платежи (ст. 219 ГК 1922 г.).

<*> См.: Гражданский кодекс РСФСР: Официальный текст с изменениями на 1 июля 1950 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов / Министерство юстиции РСФСР. М., 1950.

Исходя из названных положений ГК 1922 г., М.М. Агарков определял кредитный договор следующим образом: "Договор об открытии кредита или, как его иногда называют, "кредитный договор", есть договор, по которому банк принимает на себя обязательство предоставить своему клиенту кредит в определенной форме и на определенных условиях. Договор об открытии кредита не урегулирован действующим законодательством в общем виде. Закон в ст. ст. 218 и 219 ГК регулирует только один из видов этого договора, а именно договор об открытии кредита в форме займа. Следует помнить, что различного рода ссуды (срочные, целевые, в форме специального текущего счета до востребования), предоставляемые клиентам банков, по своей юридической природе являются договорами займа... Ст. ст. 218 и 219 ГК регулируют договор об открытии кредита в форме займа в составе "предварительного договора о заключении в будущем договора займа" (предварительный договор о займе)" <*>.

<*> Агарков М.М. Указ соч. С. 82.

Уже из самого приведенного определения договора об открытии кредита (кредитного договора) явствует, что, с точки зрения М.М. Агаркова, он представляет собой одностороннее договорное обязательство. Впрочем, данное обстоятельство подтверждается автором прямо и непосредственно: "Договор об открытии банком кредита в форме ссуды (срочной, до востребования, целевой) является односторонним предварительным договором о займе, в котором обязательство возникает на стороне будущего кредитора (банка). Таким образом, банк, будущий кредитор по договору займа, является обязанной стороной - должником по предварительному договору о займе. Содержанием обязательства банка является заключение в будущем в качестве займодавца договора займа с клиентом. В случае неисполнения этой обязанности банк несет ответственность... т.е. он обязан возместить клиенту все причиненные неисполнением убытки" <*>.

<*> Там же. С. 82 - 83.

Как мы видим, при той квалификации кредитного договора (договора об открытии кредита), которая обнаруживается в трудах Г.Ф. Шершеневича и М.М. Агаркова, кредитный договор предстает в виде некоего договора, предшествующего заключению его сторонами договоров займа, которые сохраняют свой традиционный реальный характер. По своему содержанию кредитный договор является односторонним обязательством банка выдать кредит по требованию заемщика. Следовательно, банк в кредитном договоре выступает в роли должника, а заемщик является кредитором.

В таком виде кредитный договор действительно представляет собой нечто особенное, отличное от договора займа. Более того, имеет место определенное противопоставление указанных договоров: если в договоре займа заемщик выступает в роли должника, а банк - кредитора, то в кредитном договоре они меняются местами, а именно: уже банк является должником, а заемщик, обладая лишь правом требования выдачи кредита, - кредитором.

На самом же деле при таком подходе мы наблюдаем искусственное расчленение единого двустороннего обязательства (по выдаче кредита и возврату полученного) на два элементарных односторонних обязательства: сначала следует обязательство банка по выдаче кредита (кредитный договор), а затем - обязательство заемщика по его возврату (договор займа). Если же просто попытаться воздержаться от подобной "операции", то мы будем иметь единое целое двустороннее обязательство, охватывающее все правоотношения сторон, связанные как с выдачей, так и с возвратом кредита. Именно такая позиция, как отмечалось ранее, и предлагалась составителями дореволюционного проекта Гражданского уложения.

Впрочем, в реальной банковской практике кредитные договоры, как односторонние обязательства банка по выдаче кредита по требованию заемщика, не могли найти применения. Кредиты всегда выдавались банками под обеспечение (и следовательно, на стороне заемщика имелось обязательство по предоставлению такого обеспечения) и, конечно же, с условием их возврата. Так, Г.Ф. Шершеневич, характеризуя различные виды кредитных договоров, отмечал, что "банки занимаются отдачей капиталов в заем под заклад. Это производство ссуд под обеспечение, по терминологии нашей банковской практики, на Западе носит название ломбардной операции... Рядом с выдачею ссуд под заклад движимости в настоящее время получили большое развитие ссуды под залог недвижимостей. Эта операция стоит в прямой зависимости от степени обеспеченности прав залогодержателя. Поэтому в число банковских операций подобный заем вошел вместе с упорядочением ипотечной системы. Здесь мы имеем дело с долгосрочным кредитом, потому что производительная затрата получаемой от банка ссуды дает результаты довольно поздно, а между тем все основание поземельного кредита сводится к постепенному возврату ссуд из повышенной доходности имения или дома" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. С. 415 - 416.

В качестве разновидности договора об открытии кредита Г.Ф. Шершеневич квалифицировал и получившие широкое распространение в тот период онкольные (от англ. - on call) операции банков (операции специального текущего счета). "Под именем специального текущего счета, - писал Г.Ф. Шершеневич, - следует понимать обеспечиваемый залогом ценных бумаг бессрочный договор об открытии кредита с текущим составом как суммы долга, так и залога" <*>. По этому договору на стороне банка не только лежали обязанности по выдаче кредита, но и имелся целый ряд прав,

которым корреспондировали соответствующие обязанности заемщика. По этому поводу, в частности, Г.Ф. Шершеневич указывал: "Банк, выдавая ссуды, имеет право на проценты по ним. Размер процента определяется при открытии счета... В случае если данные в обеспечение ценные бумаги настолько понизятся в своем курсе, что банк признает их недостаточно обеспечивающими выданную ссуду, банк может потребовать от лица, пользующегося кредитом, залогового дополнения... Самое главное право банка как залогодержателя - продать данные ему в обеспечение ценные бумаги в случае неисправности должника, которая обнаруживается чаще всего тогда, когда проценты по ссудам превзойдут обеспечение или когда ценность залога понизится сравнительно с общей суммой ссуд" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. С. 454.

<*> Там же. С. 456 - 457.

Вместе с тем названные и иные формы и виды кредитных договоров, безусловно включающих в содержание порождаемого ими обязательства обязанности заемщика по возврату выдаваемых кредитов (без этого условия кредиты не могли быть выданы банком), тем не менее объяснялись М.М. Агарковым с той позиции, что они носят односторонний характер. К примеру, М.М. Агарков писал: "Некоторые формы кредита по самой своей природе предполагают договор об открытии кредита. Так, например, выдача ссуд в форме специального текущего счета до востребования, а также долгосрочные целевые ссуды на промышленное, жилищное или коммунальное строительство, выдаваемые по частям, предполагают наличность договора об открытии кредита. Эти операции представляют по своей юридической природе договоры займа. Ввиду реальности займа отношения по займу возникают лишь в момент передачи клиенту валюты займа. Поэтому договор, обеспечивающий клиенту получение валюты в будущем, является односторонним предварительным договором о заключении в будущем займа, обязывающим банк, т.е. определенным видом договора об открытии кредита" <*>.

<*> Агарков М.М. Указ. соч. С. 83.

Даже в том случае, когда М.М. Агарков рассматривает вопрос о юридической природе целевой ссуды (здесь уж наверняка на стороне заемщика должно быть обязательство по целевому использованию полученного кредита), он настаивает на одностороннем характере соответствующего договора, лишая кредитора (банк) права требовать от заемщика использования полученной суммы кредита по целевому назначению. "Фактически целевой ссуде, - пишет М.М. Агарков, - всегда предшествует договор об открытии кредита в форме целевой ссуды, т.е. предварительный договор о целевой ссуде... Договор же целевой ссуды оформляется только как выдача назначенных по этому договору сумм. Предварительный договор о целевой ссуде представляет собой предварительный договор о заключении в будущем договора займа (ст. 218 ГК), осложненный предоставлением займодавцу права односторонним волеизъявлением расторгнуть договор в случае неупотребления ссуды по назначению. Это право займодавца, таким образом, поставлено в зависимость от отрицательного, отлагательного условия" <*>. Получается, что при заключении договора об открытии целевого кредита в него не включается условие о целевом характере выдаваемого кредита,

которое оговаривается сторонами (видимо, в устной форме) уже после выдачи заемщику соответствующих денежных сумм. Иначе каким образом договор об открытии кредита может сохранить свой односторонний характер, а договор займа - содержать условие о целевом использовании выданной ссуды?

<*> Агарков М.М. Указ. соч. С. 97.

Появление усложненной теоретической конструкции, когда довольно простые и целостные правоотношения, складывающиеся между банками и их клиентами, по выдаче и возврату кредита объяснялись с помощью сложного юридического состава, а именно: двух самостоятельных договоров (договора об открытии кредита и договора займа), где кредитному договору отводилась роль предварительного договора, предусматривающего одностороннее обязательство банка по выдаче кредита, который одновременно служил рамочным организационным соглашением и правовой предпосылкой для будущих договоров займа, заключаемых между сторонами кредитного договора, - явилось следствием нежелания ее авторов отойти от традиционных позиций, допустив возможность существования консенсуальной разновидности договора займа.

Между тем законодательства некоторых государств восприняли консенсуальную модель договора займа, что избавило соответствующие доктрины от необходимости создания подобных теоретических конструкций, а в ряде случаев позволило обойтись и без подробного специального правового регулирования отношений, связанных с кредитными договорами. Например, Р.И. Каримуллин, характеризуя процесс развития правового регулирования банковского кредитования в Германии, пишет: "На протяжении XX столетия гражданско-правовое регулирование отношений с участием банков претерпело в Германии существенные изменения. Характерным примером таких изменений может послужить следующий факт. Если 100 лет назад договор займа рассматривался как реальный, то современный подход к его правовой природе в Германии иной: обязанность по предоставлению займа признается в юридической доктрине по всем заемным обязательствам, в том числе и банковским. Правоприменительная практика разработала такие не известные отечественному праву обязанности сторон кредитного договора, как основанная на принципе добросовестности обязанность кредитора по предоставлению информации и обязанность по получению кредита" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германскому праву. М., 2001. С. 10 - 11.

По законодательству Испании договор об открытии кредита (кредитный договор) представляет собой двусторонний договор, по которому банк обязуется предоставить в распоряжение клиента определенное количество денег на определенный срок, а клиент обязуется возвратить указанную сумму банку и уплатить комиссионные и другие проценты <*>.

<*> См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004. С. 433.

Весьма любопытным является заключение А.А. Вишневого по результатам исследования состояния правового регулирования банковской деятельности в Англии: "Хотя кредитные операции имеют очень большой удельный вес в банковской практике, они в меньшей степени получили урегулирование в статутном и прецедентном праве. Причина этого состоит в том, что собственно "позитивные" аспекты кредитного договора (объем предоставляемого кредита, процентная ставка, порядок возврата и т.п.) получают урегулирование непосредственно в соответствующем договоре между банком и клиентом и практически регулируются общими положениями договорного права. В судебной же практике были рассмотрены, как обычно, проблемные аспекты правоотношений в связи с банковским кредитом; что же касается статутного права, то в нем получили рассмотрение вопросы, связанные с защитой определенной категории банковской клиентуры в сфере кредитования, точнее вопросы потребительского кредита. В связи с этим в английских учебниках по банковскому праву часто можно встретить отсылки к общему договорному праву вместо рассмотрения различных правовых аспектов кредитного договора" <*>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право Англии. М., 2000. С. 205.

В международном коммерческом обороте вовсе отрицается значение реальных договоров, которые, как и в случае с договором займа, по некоторым национальным законодательствам считаются заключенными лишь с момента передачи имущества.

Разработанные Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) Принципы международных коммерческих договоров включают в себя правило о действительности простого соглашения (ст. 3.2): "Договор заключается, изменяется или прекращается в силу самого соглашения сторон без каких-либо дополнительных требований" <*>. Из официального комментария следует, что цель указанного правила состоит в том, "чтобы прямо указать, что для действительного заключения, изменения или прекращения по взаимному согласию договора является вполне достаточным простое соглашение сторон без каких-либо дополнительных требований, которые предусматриваются некоторыми системами национального права" <***>.

<*> Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 1996. С. 74.

<***> Там же.

Речь идет о таких дополнительных требованиях, как обязательное наличие встречного удовлетворения (consideration), что характерно для англо-американской правовой системы; требование каузы (cause) договора, что встречается в некоторых континентальных правовых системах; требование передачи предмета договора для признания его заключенным (реальный договор).

Применительно к последнему требованию (о реальном характере договора) официальный комментарий состоит в следующем: "Некоторые континентальные правовые системы сохранили определенные типы "реальных договоров", т.е. договоров, заключаемых только при реальной передаче предмета договора. Такие нормы трудно совместимы с современными представлениями и

деловой практикой, и поэтому они были также исключены из настоящей статьи (ст. 3.2. - В.В.)" <*>.

<*> Там же. С. 75.

Характерно, что в качестве иллюстрации данного положения (о консенсуальности всех договоров) комментаторы приводят пример договора займа, заключаемого между французскими бизнесменами (по французскому, так же как и по российскому законодательству, договор займа является реальным договором), и приходят к выводу, что в случае применения Принципов международных коммерческих договоров (ст. 3.2) заемщик по соглашению о займе "вправе получить ссуду, несмотря на то что договор ссуды обычно рассматривается во Франции как "реальный" договор" <*>.

<*> Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С. Комарова. С. 75.

Правда, следует иметь в виду, что изложенный подход, отраженный в Принципах международных коммерческих договоров, может быть использован лишь в сфере коммерческих отношений и не затрагивает ту часть гражданского оборота, которая не связана с коммерческой деятельностью его участников (скажем, договор займа, заключаемый между гражданами, не являющимися предпринимателями, где реальный характер договора займа вполне оправдан).

Действующее российское законодательство (во всяком случае в части регулирования кредитного договора, договора товарного кредита и обязательства коммерческого кредита) полностью соответствует подходу, изложенному в Принципах международных коммерческих договоров, поскольку предусматривает консенсуальный характер соответствующих соглашений о кредите (консенсуальные разновидности займа, предназначенные для обслуживания именно коммерческого оборота).

Но к такому итогу отечественные законодательство и гражданско-правовая доктрина пришли своим совершенно специфическим путем. Если за исходную точку этого пути считать принятие ГК 1922 г., который, как отмечалось ранее, предусматривал реальный договор займа, но допускал заключение сторонами предварительного договора о выдаче займа, который порождал соответствующее обязательство банка, то дальнейший путь развития правового регулирования кредитных правоотношений выглядит следующим образом.

В результате осуществления так называемой кредитной реформы 1930 - 1931 гг., когда было запрещено кредитование организациями друг друга, а функции по предоставлению кредитных ресурсов социалистическим организациям были возложены исключительно на государственные банки, которые одновременно осуществляли функции контроля за финансовым состоянием своих клиентов, кредитному договору (договору банковской ссуды) было придано значение самостоятельного договора, отличного от договора займа, при этом сфера действия последнего была сведена к бытовым отношениям граждан.

Данное обстоятельство (самостоятельность договора банковской ссуды) неоднократно подчеркивалось в юридической литературе советского периода. Основное отличие договора банковской ссуды от договора займа некоторые авторы усматривали прежде всего в различии

регулируемых указанными договорами общественных отношений. Если договором займа регламентировались отношения, складывающиеся между гражданами, то договор банковской ссуды был призван урегулировать правоотношения, в которых кредитором являлся государственный банк, а в качестве заемщиков выступали социалистические организации. Кроме того, содержание договора банковской ссуды во многом определялось особыми полномочиями государственных банков в области государственного контроля рублем за деятельностью хозорганов <*>.

<*> См.: Компанеец Е.С., Полонский Э.Г. Указ. соч. С. 74 - 75; Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. Л., 1959. С. 41 - 44.

Специфика правового положения государственного банка в кредитных правоотношениях и, в частности, наделение его административными полномочиями по отношению к кредитующим организациям породили у ряда авторов сомнения относительно гражданско-правовой природы отношений по кредитованию организаций. В качестве одного из аргументов в пользу административно-правовой природы соответствующих правоотношений приводился довод о том, что банк мог быть понужден к заключению договора банковской ссуды лишь по указанию своей вышестоящей организации, а не в судебном (арбитражном) порядке <*>.

<*> См.: Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 211.

Другие авторы последовательно отстаивали гражданско-правовую природу отношений по банковским ссудам. Например, по мнению О.С. Иоффе, "юридическая природа правоотношения определяется его собственным характером, а не порядком его защиты. И если возникшее из лимита кредитования обязательство заключить договор строится на началах равенства сторон, оно должно быть признано гражданско-правовым, несмотря на административно-правовые методы его защиты" <*>. Не соглашался О.С. Иоффе и с теми авторами, которые предлагали исходить из того, что отношения по кредитованию организаций являются комплексными, органически сочетающими в себе гражданско-правовые и административно-правовые элементы <***>, полагая, что "выполняемые банком контрольные функции не препятствуют признанию и договорного, и основанного на кредитном лимите планового обязательства гражданским, а не административным правоотношением" <***>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 676 - 677.

<***> См.: Гуревич И.С. Указ. соч. С. 44; Малеин Н.С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. М., 1964. С. 35 - 36.

<***> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 677.

Положения кредитной реформы 1930 - 1931 гг., в том числе о самостоятельном характере договора банковской ссуды, получили правовое закрепление в ходе второй кодификации отечественного гражданского законодательства 1960 - 1964 гг. В 1961 г., как известно, были приняты

Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (далее - Основы 1961 г.) <*>, а в 1964 г. - Гражданский кодекс РСФСР (далее - ГК 1964 г.) <***>.

<*> Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. N 50. Ст. 525.

<***> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. N 24. Ст. 406.

Основы 1961 г. включали две статьи, направленные на регулирование кредитных правоотношений: о кредитовании организаций (ст. 85) и о банковских ссудах гражданам (ст. 86), - которые, однако, носили отсылочный характер. Согласно ст. 85 Основ 1961 г. (ст. 393 ГК 1964 г.) кредитование государственных организаций, колхозов и иных кооперативных и общественных организаций производилось согласно утвержденным планам путем выдачи целевых срочных ссуд Государственным банком СССР и другими банками СССР в порядке, установленном законодательством Союза ССР. В соответствии со ст. 86 Основ 1961 г. (ст. 394 ГК 1964 г.) ссуды гражданам выдавались банками СССР в случаях и в порядке, определявшихся законодательством Союза ССР, под которым подразумевались не законы, а подзаконные нормативные акты: постановления союзного правительства и нормативные акты Государственного банка СССР (банковские правила).

Функции по кредитованию социалистических организаций осуществлялись тремя системами государственных банков: учреждениями Госбанка СССР (краткосрочное кредитование хозяйственных организаций), Стройбанка СССР (долгосрочное кредитование капитальных вложений хозяйственных организаций) и Внешторгбанка СССР (кредитование внешней торговли).

Одним из основных начал кредитования социалистических организаций признавался принцип плановости, суть которого состояла в том, что кредиты предоставлялись социалистическим организациям на основе кредитных планов. Кредитный план как часть народнохозяйственного плана утверждался Советом Министров СССР и доводился до учреждений банков и кредитруемых хозяйственных организаций в виде конкретных планов кредитных вложений или лимитных извещений.

В юридической литературе того периода выделялись так называемые лимитируемые и нелимитируемые ссуды, отличие между которыми усматривалось в том, что в первом случае плановые задания в виде кредитных лимитов доводились как до хозяйственной организации-заемщика, так и до банка-кредитора. Во втором случае до банка доводилось плановое задание в виде суммы кредитов (без распределения по хозяйственным организациям-заемщикам), которые банк был вправе предоставить на временные нужды организаций. В связи с этим некоторые авторы относили всякий договор банковской ссуды социалистической организации к числу так называемых плановых договоров <*>, другие же полагали, что в случае с лимитируемыми ссудами "акт планирования адресуется как учреждению банка, так и кредитруемой организации, выступая в качестве необходимой предпосылки заключения договора банковской ссуды, являющегося поэтому плановым договором" <***>, если же речь идет о нелимитируемых ссудах, "акт планирования обращен только к банку, а не к обоим контрагентам и, следовательно, не составляет юридического договора банковской ссуды, который поэтому не приобретает характера планового договора" <****>.

<*> См., например: Компанеев Е.С., Полонский Э.Г. Указ. соч. С. 100.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 675.

<***> Там же.

Как отмечалось ранее, правовой формой банковского кредитования социалистических организаций являлся договор банковской ссуды, по которому "одна сторона - ссудодатель - на основании кредитного плана предоставляет в оперативное управление (собственность) денежные суммы другой стороне - ссудополучателю, а последний обязывается использовать их по целевому назначению и вернуть их ссудодателю в установленный срок с процентами... Необходимой юридической предпосылкой заключения договора банковской ссуды служит договор расчетного счета" <*>. Последнее обстоятельство (наличие у заемщика расчетного счета в банке, который выдает ему кредит) имело важное значение, поскольку задолженность по ссуде обычно списывалась банком с расчетного счета заемщика в беспорядном порядке.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. М., 1982. С. 479 (автор комментария к гл. 34 "Расчетные и кредитные отношения" - Я.А. Куник).

Выдача кредита банком оформлялась путем открытия простого ссудного счета и специального ссудного счета. В первом случае сумма кредита, учитываемая в целях контроля на простом ссудном счете банка, зачислялась на расчетный счет кредитруемой организации, которая в связи с этим могла распорядиться указанными денежными средствами. Во втором случае сумма кредита не зачислялась банком на расчетный счет заемщика, но он получал право в пределах выделенной суммы, числящейся на специальном ссудном счете банка, выставлять платежные документы на приобретение материальных ценностей, которые оплачивались банком непосредственно со специального ссудного счета. Существенной особенностью отличался и порядок погашения кредита, выданного по договору банковской ссуды, оформленному открытием специального ссудного счета: задолженность погашалась путем зачисления на специальный ссудный счет выручки, поступающей в адрес заемщика, либо путем перечисления с его расчетного счета на специальный ссудный счет банка так называемых плановых платежей. Как отмечал Я.А. Куник, с юридической точки зрения "при регулировании спецссудного счета совершаются сделки, направленные на прекращение правоотношений посредством зачета" <*>. Что касается правоотношений, связанных с банковскими ссудами гражданам (ст. 86 Основ 1961 г., ст. 394 ГК 1964 г.), то порядок их предоставления и погашения регламентировался постановлениями Совета Министров СССР и изданными на их основе банковскими правилами. В этой сфере правоотношений речь шла в основном о кредитовании индивидуального жилищного строительства <***>.

<*> Куник Я.А. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. С. 480.

<***> Подробнее об этом см.: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 108 - 112.

В целом же, несмотря на то что кредитному договору, используемому в банковской сфере, наконец-то был придан консенсуальный характер, наиболее оптимальный для коммерческого

оборота, кредитному договору (договору банковской ссуды) в советский период была отведена роль договорного оформления плановых административно-правовых отношений, связанных с распределением кредитных ресурсов, в которых центральным участником являлся государственный банк, выступавший не в качестве равноправного контрагента по договору, а скорее выполнявший функцию государственного управления по надзору и контролю за финансовой деятельностью хозяйственных организаций. Если же оценить модель кредитного договора (договора банковской ссуды), применявшуюся в советский период, с доктринальных позиций, то можно прийти к заключению о том, что законодательство той поры, противопоставив кредитный договор договору займа (сохранив за последним лишь регулирование бытовых отношений между гражданами), существенно обедняло содержание кредитного договора и крайне осложнило квалификацию указанного договора в системе гражданско-правовых договоров, поскольку были утрачены правовые критерии для такой квалификации. Самостоятельность кредитного договора (договора банковской ссуды) предопределялась лишь тем обстоятельством, что указанный договор обслуживал отношения по кредитованию, обязательным участником которых выступал государственный банк, наделенный широкими административными полномочиями. Искусственное отторжение кредитного договора (договора банковской ссуды) от договора займа (однотипного по предмету порождаемого обязательства) имело еще и то последствие, что в отличие от договора займа кредитный договор был выведен из сферы действия кодифицированных актов гражданского законодательства, а его правовое регулирование осуществлялось исключительно подзаконными актами: постановлениями и распоряжениями Правительства СССР и инструкциями Государственного банка СССР.

Существование кредитного договора, его место в системе гражданско-правовых договорных обязательств были коренным образом изменены лишь в ходе реформы гражданского законодательства, которая началась с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик (далее - Основы 1991 г.) в 1991 г. <*>. В гл. 15 Основ 1991 г. были включены две статьи, направленные на регулирование договора займа и кредитного договора (ст. ст. 113 и 114). Согласно п. 1 ст. 113 Основ 1991 г. по договору займа (кредитному договору) займодавец (кредитор) передает заемщику (должнику) в собственность (полное хозяйственное ведение или оперативное управление) деньги или вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется своевременно возвратить такую же сумму денег или равное количество вещей того же рода и качества.

<*> Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. N 26. Ст. 733.

Данное законодательное определение (а вернее, редакция нормы, содержащей указанное определение) привело некоторых авторов к выводу о том, что Основы 1991 г. полностью отождествляют договор займа и кредитный договор и употребляют термины "договор займа" и "кредитный договор" в качестве синонимов. К примеру, Н.Н. Захарова пишет: "Основы гражданского законодательства Союза ССР кредитный договор приравнивали к договору займа... Практически не ясно было, в чем же отличие договора займа и кредитного договора, что на практике часто вызывало вопросы, связанные с необходимостью получения лицензии, правом заключать такой договор и т.п." <*>.

<*> Захарова Н.Н. Кредитный договор. М., 1996. С. 7; см. также: Вишневецкий А.А. Банковское

право: Краткий курс лекций. М., 2002. С. 73.

Приведенный упрек в адрес Основ 1991 г. представляется несправедливым (можно говорить лишь о некоторой редакционной неточности). Скорее всего, соответствующее определение договора займа (кредитного договора), содержащееся в п. 1 ст. 113 Основ, имело своей целью подчеркнуть то обстоятельство, что кредитный договор не является самостоятельным договором, а представляет собой отдельный вид договора займа. Об этом свидетельствует включение в ту же ст. 113 ряда специальных правил, направленных на регламентацию именно кредитного договора: в качестве обеспечения своевременного возврата кредита банки и иные кредиторы по кредитному договору могут принимать залог, поручительство (гарантию) и обязательства в других формах, принятых банковской практикой; должник обязан предоставить банку возможность контроля за обеспеченностью кредита; нарушение обязательств по обеспечению возврата кредита служит основанием для его досрочного взыскания (п. 4 ст. 113 Основ 1991 г.).

Основной же аргумент в пользу отношения законодателя к кредитному договору как к отдельному виду договора займа (а не как к аналогу последнего) заключается в том, что в Основы 1991 г. была включена статья, полностью посвященная именно кредитному договору. Речь идет о ст. 114, согласно которой кредитным договором может быть предусмотрена обязанность банка или иного лица, занимающегося предпринимательской деятельностью, предоставить кредит в сроки, в размере и на условиях, согласованных сторонами. При этом лицо, обязавшееся предоставить кредит, вправе впоследствии отказаться от кредитования при признании должника неплатежеспособным, невыполнении им обязанностей по обеспечению кредита, а также в других случаях, предусмотренных договором.

Таким образом, в тексте Основ 1991 г. (ст. ст. 113 и 114) можно обнаружить три видообразующих признака кредитного договора, позволяющих квалифицировать его в качестве отдельного вида договора займа: особенность в субъектном составе, состоящая в том, что на стороне кредитора (займодавца) могут выступать только банк или иное лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью; презумпцию возмездности пользования кредитом; и наконец, консенсуальный характер кредитного договора.

Главная же заслуга законодателя (при принятии Основ 1991 г.) состоит в том, что кредитный договор приобрел консенсуальный характер, не утратив при этом свою родовую принадлежность к договору займа, что предопределило возможность при отсутствии в законодательстве специальных правил о кредитном договоре регулировать вытекающие из него обязательства общими положениями о договоре займа. Именно такой подход в дальнейшем был использован при подготовке законоположений о займе и кредите, содержащихся в действующем Гражданском кодексе Российской Федерации.

3. Понятие кредитного договора

По современному российскому гражданскому праву под кредитным договором понимается такой договор, по которому банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее (п. 1 ст. 819 ГК).

В юридической литературе при рассмотрении проблемы определения правовой природы кредитного договора и его квалификации принято сравнивать кредитный договор с договором займа. Некоторые авторы находят сходство между указанными договорами и подчеркивают их общие черты, другие, напротив, акцентируют внимание на имеющихся между указанными договорами различиях. На основе такого анализа делаются выводы либо о самостоятельном характере кредитного договора в системе гражданско-правовых договоров, либо о том, что кредитный договор является разновидностью договора займа. Правда, в отдельных случаях соответствующий анализ соотношения кредитного договора и договора займа приводит российских ученых и к более оригинальным выводам.

Например, по мнению Р.И. Каримуллина, "в российском гражданском праве договор займа и кредитный договор имеют по меньшей мере три общих признака. В самом деле, и переход права собственности на предмет договора, и соглашение о возврате полученного заемщиком капитала, и длящийся характер правоотношений сторон - все это безусловные атрибуты не только кредитного договора, но и договора займа. Вместе с тем последний обладает более широким субъектным (в роли займодавца выступают не только кредитные организации) и предметным (предметом займа служат не только деньги) составом, а также свободен от неперемного включения в содержание условия об уплате вознаграждения...". "С учетом изложенного, - заключает Р.И. Каримуллин, - характерные признаки кредитного договора позволяют сделать только один вывод о его соотношении с договором займа. Российское гражданское право рассматривает кредитный договор как особую разновидность договора займа" <*>. К такому же выводу (о том, что кредитный договор является разновидностью договора займа) приходят и некоторые другие авторы <***>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 12 - 13.

<***> См.: Медведев Д.А. Указ. соч. С. 502; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. проф. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 509 (автор комментария к § 2 гл. 42 "Кредит" - Н.И. Соловьяненко).

Не меньшее число сторонников имеет и позиция признания кредитного договора самостоятельным гражданско-правовым договором. Так, Е.А. Павлодский пишет: "Гражданскому законодательству известны два самостоятельных договора - займа и кредита (гл. 42 ГК). Эти договоры имеют много общего... Однако данные договоры имеют и существенные различия, что побудило законодателя к отдельному регулированию отношений, вытекающих из договора займа и кредита" <*>.

<*> Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М., 2000. С. 4; см. также: Гольшев В.Г. Указ. соч. С. 18; Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 7; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный). М., 2003. С. 547 (автор комментария к § 2 гл. 42 "Кредит" - Н.Ю. Рассказова).

Е.А. Суханов, отмечая, что "кредитный договор и по субъектному составу, и по предмету имеет более узкую сферу применения, чем договор займа", делает вывод о том, что кредитный договор "является особой, самостоятельной разновидностью договора займа" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 224 - 225.

Л.Г. Ефимова, выявив шесть отличий правового режима кредитного договора и договора займа, тем не менее пришла к выводу, "что практически все особенности правового режима кредитного договора можно так или иначе подвести под частный случай договора займа, за исключением одного. Договор займа является традиционно реальным договором, а кредитный договор сконструирован действующим ГК РФ как консенсуальный" <*>. Рассматривая способы решения этой проблемы, сама Л.Г. Ефимова придерживается того взгляда, что "можно сконструировать консенсуальную разновидность договора займа. По этому пути пошел действующий ГК РФ, предусмотрев несколько таких договоров: кредитный договор, договор коммерческого кредита и договор товарного кредита" <***>. Общий же вывод этого автора относительно правовой природы кредитного договора состоит в том, "что кредитный договор представляет собой коммерциализированную консенсуальную разновидность договора займа" <****>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 558 - 559.

<***> Там же. С. 560.

<****> Там же. С. 561.

На наш взгляд, сравнительный анализ договора займа и кредитного договора с целью выявления сходства и различий между ними страдает определенным методологическим изъяном: кредитный договор относится к договору займа как вид к роду, а наличие родовидовых связей предполагает, что понятие, относимое к виду, располагая всеми основными характерными чертами рода, одновременно имеет некоторые специфические признаки, которые и позволяют выделить его в отдельный вид родового понятия.

Действительно, кредитный договор (вид) обладает всеми основными чертами договора займа (род): из него возникает обязательство заемщика возвратить кредитору денежную сумму, равную полученной (деньги - заменимые вещи, определенные родовыми признаками), в срок, определенный договором. Помимо этого кредитному договору присущи специфические признаки, ограничивающие сферу его применения и выделяющие его в отдельный вид договора займа. Наличие у кредитного договора указанных специфических признаков делает необходимым специальное правовое регулирование, но, имея в виду родовую принадлежность кредитного договора к договору займа, за пределами специальных правил, рассчитанных на специфику кредитного договора (как отдельного вида договора займа), подлежат применению общие положения о договоре займа. Таким образом, целью научного исследования должно быть не выявление сходства и различий между кредитным договором и договором займа (такую цель можно преследовать лишь при сравнении самостоятельных договоров, не находящихся в родовидовой связи), а определение специфических черт кредитного договора, которые могут быть признаны его видообразующими признаками, позволяющими выделить кредитный договор в отдельный вид договора займа.

У кредитного договора на самом деле имеется только два таких признака: во-первых, на стороне кредитора (займодавца) всегда выступает банк или иная кредитная организация; во-вторых,

кредитный договор носит консенсуальный характер и поэтому является двусторонним, т.е. порождает обязательство как на стороне банка-кредитора (выдать кредит), так и на стороне заемщика (возвратить денежную сумму, полученную в качестве кредита, и уплатить кредитору проценты, причитающиеся ему в качестве вознаграждения за выдачу кредита). Что касается иных так называемых отличий между кредитным договором и договором займа, отмечаемых в юридической литературе, то они не образуют специфических признаков именно кредитного договора, поскольку при определенных условиях могут быть обнаружены и в договоре займа.

Например, часто обращают внимание на то, что объектом кредитного договора могут служить только денежные средства, в то время как по договору займа заемщику передаются деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками. Так, А.А. Вишневский подчеркивает, что "договор займа и кредитный договор различаются по предмету. Предметом договора займа могут быть как деньги, так и другие вещи, определенные родовыми признаками. Предметом же кредитного договора могут быть только деньги, как в наличной, так и в безналичной форме" <*>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. С. 74; см. также: Рассказова М.Ю. Указ. соч. С. 548.

Еще более определенно по этому вопросу высказался Е.А. Суханов: "Предметом кредитного договора могут быть только деньги, но не вещи. Более того, выдача большинства кредитов осуществляется в безналичной форме, т.е. предметом кредитных отношений становятся права требования, а не деньги в виде денежных купюр (вещей). Именно поэтому закон говорит о предоставлении кредита в виде "денежных средств" (п. 1 ст. 819 ГК), а не "денег или других вещей" (п. 1 ст. 807 ГК), как это имеет место в договоре займа. Таким образом, предметом кредитного договора являются безналичные деньги ("денежные средства"), т.е. права требования, а не вещи" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 225.

Правда, далеко не все авторы, пишущие о договорах займа и кредита, замечают проблему, обозначенную Е.А. Сухановым. К примеру, в работе Г.А. Тосуняна, А.Ю. Викулина, А.М. Экмаляна указывается, что "если договор коммерческого кредита предусматривает переход права собственности на передаваемые деньги или вещи, определенные родовыми признаками, от кредитора заемщику, то и кредитный договор, а также договор товарного кредита предусматривают переход права собственности от кредитора заемщику... Таким образом, одной из специфических черт, характеризующих содержание кредита, является переход права собственности от кредитора заемщику" <*>. Н.Н. Захарова пишет: "При рассмотрении предмета кредитного договора необходимо учитывать, что передать деньги или вещи в собственность может только их собственник" <***>. А между тем теоретическая проблема как раз и состоит в том, что так называемые безналичные денежные средства, являясь по своей правовой природе обязательственными правами требования к банку (а не вещами), в принципе не могут быть переданы в собственность заемщика.

<*> Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Указ. соч. С. 182.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 24.

Конечно, нельзя не обратить внимание на то, что законодатель в определении договора кредита избежал указания, что денежные средства передаются именно в собственность заемщика (п. 1 ст. 819 ГК). Но это момент чисто формальный, не меняющий сути дела: передача денег или вещей, определенных родовыми признаками, в собственность заемщика - родовая черта всякого заемного обязательства (включая кредитный договор). Пользование заменимыми вещами, каковыми являются наличные деньги и вещи, определенные родовыми признаками, предполагает их потребление. Именно поэтому, в отличие от договоров найма или ссуды, объект договора займа передается не во владение и пользование, а в собственность заемщика. В определении кредитного договора (п. 1 ст. 819 ГК) не содержится положение о передаче денежных средств в собственность заемщика только по той причине, что оно не относится к специфическим признакам кредитного договора.

Итак, названная теоретическая проблема существует, и в юридической литературе предлагаются различные способы ее решения. Например, Л.Г. Ефимова пишет: "Безналичные деньги не имеют материальной формы и не являются вещами. Поэтому ранее считалось, что при предоставлении безналичного кредита нельзя говорить о передаче денег в собственность заемщика" <*>. Сама же она в своих рассуждениях о путях решения этой проблемы предлагает исходить из "возможности распространения на безналичные деньги некоторых элементов правового режима наличных денег и, в частности, положений о праве собственности" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 557.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 557.

Весьма интересным представляется подход к решению названной проблемы, предложенный Р.И. Каримуллиным, который также подчеркивает, что "с зачислением суммы кредита на счет заемщика у последнего не возникает права собственности на вещь, как это происходит при ее вручении наличными. Вместе с тем различия в вещно-правовой квалификации того или иного способа приобретения кредита не влияют на его окончательный экономический и обязательно-правовой эффект. Интерес заемщика направлен не на то, чтобы стать собственником известного количества денежных знаков, а на то, чтобы в его распоряжении состояла определенная денежная сумма. Именно поэтому ее зачисление на счет становится возможным приравнять к передаче права собственности на денежные знаки" <*>. Ведь кредит "признается предоставленным в момент присоединения заемного капитала в согласованной форме к имуществу заемщика, его вручения наличными или зачисления на оговоренный счет" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 20 - 21.

<*> Там же. С 51.

Действительно, предоставленный заемщику кредит (пусть и в форме безналичных денежных средств, зачисленных на его банковский счет) входит как часть в имущество последнего, составляя

актив этого имущества, которое в целом принадлежит соответствующему лицу - заемщику на праве собственности. Отсюда зачисление на банковский счет заемщика суммы кредита (безналичных денежных средств) должно быть приравнено к передаче наличных денег в собственность заемщика.

Кстати, об этом в свое время писал Г. Дернбург: "В своем простейшем и, без сомнения, первоначальном виде заем заключался в том, что займодавец переносил принадлежащие ему вещи - *res fungibiles* - через простую передачу - *traditio* - в собственность заемщику. Поэтому заем имел место лишь в том случае, если займодавец давал займы вещи, принадлежащие ему, в собственность... По позднему праву, развившемуся на более свободных началах, считалось достаточным, чтобы займодавец законным способом предоставил заемщику валюту" <*>.

<*> Дернбург Г. Указ. соч. С. 279.

Еще одно так называемое отличие кредитного договора от договора займа, нередко отмечаемое в юридической литературе, состоит в возмездности кредитного договора. Так, Е.А. Суханов пишет: "...кредитный договор в отличие от договора займа всегда является возмездным. Вознаграждение кредитору определяется в виде процентов, начисленных на сумму кредита за все время его фактического использования" <*>. Однако и данное "отличие" от договора займа (всегда возмездный характер кредитного договора) не образует специфической особенности кредитного договора, которую можно было бы признать его видообразующим признаком, позволяющим выделять кредитный договор в отдельный вид договора займа. Дело в том, что и родовой по отношению к кредитному договору договор займа может приобретать форму возмездного договора. Более того, как известно, законом установлена презумпция возмездности договора займа: согласно п. 1 ст. 809 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором займа, займодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке, определенных договором.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 225. См. также: Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. С. 74; Медведев Д.А. Указ. соч. С. 503; Рассказова Н.Ю. Указ. соч. С. 548.

Не может быть признана видообразующим признаком кредитного договора как отдельного вида договора займа и та его особенность, что он во всех случаях должен быть заключен в письменной форме. Скорее это родовая черта, присущая договору займа в тех случаях, когда в качестве займодавца выступает юридическое лицо (п. 1 ст. 808 ГК).

Таким образом, видообразующими признаками кредитного договора, выделяющими его в отдельный вид договора займа, могут быть признаны лишь две его особенности: во-первых, обязательное участие в договоре в качестве кредитора банка или иной кредитной организации (особенность в субъектном составе договора); во-вторых, консенсуальный характер договора, что влечет признание его двусторонним договором, который порождает обязательство как на стороне банка (по выдаче кредита), так и на стороне заемщика (по возврату полученного кредита и уплате процентов как платы за кредит).

Следовательно, для того, чтобы договор, порождающий денежное заемное обязательство, был признан кредитным, необходимо, чтобы в роли займодавца по такому договору выступал банк (иная

кредитная организация), на который возлагается обязанность по выдаче кредита (займа), а сам договор вступал бы в силу не с момента выдачи кредита, а с момента его подписания.

Сфера применения кредитного договора (как отдельного вида договора займа) ограничивается исключительно областью банковской деятельности, в этом его смысл и предназначение. Дело в том, что банк (иная кредитная организация), выступая в роли займодавца и выдавая кредиты, по сути распоряжается денежными средствами граждан и организаций, привлеченными во вклады и на банковские счета. Перед указанными лицами (вкладчиками и владельцами банковских счетов) банк (иная кредитная организация) несет обязанности, вытекающие из договоров банковского вклада и банковского счета, в том числе по выдаче денежных средств по требованию клиентов, перечислению их на счета других лиц, выполнению иных банковских операций по поручению вкладчиков и владельцев банковских счетов.

В конечном счете именно обеспечению прав и законных интересов кредиторов банка (иной кредитной организации), в первую очередь вкладчиков и владельцев банковских счетов, служат содержащиеся в ГК РФ (ст. ст. 819 - 821) специальные правила, направленные на регулирование кредитного договора как отдельного вида договора займа. В самом деле, очевидно, например, что применение к кредитному договору общих положений о форме договора займа и последствиях ее несоблюдения (ст. ст. 808, 162 ГК) не способствовало бы решению названной задачи, поскольку при таком положении вещей было бы затруднено осуществление контроля за деятельностью банков (иных кредитных организаций) по распоряжению привлеченными денежными средствами. Данным обстоятельством и продиктовано включение в ГК РФ жесткого правила об особых последствиях несоблюдения письменной формы кредитного договора: такой договор считается ничтожным.

Этой же цели (обеспечению прав и законных интересов граждан и организаций, разместивших свои денежные средства на счетах и во вкладах в банках и иных кредитных организациях) подчинены также специальные правила, расширяющие возможности сторон кредитного договора отказаться от его исполнения. В особенности это касается правил, содержащихся в п. п. 1 и 3 ст. 821 ГК РФ, согласно которым кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок; в случае нарушения заемщиком предусмотренной кредитным договором обязанности целевого использования кредита кредитор также вправе отказаться от дальнейшего кредитования заемщика по договору.

Родовидовая связь между договором займа и договором кредита проявляется и в том, что в случае утраты кредитным договором соответствующего видообразующего признака, например в случае, когда в роли кредитора выступает организация, не обладающая лицензией на осуществление банковской деятельности и по этой причине не являющаяся банком (иной кредитной организацией), несмотря на то что стороны своим соглашением придали своему договору консенсуальный, двусторонний характер, такой договор не может быть признан кредитным. Однако такой договор также не может быть признан недействительной сделкой (что в принципе было бы возможно, будь кредитный договор самостоятельным гражданско-правовым договором). Принимая во внимание родовую принадлежность кредитного договора к договору займа, в подобных случаях данный договор должен быть квалифицирован только как договор займа. Это обстоятельство влечет то практическое последствие, что оформленный сторонами договор может считаться заключенным лишь с момента передачи денежной суммы заемщику (п. 1 ст. 807 ГК).

Характерно, что отмеченный подход проявляет себя не только в практике государственных

арбитражных судов (о чем упоминалось ранее), его придерживаются и третейские суды в процессе своей работы, включая разбирательство дел по правилам международного арбитража (естественно, при применимом российском законодательстве). Данное обстоятельство подтверждается примером из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее - МКАС), приведенным в одной из работ М.Г. Розенберга. По одному из дел, рассмотренных МКАС, был предъявлен иск фирмой, зарегистрированной на Британских Виргинских островах, к украинской организации в связи с невыполнением последней обязательств по кредитному договору. По утверждению истца, в соответствии с условиями договора сумма кредита, предоставлявшегося на один год, подлежала зачислению на счет дочернего предприятия ответчика, указанного в договоре. В качестве обеспечения кредита ответчик должен был оформить передачу истцу в залог определенного имущества. Несмотря на то что истец перевел на счет дочернего предприятия большую часть суммы кредита, ответчик в предусмотренный договором срок не оформил договор залога, не возвратил истцу соответствующую часть суммы кредита и не уплатил проценты за пользование кредитом. В связи с этим истец требовал возвратить выданную сумму кредита с начислением на нее процентов, предусмотренных договором, взыскать с ответчика предусмотренный договором штраф за отказ от оформления договора залога и просрочку возврата займа, а также возместить понесенные им расходы по арбитражному сбору и издержки по ведению дела.

Заклученный сторонами кредитный договор содержал арбитражную оговорку о том, что все споры и разногласия, могущие возникнуть из договора или в связи с ним, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (г. Москва). В этом же договоре имелось условие, подтвержденное представителями сторон в заседании МКАС, о том, что их отношения по договору регулируются российским материальным правом.

Оценивая доводы ответчика, в том числе ссылку последнего на недействительность заключенного сторонами кредитного договора, МКАС констатировал: "Поскольку истцом не представлено доказательств того, что он является в силу его устава банком или иной кредитной организацией, договор сторон в соответствии со ст. 807 ГК РФ квалифицирован составом арбитража в качестве договора займа и к нему применены положения ГК РФ, регулирующие этот вид договора. Соответственно с учетом предписаний ст. 807 ГК РФ признано, что принятые сторонами обязательства полностью отвечают требованиям закона для этого вида договоров, установленным в абз. 1 п. 1 указанной статьи ГК РФ. В этой связи заявление ответчика об отсутствии соглашения сторон в отношении существенных условий договора не может быть принято во внимание". В результате требования истца о взыскании задолженности в размере суммы, фактически выданной заемщику, процентов как платы за пользование займом и штрафа за нарушение условия договора о предоставлении залогового обеспечения (с применением ст. 333 ГК) были удовлетворены <*>. Что касается второго видообразующего признака кредитного договора, выделяющего его в отдельный вид договора займа, а именно консенсуального и в силу этого двустороннего характера порождаемого им обязательства, то его утрата кредитным договором в принципе невозможна. Представим себе ситуацию, когда банк и заемщик, заключая кредитный договор, включают в него условие о том, что данный договор считается заключенным не с момента его подписания сторонами, а с момента зачисления денежных средств (суммы кредита) на банковский счет заемщика. Как в этом случае суд должен оценить требование заемщика о взыскании с банка-кредитора убытков, вызванных неисполнением обязательства по предоставлению суммы кредита в предусмотренный договором срок?

<*> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 148 - 153.

Если исходить из того, что кредитный договор, утративший названный видообразующий признак (консенсуальный характер), трансформируется в договор займа, то придется признать, что заключенный сторонами договор является договором займа, который порождает обязательство лишь на стороне заемщика и может считаться заключенным только с момента предоставления суммы займа заемщику. Но в этом случае пришлось бы констатировать отсутствие на стороне банка какого-либо обязательства и, следовательно, оснований для ответственности банка за его неисполнение. Такой подход представляется неприемлемым как для правоприменительной практики, так и для имущественного оборота в целом.

Другой вариант разрешения указанного гипотетического спора (который, вероятнее всего, и выберет судья при рассмотрении реального дела) состоит в том, чтобы признать невозможность для банка предоставлять денежные средства гражданам и организациям на основе заключаемых с ними договоров займа. В связи с этим следует согласиться с тем, что обоснованы рассуждения Н.Ю. Рассказовой, которая пишет: "К банковским операциям отнесено предоставление привлеченных средств. Предоставление же займы собственных средств независимо от размера и систематичности сделок банковской операцией не является. Банки не могут заключать договоры займа, поскольку технически невозможно отделить собственные средства банков от привлеченных" <*>.

<*> Рассказова Н.Ю. Указ. соч. С. 548.

Действительно, для размещения банком от своего имени и за свой счет привлеченных денежных средств предусмотрена соответствующая договорная форма заемного обязательства - кредитный договор (ст. 819 ГК). Банки, располагая целевой правоспособностью, вправе совершать лишь те сделки, которые предусмотрены законодательством (ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности). Следовательно, они не вправе заключать договоры займа.

Как же поступит судья, рассматривая конкретный спор? Видимо, он квалифицирует заключенный сторонами договор в качестве кредитного, а соответствующее условие договора, придающее ему реальный характер, признает недействительным как противоречащее императивной норме п. 1 ст. 819 ГК РФ (о консенсуальности кредитного договора). В приведенном примере заемщик действительно будет иметь право требовать от банка возмещения убытков, причиненных неисполнением обязательства, вытекающего из кредитного договора.

Таким образом, кредитный договор является отдельным видом договора займа, предназначенным для использования в банковской деятельности. Экономический смысл кредитного договора состоит в том, что он представляет собой правовую форму деятельности банка по размещению денежных средств граждан и организаций, привлеченных во вклады и на банковские счета.

С точки зрения характеристики всякого гражданско-правового договора кредитный договор является договором консенсуальным, двусторонним и возмездным.

Квалификация кредитного договора предполагает также определение его отличий от иных видов договора займа. Прежде всего следует подчеркнуть, что общей чертой указанных видов договорных обязательств является, конечно же, их родовая принадлежность к договору займа, однако каждое из них обладает своими видообразующими признаками, позволяющими их выделять в отдельные виды займа. Договор товарного кредита имеет ту особенность, что он (как и кредитный договор) носит консенсуальный характер, но в отличие от кредитного договора в качестве его объекта выступают не денежные средства, а вещи, определенные родовыми признаками. Договоры облигационного займа и государственного (муниципального) займа выделяют в отдельные виды договора займа особенности заключения указанных договоров и оформления соответствующих договорных правоотношений: данные договоры заключаются путем приобретения займодавцами облигаций, эмитированных заемщиками, каковые (облигации) и служат формой выражения заемных обязательств. Видообразующим признаком обязательства коммерческого кредита является его принадлежность к иным гражданско-правовым договорам, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками. От кредитного договора обязательство коммерческого кредита отличается тем обстоятельством, что оно ни при каких условиях не приобретает форму отдельного договора. Кроме того, от всех иных известных видов договорных заемных обязательств кредитный договор отличается особенностью субъектного состава: на стороне кредитора (займодавца) в кредитном договоре всегда выступает банк (кредитная организация). Кредитный договор предназначен для обслуживания заемных правоотношений в сфере банковской деятельности.

Глава V. СУБЪЕКТЫ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

1. Кредитор

Как отмечалось ранее, одна из двух существенных особенностей кредитного договора, представляющих его видообразующие признаки, позволяющие выделить кредитный договор в отдельный вид договора займа, - то обстоятельство, что в роли кредитора по этому договору во всех случаях выступает банк или иная кредитная организация, поскольку кредитный договор представляет собой профессиональный вид договора займа, предназначенный для использования в сфере именно банковской деятельности.

В связи с изложенным, рассуждая о субъектном составе кредитного договора, необходимо прежде всего определить основные черты банков и иных кредитных организаций, отличающие их от иных участников гражданского оборота. Несмотря на кажущуюся простоту, данная задача на протяжении многих лет не имела однозначного решения.

Например, Г.Ф. Шершеневич, исследуя вопрос об определении понятия "банк", ограничился описанием выполняемых банками (кредитными учреждениями) экономических функций и осуществляемых ими видов деятельности, избежав при этом четкой правовой дефиниции. "Экономические функции банков состоят в том, что они 1) ссужают деньгами, 2) перемещают капиталы отсюда, где есть излишек, туда, где ощущается недостаток, 3) выполняют обязанности кассиров, принимая и совершая платежи. Основная задача банков, - подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, - сводится к посредничеству в кредите. Банки пользуются кредитом для того, чтобы его оказывать своим клиентам, банки оказывают кредит потому, что сами пользуются кредитом... Только собранные в большую массу, образуя значительные капиталы, денежные суммы создают экономическую силу.

Банки и превращают деньги в капиталы" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. С. 404.

И еще один вывод Г.Ф. Шершеневича, характеризующий особенности банков и банковской деятельности. "Чтобы оказывать кредит, - писал Г.Ф. Шершеневич, - банки должны иметь в своих руках капиталы. Источники, из которых банки получают средства для оказывания кредита: 1) собственный основной капитал, образованный на началах акционерных или посредством товарищества - полного, на вере; 2) капиталы вкладчиков, вверенные банкам на началах займа; 3) капиталы, полученные посредством выпуска банковских билетов, если эта операция дозволена банку. Основной капитал, вместе с запасным, если таковой имеется, предназначается, собственно, служить гарантией исполнтельности банка; в оборот же идет капитал, полученный банком по доверию к нему от многочисленных его клиентов. Правильная постановка банковского дела требует привести в соответствие оказываемый банком кредит с теми средствами, которыми банк располагает, благодаря притоку чужих капиталов" <*>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II. С. 405.

В первый советский период развития банковского законодательства (до кредитной реформы 1930 - 1931 гг.) вопросы, связанные с определением понятий "банк" и "кредитное учреждение", употреблявшихся в законодательстве той поры, исследовались М.М. Агарковым, который по этому поводу писал: "Для применения норм банковского права, а также для точного установления границ изучающей их дисциплины было бы очень важно дать определение понятия банка. Однако сколько-нибудь удовлетворительного определения этого понятия не существует. Как в экономической, так и в юридической науке банк всего чаще определяют как предприятие, являющееся посредником в кредите" <*>. "Рассмотрение функций, присущих банку, - подчеркивал М.М. Агарков, - с несомненностью показывает, что они не могут быть сведены к одному лишь посредничеству в кредите" <***>. Сам он, призывая "различать три функции, характерные для банка: 1) собирание чужих средств, 2) оказание кредита и 3) содействие платежному обороту", - делал вывод о том, что в случаях, когда "основными функциями какого-либо предприятия являются три указанные выше функции, то по существу мы имеем дело с банком". Другой его вывод состоял в том, что "если для предприятия не характерна ни одна из трех указанных основных функций, то оно не является банком. В этих же широких пределах вопрос может решаться только для каждого отдельного случая, в зависимости от условий места и времени, в связи с исторически сложившимися навыками и принятыми в хозяйственном обороте взглядами" <***>.

<*> Агарков М.М. Указ. соч. С. 6.

<***> Там же. С. 7.

<***> Там же. С. 9.

Советское законодательство той поры, регулируя банковскую деятельность, зачастую употребляло не понятие "банк", а иной термин - "кредитное учреждение". По этому поводу М.М. Агарков указывал: "Понятие кредитного учреждения не обладает большей определенностью, чем понятие банка. Большой объем понятия делает его несколько более бедным по содержанию. Характерными для кредитного учреждения, как и для банка, являются указанные выше три функции - собирание средств, предоставление кредита и содействие платежному обороту, причем так же, как и для признания наличности банка, нет надобности в соединении всех трех функций. Но в отличие от банка для понятия кредитного учреждения не является характерным крупный размер предприятия, а также специфически коммерческая постановка дела" <*>.

<*> Агарков М.М. Указ. соч. С. 11.

Отмечая неопределенность понятия "кредитное учреждение" и неудачность использования этого термина, поскольку "словом "учреждение" советское законодательство обычно пользуется для обозначения государственного органа, состоящего на бюджете, или для обозначения частного юридического лица, не являющегося корпорацией", М.М. Агарков тем не менее пришел к следующему выводу: "Неопределенность понятия кредитного учреждения не причиняет особых затруднений, так как ограниченное количество типов кредитных учреждений и регулирование их деятельности государственной властью позволяют на практике без особых затруднений определять, относится ли данная организация к числу кредитных учреждений" <*>. И еще: "Несмотря на свои недостатки, термин "кредитные учреждения" настолько вошел в обиход, что от него не представляется возможным отказаться. Важно только, чтобы он не вводил в заблуждение" <***>.

<*> Там же.

<***> Там же. С. 12.

Следствием кредитной реформы 1930 - 1931 гг. явилось то, что все банки, основанные на негосударственной собственности, были ликвидированы и преобразованы. Возникла система государственных банков, включавшая в себя Госбанк СССР, Стройбанк СССР и Внешторгбанк СССР (с соответствующими территориальными учреждениями), просуществовавшая в неизменном виде вплоть до 1987 г., когда в соответствии с Постановлением ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 17 июля 1987 г. на базе названных трех государственных банков была образована банковская система, включавшая в себя шесть государственных банков: Госбанк СССР, Промстройбанк СССР, Внешэкономбанк СССР, Агропромбанк СССР, Жилсоцбанк СССР и Сберегательный банк СССР. Государственные банки являлись прежде всего органами государственного управления, осуществлявшими функцию контроля рублем за финансовым состоянием предприятий и организаций, а затем уж хозяйственными организациями, осуществлявшими банковскую деятельность. Естественно, при такой банковской системе проблема определения понятий "банк" и "кредитная организация" с целью их отграничения от иных участников имущественного оборота потеряла свое значение вплоть до развала советской экономической системы и перехода к рыночным принципам организации имущественного оборота.

Некоторые сложности с определением понятий "банк" и "кредитные организации" испытывали

также зарубежные законодательства и правовые доктрины. Так, по свидетельству А.А. Вишневого, в английском праве "акцент был смещен с понятия "банк" на регулирование собственно банковской деятельности, т.е. правил (условий договоров и т.п.), которые применялись в банковской практике. Относящиеся к банковскому праву статуты не содержали исчерпывающего определения. Если в тех или иных законах... и содержалось определение понятия "банк", то это делалось только для целей соответствующего закона, но не для того, чтобы дать всеобъемлющее определение банка" <*>. Более того, как подчеркивает А.А. Вишневский, в английской доктрине "присутствуют два противоположных мнения относительно целесообразности законодательного определения понятия "банк". Одни авторы исходят из невозможности дать универсальное определение банка. Обосновывается это следующими рассуждениями. То, что можно считать банком при одних обстоятельствах, не будет являться таковым при других. Понятие банка меняется с течением времени, кроме того, значение термина "банк" неодинаково при различных обстоятельствах и в различных странах, в том числе в странах системы общего права... В то же время другие специалисты считают отсутствие законодательного решения данного вопроса "аномалией" <***>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право Англии. С. 5.

<***> Там же. С. 5 - 6.

В результате, к примеру, в системе общего права до сих пор воспринимаются в качестве судебных прецедентов подходы, выработанные ранее судебной практикой, согласно которым одним из критериев признания организации банковским учреждением может служить ее репутация среди коммерсантов: организация, пользующаяся репутацией банковского учреждения, может быть признана судом (естественно, применительно к конкретным обстоятельствам рассматриваемого дела) банком <*>. Что касается английского статутного права, то даже принятие специальных законов о банковской деятельности 1979 и 1987 гг. не привело к выработке единого понятия банка. Скорее можно говорить о предусмотренных соответствующим законодательством косвенных признаках банков и требованиях, предъявляемых к их деятельности. А.А. Вишневский обращает внимание на "принципиальную особенность английского Закона о банковской деятельности 1987 г. в части определения банка... Хотя Закон называется "банковским", он интересуется понятием "банк" лишь в той степени, в которой речь идет о подчиненности того или иного института контрольным полномочиям Банка Англии. Контрольные же полномочия последнего распространяются, согласно данному Закону, на деятельность по приему депозитов от неопределенного круга лиц, осуществляемую в виде промысла. Но этим понятие банка не ограничивается: банковская деятельность включает в себя и другие операции, традиционно характерные для банков (что нашло отражение в... прецедентах общего права)" <***>.

<*> См.: Вишневский А.А. Банковское право Англии. С. 7.

<***> Там же. С. 11.

Важное значение для европейских государств, в особенности тех, которые относятся к системе континентального права, имеют директивы Европейского сообщества (далее - ЕЭС), направленные на гармонизацию национального законодательства в сфере банковской деятельности. В частности, в

одной из директив ЕЭС содержалось определение кредитной организации, согласно которому кредитная организация есть такая организация, чей бизнес состоит в получении депозитов или иных подлежащих возврату средств от неопределенного круга лиц и в предоставлении кредитов за счет этой организации <*>. Как результат, в законодательстве ряда государств появились аналогичные определения кредитных организаций. Например, в Испании в 1986 г. был принят Королевский законодательный декрет 1298/1986 "Об адаптации действующего законодательства о кредитных учреждениях к праву ЕЭС". По этому Декрету кредитными учреждениями признаются учреждения, которые в качестве своей основной деятельности аккумулируют публичные средства в форме депозитов, займов, временной передачи финансовых активов и т.п. с обязательством их возврата, осуществляя при этом предоставление кредитов и аналогичные операции. Данным определением кредитных учреждений охватываются не только банки, но и некоторые иные организации: кредитные кооперативы, сберегательные кассы, товарищества по ипотечному кредитованию и т.д. <***>.

<*> См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. С. 431.

<***> См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. С. 432.

Началом современного этапа развития банковского законодательства в России следует считать принятие Закона РСФСР от 2 декабря 1990 г. "О банках и банковской деятельности в РСФСР" <*>. В первой редакции названного Закона (ст. 1) содержалось следующее определение банка: "Банк - коммерческое учреждение, являющееся юридическим лицом, которому в соответствии с настоящим Законом и на основании лицензии (разрешения), выдаваемой Центральным банком РСФСР, предоставлено право привлекать денежные средства от юридических и физических лиц и от своего имени размещать их на условиях возвратности, платности и срочности, а также осуществлять иные банковские операции".

<*> Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. N 27. Ст. 357.

Данное определение было признано в доктрине не вполне удачным. В частности, в юридической литературе обращалось внимание на некоторые неточности, допущенные законодателем. Так, Л.Г. Ефимова возражала против того, чтобы банки именовались коммерческими учреждениями, поскольку "коммерческие банки создаются как организации корпоративного типа и занимаются хозяйственной (предпринимательской) деятельностью" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковское право: Учебное и практическое пособие. М., 1994. С. 29.

Г.А. Тосунян предлагал рассматривать банк как создающееся в любой организационно-правовой форме, предусмотренной законодательством, коммерческое юридическое лицо, которое на основании

лицензии Банка России вправе привлекать вклады (депозиты), выдавать кредиты, осуществлять расчеты, выполнять другие банковские операции, а также совершать иные сделки, не противоречащие закону и целям деятельности, указанным в его уставе <*>.

<*> См.: Тосунян Г.А. Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. М., 1995. С. 238.

В 1995 г. была принята новая редакция теперь уже Федерального закона "О банках и банковской деятельности" <*>, где в качестве родового понятия, обозначающего субъектов банковской деятельности, был использован термин "кредитная организация", под которой разумеется юридическое лицо, для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеющее право осуществлять банковские операции, предусмотренные Законом о банках и банковской деятельности; кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество.

<*> СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492. В ходе дальнейших изменений и дополнений данного Закона соответствующие законоположения остались неизменными.

Указанное понятие кредитной организации носит абстрактный характер, в реальной жизни такая организация действует в одном из двух видов: банк или небанковская кредитная организация.

Под банком в Законе о банках и банковской деятельности (ст. 1) понимается такая кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.

Небанковской кредитной организацией признается такая кредитная организация, которая имеет право осуществлять отдельные банковские операции, предусмотренные Законом о банках и банковской деятельности; допустимые сочетания банковских операций для небанковских кредитных организаций устанавливаются Банком России.

Как мы видим из законодательных определений понятий кредитной организации, банка и небанковской кредитной организации, указанные определения также не являются идеальными. В частности, вызывает недоумение положение о том, что кредитная организация должна осуществлять банковские операции "для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности". По всей вероятности, законодатель имел в виду, что банковские операции, предусмотренные Законом о банках и банковской деятельности, должны осуществляться кредитной организацией в качестве ее предпринимательской деятельности. Но данное понятие ("предпринимательская деятельность") не ограничивает свое содержание тем, что тот, кто ее осуществляет, имеет основной своей целью извлечение прибыли.

Согласно п. 1 ст. 2 ГК РФ, содержащему законодательное определение предпринимательской деятельности, "предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск

деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке". В связи с этим признаком кредитной организации должно служить то обстоятельство, что совершение банковских сделок является для нее основным видом предпринимательской деятельности. Очевидно также, что определение понятия кредитной организации должно содержать указание на ее целевую правоспособность и на то, что она должна быть зарегистрирована в качестве именно кредитной организации.

Сложно с разумных позиций объяснить также содержащееся в ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности положение о том, что "кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество". Как известно, хозяйственное общество является собственником своего имущества, в том числе переданного ему учредителями в качестве вкладов в уставный капитал (п. 1 ст. 66 ГК). Поэтому хозяйственное общество может быть образовано на основе только частной формы собственности (хотя использование данной экономической категории для определения законодательных признаков кредитной организации вообще представляется нецелесообразным).

Непонятно также, почему законодатель не допускает создания кредитных организаций в организационно-правовой форме хозяйственных товариществ, при которой в наибольшей степени обеспечивается защита прав кредиторов, имея в виду, что учредители хозяйственного товарищества - полные товарищи несут субсидиарную ответственность своим имуществом по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75 ГК).

Ключевым элементом в определении понятий кредитной организации, банка, небанковской кредитной организации является предусмотренный Законом о банках и банковской деятельности перечень банковских операций, которые могут осуществляться кредитной организацией на основе лицензии Банка России. Согласно ч. 1 ст. 5 названного Закона к банковским операциям относятся: 1) привлечение денежных средств физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок); 2) размещение указанных привлеченных средств от своего имени и за свой счет; 3) открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц; 4) осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам; 5) инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц; 6) купля-продажа иностранной валюты в наличной и безналичной формах; 7) привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов; 8) выдача банковских гарантий; 9) осуществление переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов).

В соответствии с той же ст. 5 (ч. ч. 2, 3 и 5) Закона о банках и банковской деятельности помимо перечисленных банковских операций кредитная организация вправе осуществлять следующие сделки: 1) выдачу поручительств за третьих лиц, предусматривающих исполнение обязательств в денежной форме; 2) приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме; 3) доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами; 4) операции с драгоценными металлами и драгоценными камнями в соответствии с федеральным законодательством; 5) предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей; 6) лизинговые операции; 7) оказание консультационных и информационных услуг. Кредитная организация вправе осуществлять иные сделки в соответствии с федеральным законодательством, но ей в любом случае запрещается заниматься производственной,

торговой и страховой деятельностью.

Нельзя не обратить внимание на терминологическое различие в нормах, преследующих на первый взгляд единую цель - дать перечень видов деятельности или действий (банковских операций, банковских сделок), которые могут осуществляться кредитными организациями.

Данное обстоятельство (различие в терминах "банковские операции" и "банковские сделки") объясняется в юридической литературе по-разному. Например, по мнению О.М. Олейник, понятия "банковская сделка" и "банковская операция" должны быть признаны тождественными <*>.

<*> См.: Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М., 1997. С. 23.

Л.Г. Ефимова по этому поводу пишет: "Простое сопоставление первой и второй части ст. 5 Закона о банках позволяет сделать вывод, что и к числу банковских операций, и к числу других сделок кредитной организации отнесены поименованные гражданско-правовые договоры". Вместе с тем "Закон о банках выделяет особую группу гражданско-правовых сделок, называя их "банковскими операциями" именно потому, что общество в целом заинтересовано в их нормальном заключении и исполнении. Для этой категории сделок Закон устанавливает особый правовой режим. Например, требование об обязательном лицензировании распространяется только на банковские операции. Все остальные сделки кредитные организации вправе осуществлять без лицензии Банка России" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 44 - 46.

Г.А. Тосунян, А.Ю. Викулин, А.М. Экмалян полагают, что "действующий Закон о банках подразделяет сделки, которые вправе осуществлять кредитные организации, на три группы: 1) банковские операции (ч. 1 ст. 5); 2) сделки, которые кредитная организация вправе осуществлять помимо банковских операций (ч. 2 ст. 5); 3) иные сделки, которые кредитная организация вправе осуществлять в соответствии с законодательством РФ (ч. 3 ст. 5)" <*>. Названные авторы полагают, что в качестве критерия разделения сделок, совершаемых кредитными организациями, на три группы "выступает принцип соответствующей правоспособности кредитной организации: а) иные сделки, которые кредитная организация вправе осуществлять в соответствии с законодательством РФ (ч. 3 ст. 5), разрешено ей проводить в соответствии с принципом общей правоспособности... б) сделки, которые кредитная организация вправе осуществлять помимо банковских операций (ч. 2 ст. 5), разрешено проводить в соответствии с принципом специальной правоспособности... в) банковские операции (ч. 1 ст. 5), которые кредитные организации проводят в соответствии с принципом исключительной правоспособности, что следует из предусмотренной в действующем ГК РФ допустимости и иных случаев ограничения правоспособности юридического лица независимо от того, распространяется ли на него принцип общей или специальной правоспособности. В данном случае имеется в виду, что ограничивается правоспособность юридических лиц, которым запрещено осуществлять банковские операции... В соответствии с российским законодательством занятие отдельными видами деятельности разрешено только строго определенным юридическим лицам и, следовательно, должно считаться запрещенным для всех остальных участников гражданского оборота" <*>.

<*> Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Указ. соч. С. 202.

<***> Там же. С. 203 - 204.

На наш взгляд, общим для терминов "банковская операция" и "банковская сделка" (в контексте ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности) является то обстоятельство, что оба эти термина предназначены для обозначения определенных действий кредитной организации. Указанные действия кредитной организации приобретают характер сделки в том случае, если законодатель имеет в виду те гражданско-правовые последствия, которые появляются на стороне совершающей их кредитной организации, т.е. речь идет о таком аспекте категории "действия", как их направленность на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (банковские сделки). Именно эта сторона категории действий кредитной организации имеется в виду законодателем в ч. ч. 2 и 3 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности, когда он устанавливает перечень сделок, которые могут совершаться кредитной организацией как таковой без лицензии Банка России. Дифференциация данных сделок путем перечисления части сделок непосредственно в законе (ч. 2 ст. 5) и указания на возможность совершения другой части сделок в соответствии с законодательством без определения их перечня (ч. 3 ст. 5), видимо, объясняется тем простым обстоятельством, что первая часть сделок совершается кредитными организациями в процессе осуществления банковской деятельности, которая подпадает под действие специального законодательства о банковском регулировании и надзоре, а вторую часть сделок составляют те сделки, без которых не может быть обеспечена деятельность всякого юридического лица (например, договор аренды кредитной организацией офисных помещений; договор энергоснабжения, по которому кредитная организация получает электрическую и тепловую энергию в качестве абонента, и т.п.). Думается, именно эта часть сделок (не относящихся к банковской деятельности) имеется в виду законодателем, установившим запрет для кредитных организаций заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью.

Когда же законодатель говорит о банковских операциях (ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности), подразумевается совершенно иной аспект действий кредитной организации, нежели их направленность на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (сделки). В данном случае речь идет о действиях кредитной организации как об определенных видах предпринимательской деятельности, которые могут осуществляться кредитной организацией лишь при наличии лицензии, выданной Банком России. Таким образом, понятие "банковские операции" подразумевает прежде всего публично-правовой аспект соответствующих действий кредитной организации, а именно: наличие разрешения Банка России на их совершение и их подчиненность законодательству о банковском регулировании и надзоре, - те же действия кредитной организации в плоскости частноправовых отношений совершаются, конечно же, в форме гражданско-правовых сделок, этот аспект не может иметь правового значения, когда мы рассуждаем о лицензировании банковских операций.

Заметим попутно, что требование лицензирования отдельных видов деятельности не имеет никакого отношения к категории гражданской правоспособности юридических лиц. Целевая правоспособность определенных категорий юридических лиц определяется законом (как это сделано, например, в ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности в отношении кредитных организаций), а не фактом выдачи или отказа в выдаче соответствующей лицензии. Кроме того, наличие у кредитных

организаций (наделенных законом лишь целевой правоспособностью) лицензии на осуществление банковских операций никак не может свидетельствовать об ограничении правоспособности иных коммерческих организаций (обладающих, как известно, общей правоспособностью) либо об "исключительной" правоспособности кредитных организаций. Поэтому использование категории правоспособности (общей, специальной, "исключительной") в качестве критерия классификации сделок, совершаемых кредитными организациями, нельзя признать удачным.

В рамках общего понятия кредитной организации отдельные ее виды - банк и небанковская кредитная организация - отличаются объемом и сочетанием осуществляемых ими банковских операций. Только банки имеют право осуществлять в совокупности банковские операции по привлечению во вклады денежных средств физических и юридических лиц и их размещению от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, срочности и платности, а также по открытию и ведению банковских счетов физических и юридических лиц. Для небанковских кредитных организаций характерно осуществление лишь отдельных банковских операций, допустимое сочетание которых определяется Банком России.

Как отмечается в юридической литературе, современная российская банковская практика знает всего несколько видов небанковских кредитных организаций, действующих на основе лицензий Банка России, к их числу относятся: клиринговая организация, являющаяся центром взаимных расчетов и осуществляющая в основном клиринговые операции и обеспечивающие их иные сделки; расчетный центр организованного рынка ценных бумаг, представляющий собой кредитную организацию, имеющую договор с Банком России, в соответствии с которым она обеспечивает проведение расчетов по сделкам участников организованного рынка ценных бумаг путем открытия соответствующих счетов и осуществления денежных переводов; организация инкассации, осуществляющая инкассацию денежных переводов, векселей, платежных и расчетных документов <*>. Хотя, конечно же, действующий круг небанковских кредитных организаций не является величиной постоянной и предопределяется тем, какие организации обратились в Банк России за выдачей соответствующих лицензий.

<*> См., например: Госунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Указ. соч. С. 199.

Некоторые неточности в законодательных дефинициях в настоящее время не создают каких-либо сложностей в определении субъектов банковской деятельности в качестве кредитных организаций (как банков, так и небанковских кредитных организаций), поскольку решающее значение в решении этой задачи имеют формальные признаки кредитных организаций. Дело в том, что Законом о банках и банковской деятельности установлен жесткий порядок государственной регистрации кредитных организаций и лицензирования их деятельности.

Необходимой предпосылкой для государственной регистрации кредитной организации является соблюдение специальных требований, предъявляемых к учредительным документам кредитной организации и к ее уставному капиталу. В соответствии со ст. 10 Закона о банках и банковской деятельности устав кредитной организации помимо ее фирменного наименования и указания на организационно-правовую форму должен содержать сведения: об адресе (месте нахождения) ее органов управления и обособленных подразделениях; о перечне осуществляемых банковских операций и сделок; о размере уставного капитала; о системе органов управления, в том числе исполнительных органов, и органов внутреннего контроля, о порядке их образования и об их

полномочиях.

Помимо устава и соответственно заявления о государственной регистрации и выдаче лицензии для государственной регистрации кредитной организации и получения лицензии в Банк России должен быть представлен еще целый ряд документов: учредительный договор о создании кредитной организации в форме хозяйственного общества; бизнес-план, утвержденный собранием учредителей кредитной организации; протокол собрания учредителей, содержащий решения об утверждении устава кредитной организации, а также кандидатур для назначения на должности руководителя кредитной организации и ее главного бухгалтера; копии документов о государственной регистрации юридических лиц, выступающих в роли учредителей кредитной организации, вместе с аудиторскими заключениями о достоверности их финансовой отчетности, а также подтверждением налоговыми органами выполнения ими обязанностей по уплате обязательных платежей в бюджете всех уровней за последние три года; документы, подтверждающие источники происхождения средств, вносимых учредителями - физическими лицами в уставный капитал кредитной организации; анкеты кандидатов на должности руководителя кредитной организации, главного бухгалтера и его заместителей, а также кандидатов на соответствующие должности в филиалах кредитной организации, содержащие, в частности, сведения о наличии у этих лиц высшего юридического или экономического образования и опыта руководства отделом или иным подразделением кредитной организации, связанных с осуществлением банковских операций, не менее одного года, при отсутствии специального образования - опыта руководства таким подразделением не менее двух лет, а также данные о наличии (отсутствии) судимости (ст. 14 Закона о банках и банковской деятельности).

Решение о государственной регистрации кредитной организации принимается Банком России, который уведомляет об этом уполномоченный регистрирующий орган для внесения соответствующей регистрационной записи в единый государственный реестр юридических лиц. Кроме того, в целях осуществления своих контрольных и надзорных функций Банк России ведет Книгу государственной регистрации кредитных организаций (ст. 12 Закона о банках и банковской деятельности).

В лицензии на осуществление банковских операций, выдаваемой кредитной организации после ее государственной регистрации, указываются банковские операции, на осуществление которых данная кредитная организация имеет право, а также валюта, в которой эти банковские операции могут осуществляться. Выданные Банком России кредитным организациям лицензии учитываются им в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций, который публикуется в официальном издании "Вестник Банка России" не реже одного раза в год (ст. ст. 12 и 13 Закона о банках и банковской деятельности).

Кредитная организация имеет право приступить к осуществлению банковских операций лишь с момента получения лицензии, выданной Банком России. Обязательным условием для получения лицензии является оплата учредителями всего объявленного уставного капитала, что обеспечивается следующими обязательными правилами. После получения от уполномоченного регистрирующего органа информации о внесенной в единый государственный реестр юридических лиц записи о кредитной организации Банк России в срок не позднее трех рабочих дней уведомляет об этом ее учредителей с требованием произвести в месячный срок оплату 100% объявленного уставного капитала кредитной организации и выдает учредителям документ, подтверждающий факт внесения записи о кредитной организации в единый государственный реестр юридических лиц. И только при предъявлении документов, подтверждающих оплату 100% объявленного уставного капитала кредитной организации, Банк России выдает кредитной организации лицензию на осуществление

банковских операций. Напротив, неоплата или неполная оплата учредителями уставного капитала кредитной организации в установленный срок служит основанием для обращения Банка России в суд с требованием о ликвидации кредитной организации (ст. ст. 12 и 15 Закона о банках и банковской деятельности).

Таким образом, необходимыми формальными признаками всякой кредитной организации являются: ее государственная регистрация в качестве таковой (кредитной организации) как в едином государственном реестре юридических лиц, так и в Книге регистрации кредитных организаций, ведущейся Банком России; наличие у кредитной организации лицензии на осуществление соответствующих банковских операций, выданной Банком России, и необходимой учетной записи об этом в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций, который также ведется Банком России. При наличии указанных формальных признаков соответствующая коммерческая организация (хозяйственное общество) может быть идентифицирована в качестве кредитной организации.

Надлежащим субъектом кредитного договора (на стороне кредитора) в настоящее время является именно банк, поскольку деятельность кредитной организации по предоставлению кредитов представляет собой размещение от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, срочности и платности денежных средств, привлеченных во вклады и на банковские счета физических и юридических лиц. Иными словами, указанная деятельность кредитной организации представляет собой совокупность тех банковских операций, которые составляют исключительные полномочия банков (ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности). Хотя, конечно же, не исключена теоретическая возможность того, что осуществление банковских операций в указанном сочетании может быть дозволено Банком России и другим кредитным (небанковским) организациям.

2. Заемщик

В роли другого неперменного участника кредитного договора - заемщика может выступать всякий субъект гражданского права: как физическое, так и юридическое лицо, а также публично-правовое образование (Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования). Закон не предусматривает каких-либо специальных требований, предъявляемых к гражданам и организациям, участвующим в кредитном договоре на стороне заемщика. Если для банка заключение кредитных договоров во всех случаях связано с осуществлением им предпринимательской деятельности, то граждане и организации, вступая в кредитные правоотношения с банком, могут преследовать самые различные цели, в том числе и никак не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности.

Возможности граждан, организаций и публично-правовых образований участвовать в кредитных правоотношениях (в качестве заемщиков) предопределяются общими положениями о право- и дееспособности, а также правилами, устанавливающими особенности правового статуса тех или иных субъектов гражданского права, что никак не связано со спецификой правового регулирования именно кредитных правоотношений. Например, публично-правовые образования (Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования), как известно, выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений: гражданами и юридическими лицами, - и подчиняются правилам, определяющим участие юридических лиц в гражданско-правовых отношениях, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. От имени публично-правовых образований

гражданские права и обязанности приобретаются органами государственной власти и органами местного самоуправления в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов (ст. ст. 124, 125 ГК).

С точки зрения бюджетного законодательства кредитные договоры, заключаемые Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями с кредитными организациями в качестве заемщиков, признаются одной из форм долговых обязательств соответствующих публично-правовых образований, а суммы полученных кредитов - государственными, муниципальными внутренними заимствованиями, составляющими часть государственного (муниципального) долга (ст. ст. 97 - 100 Бюджетного кодекса Российской Федерации, далее - БК РФ <*>). В соответствии со ст. 104 БК РФ государственные и муниципальные внутренние заимствования используются для покрытия дефицитов соответствующих бюджетов, а также для финансирования бюджетных расходов в пределах расходов на погашение государственных и муниципальных долговых обязательств. От имени Российской Федерации право осуществления государственных внутренних заимствований принадлежит Правительству РФ либо уполномоченному им ответственному федеральному органу исполнительной власти; от имени субъекта Российской Федерации - единственному уполномоченному органу исполнительной власти субъекта Российской Федерации; от имени муниципального образования - уполномоченному органу местного самоуправления в соответствии с уставом муниципального образования.

<*> СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3823.

Предельный объем государственного внутреннего долга Российской Федерации на каждый очередной финансовый год утверждается федеральным законом о федеральном бюджете на очередной финансовый год с разбивкой долга по формам обеспечения обязательств. Законом субъекта Российской Федерации о бюджете, правовым актом органа местного самоуправления о местном бюджете на очередной финансовый год устанавливается верхний предел долга субъекта Российской Федерации, муниципального долга, который не должен превышать объем доходов соответствующего бюджета без учета финансовой помощи из бюджетов других уровней бюджетной системы Российской Федерации (ст. ст. 106 - 107 БК РФ).

Согласно ст. 111 БК РФ осуществление государственных или муниципальных заимствований допускается только в случае утверждения федеральным законом, законом субъекта Российской Федерации или решением органа местного самоуправления о бюджете соответствующего уровня на текущий финансовый год следующих параметров: привлечения средств из источников финансирования дефицита бюджета, соответствующего ограничениям, установленным ст. 92 БК РФ (размер дефицита бюджета субъекта Российской Федерации не может превышать 15%, а местного бюджета - 10% объема доходов соответствующего бюджета без учета финансовой помощи иных бюджетов); предельного размера государственного и муниципального долга, соответствующего ограничениям, установленным ст. ст. 106 - 107 БК РФ; расходов на обслуживание соответствующего государственного или муниципального долга в текущем финансовом году. При этом предельный объем расходов на обслуживание государственного долга субъекта Российской Федерации или муниципального долга, утвержденный законом (решением) о бюджете соответствующего уровня, не должен превышать 15% объема расходов бюджета соответствующего уровня.

Отмеченные ограничения, содержащиеся в публичном праве (бюджетном законодательстве),

предопределяют возможности участия публично-правовых образований в кредитных правоотношениях. Правда, современной российской истории известны факты и, так сказать, разового регулирования отдельных акций, связанных с участием государства в кредитных правоотношениях в качестве заемщика. Достаточно вспомнить историю с "залоговыми аукционами", которая до настоящего времени служит одним из признанных образцов "скандальной" приватизации. А началась эта история с принятия Указа Президента РФ от 31 августа 1995 г. N 889 "О порядке передачи в 1995 году в залог акций, находящихся в федеральной собственности" <*>. Согласно названному Указу "в целях обеспечения источников покрытия дефицита федерального бюджета и эффективного использования пакетов акций, находящихся в федеральной собственности", предусматривалось проведение в IV квартале 1995 г. аукционов на право заключения одновременно договоров кредита, залога находящихся в федеральной собственности акций, а также договора комиссии. Передача в залог находящихся в федеральной собственности пакетов акций акционерных обществ, созданных в процессе приватизации, производилась по итогам проведения аукционов на право заключения соответствующих договоров. Причем Указом изначально предусматривалось, что упомянутые аукционы на право заключения договоров кредита, залога и комиссии считаются состоявшимися в том случае, если число участников аукциона было более одного и каждый из них гарантировал предоставление кредита под залог акций в размере не менее стартовой цены. Победителем аукциона признавался участник, предложивший в заявке наибольший размер кредита за соответствующий пакет акций. При этом Указ от 31 августа 1995 г. N 889 не содержал каких-либо требований к участникам подобных аукционов и их победителям, с которыми заключались договоры кредита, залога находящихся в федеральной собственности акций акционированных государственных предприятий и комиссии.

<*> СЗ РФ. 1995. N 36. Ст. 3527.

Из так называемых обязательных условий договоров кредита, залога акций и комиссии, утвержденных названным Указом в качестве приложений, следовало, что выставленные на аукцион акции передавались победителю аукциона, который после заключения с ним соответствующих договоров приобретал одновременно статус кредитора, залогодержателя и комиссионера, в обеспечение исполнения Российской Федерацией обязательств заемщика по возврату кредита, выдаваемого победителем аукциона (кредит зачислялся в счет доходов федерального бюджета).

За пользование кредитом заемщик должен был выплачивать кредитору проценты в рублях по ставке ЛИБОР плюс 0,5% для трехмесячных депозитов в экю на дату заключения кредитного договора, пересчитанных в рубли по официальному курсу Банка России на дату платежа. Правда, проценты подлежали начислению лишь за период с даты зачисления кредитором суммы кредита на счет заемщика (т.е. в доходы федерального бюджета) до 1 января 1996 г. В дальнейшем проценты по кредиту не начислялись.

По условиям кредитного договора заемщик изначально принимал на себя обязательство выплатить кредитору основной долг и начисленные проценты "из выручки от реализации акций, переданных в залог". В том случае, если сумма, вырученная от реализации предмета залога, была недостаточной для покрытия обеспеченных залогом требований кредитора, последний не имел права на получение недостающей суммы от заемщика (?!). Более того, предусматривалось, что и срок действия кредитного договора истекал в день погашения требований кредитора за счет стоимости

предмета залога (т.е. кредитный договор по существу не предусматривал ни обязательство заемщика по возврату кредита, ни срок исполнения указанного обязательства).

Реальной же целью "залоговых аукционов" являлась передача находящихся в федеральной собственности акций акционированных государственных предприятий под контроль "кредиторов" в обход законодательства о приватизации. Об этом недвусмысленно свидетельствуют так называемые обязательные условия договоров залога и комиссии, утвержденные тем же Указом Президента РФ. Акции как предмет залога передавались кредитору-залогодержателю, который наделялся в отношении этих акций правомочиями владения и пользования, как только сумма кредита зачислялась на счет Российской Федерации в Банке России. Залогодержатель также (за редкими исключениями) наделялся правом осуществлять голосование на общих собраниях акционеров по акциям, переданным в залог, по своему усмотрению. Уже с 1 января 1996 г. у кредитора-залогодержателя (на этот раз как комиссионера) возникало право реализации заложенных акций (указанное право ему позволялось уступить третьему лицу).

Кредитор (он же залогодержатель и комиссионер) имел право по своему выбору в течение трех лет с даты заключения соответствующих договоров осуществить продажу находящихся в федеральной собственности акций любым из способов, предусмотренных законодательством о приватизации, кроме инвестиционных торгов.

Таким образом, как мы видим, предусматривавшийся Указом Президента РФ от 31 августа 1995 г. N 889 порядок проведения "залоговых аукционов" на самом деле не имел ничего общего ни с кредитным договором, ни с договором залога, а представлял собой некую искусственную правовую схему (прикрытием которой были призваны служить традиционные правовые конструкции кредита, залога и комиссии), позволявшую осуществить переход акционированных государственных предприятий под контроль определенных лиц в обход действовавшего тогда законодательства о приватизации. Прискорбно, но факт: само государство в лице своих высших должностных лиц предстало в истории с "залоговыми аукционами" в качестве активного разработчика и проводника соответствующей схемы перехода права собственности.

Однако вернемся к субъектам кредитного договора на стороне заемщика. Возможности участия в кредитных правоотношениях организаций - юридических лиц в качестве заемщиков также предопределяются особенностями их правового статуса.

Так, в отношении бюджетных учреждений действует правило, установленное БК РФ (п. 1 ст. 118), согласно которому они не имеют права получать кредиты у кредитных организаций и других физических и юридических лиц, за исключением ссуд из бюджетов и государственных внебюджетных фондов. Указанный запрет не действует лишь в случаях, когда в отношении бюджетного учреждения, финансируемого на основе сметы доходов и расходов, имеют место задержки финансирования из бюджета более чем на два месяца или при финансировании не более 75% объема бюджетных ассигнований, установленного уведомлением о бюджетных ассигнованиях за квартал (ст. 237 БК РФ).

Серьезные ограничения правового статуса учреждения предусмотрены и гражданским законодательством. Как известно, учреждения, являясь некоммерческими организациями, наделены лишь целевой правоспособностью и могут заключать только те сделки (включая кредитные договоры), которые не противоречат целям их деятельности, предусмотренным положениями о соответствующих учреждениях (п. 1 ст. 120 ГК). Кроме того, учреждение, будучи субъектом права оперативного управления на закрепленное за ним имущество, не вправе его отчуждать или иным

способом распоряжаться указанным имуществом, а также имуществом, приобретенным за счет средств, выделенных ему по смете. Исключения составляют лишь те случаи, когда в соответствии с учредительными документами учреждению предоставлено право осуществлять приносящую доходы деятельность; доходы от такой разрешенной учреждению деятельности, а также приобретенное за счет этих доходов имущество, учитываемые учреждением на отдельном балансе, поступают в его самостоятельное распоряжение (ст. 298 ГК).

Из всех коммерческих организаций (обладающих, как правило, общей правоспособностью) наибольшие особенности правового статуса, ограничивающие возможности участия в кредитных правоотношениях, характерны для государственных и муниципальных унитарных предприятий, которые в отличие от иных коммерческих организаций наделены лишь целевой правоспособностью (ст. ст. 49, 113 ГК). Однако данное обстоятельство (целевая правоспособность) до недавнего времени <*> не создавало для государственных и муниципальных предприятий каких-либо препятствий для заключения кредитных договоров с коммерческими банками, поскольку как субъект хозяйственного ведения государственное или муниципальное предприятие распоряжалось своим имуществом самостоятельно, по своему усмотрению; и только сделки по распоряжению недвижимым имуществом требовали согласия собственника имущества, закрепленного за унитарным предприятием.

<*> До 3 декабря 2003 г., когда в "Российской газете" состоялось официальное опубликование Федерального закона от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях", вступившего с этого момента в силу.

Теперь же в соответствии со ст. 24 Федерального закона "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях" (далее - Закон о государственных и муниципальных унитарных предприятиях) действия унитарного предприятия по получению кредитов на основе кредитных договоров с кредитными организациями (наряду с получением бюджетных ссуд, размещением облигаций и выдачей векселей) должны квалифицироваться, по терминологии названного Закона, как осуществление "заимствования". Проблема, конечно же, не в квалификации кредитных договоров, беда в том, что указанная статья содержит норму, согласно которой "унитарное предприятие вправе осуществлять заимствования только по согласованию с собственником имущества унитарного предприятия объема и направлений использования привлекаемых средств". Стало быть, обращаясь к банку с просьбой о выдаче кредита, государственное или муниципальное унитарное предприятие должно всякий раз располагать неким решением компетентного государственного органа (органа местного самоуправления), уполномоченного собственником имущества, закрепленного за унитарным предприятием, о согласовании объема кредита и направлениях его использования данным предприятием. В противном случае кредитный договор, заключенный при отсутствии такого решения, должен признаваться недействительной сделкой, противоречащей требованиям закона. Согласитесь, представления законодателя о роли кредита для участников имущественного оборота, каковыми являются государственные и муниципальные унитарные предприятия, выглядят довольно странно (если не сказать больше).

Для иных коммерческих организаций - хозяйственных обществ, хозяйственных товариществ, производственных кооперативов, обладающих общей правоспособностью, не существует никаких препятствий для вступления в кредитные правоотношения с банками в качестве заемщиков. Вместе с тем все указанные юридические лица относятся к корпоративным организациям, для которых

характерны распределение компетенции между их органами управления и специальный порядок принятия решений о совершении указанными организациями сделок определенных категорий, под параметры которых может попасть и кредитный договор. Например, в соответствии со ст. 45 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ (в ред. Федерального закона от 21 марта 2002 г. N 31-ФЗ) "Об обществах с ограниченной ответственностью" (далее - Закон об обществах с ограниченной ответственностью) <*> сделки, в совершении которых имеется заинтересованность члена совета директоров (наблюдательного совета) общества, лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа общества, члена коллегиального исполнительного органа общества или заинтересованность участника общества, имеющего совместно с его аффилированными лицами 20% и более голосов от общего числа голосов участников общества, не могут совершаться обществом без согласия общего собрания участников общества. Решение о совершении обществом сделки, в которой имеется заинтересованность, принимается общим собранием участников общества большинством голосов от общего числа голосов участников общества, не заинтересованных в ее совершении.

<*> СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 785; 2002. N 12. Ст. 1093.

Согласно ст. 46 названного Закона решение о совершении крупной сделки (сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо или косвенно имущества, стоимость которого составляет более 25% стоимости имущества общества, определенной на основании данных бухгалтерской отчетности за последний отчетный период, предшествующий дню принятия решения о совершении таких сделок, если уставом общества не предусмотрен больший размер крупной сделки) принимается общим собранием участников общества. Если кредитный договор, по которому в качестве заемщика выступает общество с ограниченной ответственностью, подпадает под параметры соответственно сделки с заинтересованностью либо крупной сделки и не может считаться сделкой, совершаемой обществом в порядке его обычной хозяйственной деятельности, он может быть заключен лишь по решению общего собрания участников. В противном случае такой кредитный договор может быть признан недействительным.

Особый порядок совершения акционерным обществом крупных сделок и сделок с заинтересованностью предусмотрен также Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ (в ред. Федеральных законов от 31 октября 2003 г. N 134-ФЗ; от 27 февраля 2003 г. N 29-ФЗ) "Об акционерных обществах" (далее - Закон об акционерных обществах) <*> (ст. ст. 79, 83).

<*> СЗ РФ. 2002. N 12. Ст. 1093; 2003. N 9. Ст. 805.

Кроме того, учредительными документами названных корпоративных организаций могут быть ограничены полномочия лица (органа), выступающего от имени указанных организаций без доверенности, по сравнению с тем, как они определены в законе. И если при заключении кредитного договора названное лицо выйдет за пределы этих полномочий, такой договор может быть признан недействительным по иску соответствующей организации, правда, при том условии, что истец докажет, что другая сторона договора знала или заведомо должна была знать об указанных

ограничениях (ст. 174 ГК).

В качестве заемщика по кредитному договору могут выступать и граждане (физические лица). Их возможности участия в кредитных правоотношениях ограничены лишь общими требованиями право- и дееспособности. Особенности правового статуса граждан, выступающих в роли заемщиков по кредитным договорам, предопределены тем обстоятельством, что в случае получения кредита для личных и бытовых нужд в кредитных правоотношениях с банками они должны признаваться потребителями оказываемых банками услуг, что влечет применение к данным правоотношениям норм законодательства о защите прав потребителей. Во всяком случае, о возможности и необходимости такого подхода свидетельствует норма, содержащаяся в ст. 9 Федерального закона от 26 января 1996 г. N 15-ФЗ "О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" <*>, согласно которой в случаях, когда одной из сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, такой гражданин пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с ГК РФ, а также правами, предоставленными потребителю Законом РФ "О защите прав потребителей" (в настоящее время - в ред. Федерального закона от 9 января 1996 г.) <***> и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами.

<*> СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 411.

<***> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 140.

Правда, сегодня попытки применения законодательства о защите прав потребителей к кредитным правоотношениям с участием граждан окажутся малоэффективными, поскольку названное законодательство по своему содержанию вовсе не рассчитано на указанные правоотношения. Задача обеспечения защиты прав граждан, выступающих в роли заемщиков по кредитным договорам, может быть решена лишь путем принятия актов специального законодательства о потребительском кредите.

Глава VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

1. Требования, предъявляемые к заключению кредитного договора

Среди содержащихся в ГК РФ (§ 2 гл. 42) специальных правил, посвященных кредитному договору как отдельному виду договора займа, мы не найдем норм, которые определяли бы особый порядок заключения кредитного договора. Пожалуй, единственное правило, имеющее отношение к теме заключения кредитного договора, - это положение о том, что кредитный договор под страхом его недействительности должен быть заключен в письменной форме (ст. 820 ГК), но оно направлено скорее на нейтрализацию норм о форме договора займа (ст. 808 ГК), допускающих устную форму договора займа, в подтверждение которого может быть представлена расписка заемщика. Данные нормы, не будь специального правила об обязательной письменной форме кредитного договора, подлежали бы применению и к кредитным договорам.

Отсутствие в ГК РФ специальных правил о заключении кредитного договора свидетельствует о

том, что порядок заключения кредитного договора должен подчиняться общим положениям о заключении гражданско-правового договора, содержащимся в гл. 28 Кодекса (ст. ст. 432 - 449).

В юридической литературе иногда предпринимаются попытки подвести кредитный договор под известные договорные конструкции (договорные модели), в отношении которых предусмотрен особый порядок заключения договора. Так, по мнению Н.Н. Захаровой, "если банк или иная кредитная организация путем рекламы или иными предложениями, адресованными неопределенному кругу лиц, приглашают заключить кредитный договор, то речь может идти о заключении публичного договора (ст. 437), поскольку содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается публичной офертой, которая служит основанием для заключения публичного договора (ст. 437)" <*>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 11.

Рассуждая подобным образом, Н.Н. Захарова приходит к следующему выводу: "Отказ банка или иной кредитной организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю кредит не допускается. При необоснованном уклонении банка или иной кредитной организации от заключения публичного договора заемщик вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. Банк или иная кредитная организация в этом случае должны возместить другой стороне причиненные этим отказом убытки (п. 4 ст. 445)" <*>. Исходя из того, что кредитный договор при определенных условиях может приобретать форму публичного договора, Н.Н. Захарова допускает возможность регулирования отношений по кредитному договору обязательными для сторон правилами (типовыми договорами и т.п.), издаваемыми Правительством РФ <***>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 11.

<***> См.: Там же. С. 11 - 12.

В связи с изложенным необходимо заметить, что ситуация, когда определенный участник имущественного оборота прибегает к публичной оферте, т.е. делает предложение, содержащее все существенные условия договора, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется (п. 2 ст. 437 ГК), вовсе не свидетельствует о том, что в данном случае речь идет о заключении публичного договора.

Под публичным договором, как известно, понимается договор, заключаемый коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (п. 1 ст. 426 ГК).

Для банка заключение кредитных договоров представляет собой осуществление лицензируемой банковской деятельности, состоящей в размещении от своего имени и за свой счет денежных средств граждан и организаций, привлеченных во вклады и на банковские счета (ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности). С точки зрения публичного права указанная деятельность банков

подчиняется законодательству о банковском регулировании и надзоре, обязательным требованием которого являются обеспечение определенной степени надежности возврата размещенных денежных сумм и получение платы за их использование заемщиками. Поэтому деятельность банка по заключению кредитных договоров и предоставлению кредитов по своему характеру никак не может быть признана деятельностью, которая должна осуществляться в отношении каждого потенциального заемщика, кто к нему обратится. Напротив, общепризнанные принципы кредитования - срочность, возвратность, платность - означают, что банковские кредиты могут предоставляться только тем заемщикам, чье финансовое положение и, стало быть, возможности своевременного возврата полученных денежных сумм и оплаты соответствующих услуг банка не вызывают сомнений. Таким образом, банковская деятельность по выдаче кредитов скорее является антиподом той деятельности коммерческой организации, которая признается необходимым признаком публичного договора.

Нельзя не отметить также невозможность правового регулирования кредитных договоров какими-либо обязательными правилами (в том числе, например, типовыми договорами), издаваемыми Правительством РФ. На этот счет в Законе о банках и банковской деятельности имеется прямое указание: согласно ст. 2 названного Закона правовое регулирование банковской деятельности (включая, естественно, и деятельность по размещению денежных средств, привлеченных на банковские счета и во вклады) осуществляется Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)", другими федеральными законами, нормативными актами Банка России. Как мы видим, среди источников правового регулирования банковской деятельности не нашлось места для каких-либо правовых актов, издаваемых Правительством РФ.

Следовательно, для рассуждений о том, что кредитный договор в определенных случаях может быть признан публичным договором, заключение которого для банка-кредитора является обязательным, и о том, что отношения, вытекающие из такого договора, могут регулироваться обязательными для сторон правилами, издаваемыми Правительством РФ, сегодня нет никаких оснований (во всяком случае, в рамках действующего законодательства).

Н.Н. Захарова, например, допускает, что кредитный договор может заключаться и по модели реального договора. Она пишет: "В отличие от договора займа, который всегда является реальным (ст. 807), кредитный договор может быть как реальным, так и консенсуальным в зависимости от условий, установленных в договоре" <*>. Причем она исходит из презумпции реального характера всякого кредитного договора, о чем свидетельствует следующий вывод названного автора: "Кредитный договор является реальным, то есть считается заключенным с момента передачи денег заемщику, если стороны в договоре не обусловили предоставление кредита наступлением каких-либо условий. В этом случае при заключении кредитного договора очень важно указать в нем, что считается в данном договоре моментом передачи денег, поскольку с этого момента возникают права и обязанности сторон по данному договору" <***>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 8.

<***> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 8.

Правда, данная точка зрения (о реальном характере кредитного договора) не получила поддержки в современной юридической литературе. Например, В.Г. Гольшев, опровергая

приведенные аргументы Н.Н. Захаровой, резонно замечает: "Условность сделки не может влиять на консенсуальность или реальность договора хотя бы потому, что классификация сделок относительно порядка их заключения и момента возникновения прав и обязанностей в первом случае базируется на волеизъявлении сторон (условные сделки - ст. 157 ГК РФ), а во втором - на указаниях закона (ст. 433 ГК РФ). Таким образом, мы имеем дело с различными классификациями, имеющими отличные основания" <*>.

<*> Гольшев В.Г. Указ. соч. С. 21.

К этому добавим, что, как отмечалось ранее, консенсуальный характер кредитного договора является необходимым видообразующим признаком данного договора, позволяющим выделять его в отдельный вид договора займа. Не вызывает сомнений, что кредитный договор может быть заключен под отлагательным условием: таковым, например, может служить условие о возникновении у банка обязанности предоставить заемщику кредит по заключенному кредитному договору с момента предоставления третьим лицом залогового или иного обеспечения обязательства заемщика по возврату кредита, - однако данное обстоятельство никак не влияет на консенсуальный характер кредитного договора, который во всех случаях считается заключенным с момента достижения соглашения сторон (подписания договора), а не с момента передачи суммы кредита в распоряжение заемщика. Напротив, условие кредитного договора о том, что он считается заключенным лишь с момента зачисления суммы кредита на счет заемщика, будет противоречить норме ст. 819 ГК РФ (о двустороннем характере обязательства, вытекающего из кредитного договора) и являться ничтожным.

Заслуживает внимания также утверждение Н.Н. Захаровой о том, что кредитный договор может заключаться по модели договора присоединения. Она пишет: "В случаях заключения договоров в ускоренном порядке... сторонам приходится применять сокращенные тексты договоров. В таких соглашениях контрагенты нередко предусматривают общую ссылку на один или несколько законодательных актов, относящихся к соответствующему виду договора. Подобные соглашения называются договорами присоединения (ст. 428)" <*>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 19.

Между тем указанная договорная модель (договор присоединения) имеет ту особенность, что условия соответствующего договора определяются одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах, а другая сторона (и это главное!) может вступить в договорные отношения не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Как мы видим, спешка в заключении договора и использование по этой причине сокращенного текста договора с отсылочными условиями отнюдь не свидетельствуют о том, что мы имеем дело с договором присоединения. Применительно к кредитному договору модель договора присоединения вовсе не применима, поскольку она исключает возможность выработки каких-либо условий договора по воле обеих сторон и урегулирования договорных разногласий. Кроме того, условия кредитного договора не могут быть стандартными, одинаковыми для всех заемщиков, напротив, они должны учитывать финансовое положение каждого из заемщиков и их возможности по возврату полученных кредитов.

Таким образом, применительно к порядку заключения кредитного договора мы можем констатировать не только отсутствие в ГК РФ специальных правил, регулирующих его заключение, но и невозможность применения общих положений об особом порядке заключения договоров, рассчитанных на определенные типовые договорные конструкции (публичный договор, реальный договор, договор присоединения).

Согласно же общим правилам, регламентирующим заключение всякого гражданско-правового договора, договор считается заключенным, если между его сторонами (в нашем случае - кредитором и заемщиком) в требуемой в подлежащих случаях форме (применительно к кредитному договору - в простой письменной форме) достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора (п. 1 ст. 432 ГК).

Учитывая изложенное, рассмотрение вопроса о заключении кредитного договора непременно предполагает выявление круга его существенных условий и определение требований, предъявляемых к форме кредитного договора.

2. Существенные условия кредитного договора

Как известно, существенными условиями всякого гражданско-правового договора признаются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК).

Относительно предмета кредитного договора в юридической литературе господствует точка зрения, согласно которой таковым (предметом кредитного договора) являются денежные средства, предоставляемые заемщику и подлежащие возврату последним. Например, Д.А. Медведев пишет: "Предмет договора - денежные средства (национальная или иностранная валюта), но не иные вещи, определяемые родовыми признаками" <*>. Л.Г. Ефимова указывает: "Поскольку предметом кредитного договора являются деньги, обязательство банка носит денежный характер. При этом оно может быть выражено как в рублях, так и в иностранной валюте" <***>.

<*> Медведев Д.А. Указ. соч. С. 503.

<***> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 523; см. также: Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. С. 74; Гольшев В.Г. Указ. соч. С. 22; Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 25.

При характерном для современной доктрины общем взгляде на предмет кредитного договора как на денежные средства обычно акцентируется внимание на его особенностях. Так, Е.А. Суханов подчеркивает, что "выдача большинства кредитов осуществляется в безналичной форме, т.е. предметом кредитных отношений становятся права требования, а не деньги в виде денежных купюр (вещей)" <*>. Н.Ю. Рассказова обращает внимание на то, что к банковским операциям, каковой является кредитный договор, "отнесено предоставление привлеченных средств. Предоставление же займы собственных средств независимо от размера и систематичности сделок банковской операцией не является" <***>. Н.Н. Захарова, напротив, подчеркивает, что "при рассмотрении предмета

кредитного договора необходимо учитывать, что передать деньги или вещь (?) в собственность может только их собственник" <***>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 225.

<***> Рассказова Н.Ю. Указ. соч. С. 548.

<****> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 24.

Такой взгляд на предмет кредитного договора, когда таковым признается сама денежная сумма, выдаваемая кредитором заемщику, не в полной мере соответствует доктринальному представлению о предмете договорного обязательства. Предметом всякого обязательства являются действия обязанной стороны (в двусторонних обязательствах - действия обязанных сторон). Об этом свидетельствует и легальное определение понятия обязательства, содержащееся в ГК РФ (ст. 307): в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., - либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Другое дело, что применительно к договорам, относимым (по направленности результата) к категории гражданско-правовых договоров о передаче имущества (купля-продажа, мена, аренда, ссуда), к каковым причисляется и договор займа (кредита), говорят о сложном предмете договора, включающем в себя два рода объектов: как действия обязанных сторон (юридический объект), так и подлежащее передаче имущество (материальный объект). Например, по поводу предмета одностороннего и реального договора займа О.С. Иоффе указывал: "Материальный объект заемного правоотношения составляют либо вещи, определенные родовыми признаками, либо денежная сумма, выраженная в советских денежных знаках... Ввиду того, что договор займа признается заключенным в момент передачи заемщику денег или вещей, а в дальнейшем займодавец вправе требовать погашения долга, действия, совершаемые заемщиком в этих целях, являются юридическим объектом заемного обязательства" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 654.

Итак, предметом кредитного договора являются действия банка-кредитора по предоставлению заемщику определенной денежной суммы в качестве кредита (обязательство на стороне кредитора) и действия заемщика по возврату полученной суммы кредита и уплате банку вознаграждения в виде процентов за пользование кредитом (обязательство на стороне заемщика).

Конечно же, применительно к конкретному кредитному договору речь идет не о неких абстрактных действиях кредитора и заемщика, а о конкретных параметрах действий обязанных сторон по предоставлению кредита, возврату полученной денежной суммы и уплате процентов за пользование кредитом. Эта задача и должна быть решена сторонами при заключении кредитного договора путем достижения соглашения по всем условиям, определяющим предмет договора: сумма кредита; порядок и срок (сроки) его предоставления заемщику; срок и порядок возврата кредитору полученной суммы; размер процентов за пользование кредитом и порядок их уплаты заемщиком. Что касается второй категории существенных условий договора (первая - условия, определяющие

предмет договора), а именно условий, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, то среди норм о кредитном договоре, содержащихся в ГК РФ (§ 2 гл. 42), какие-либо правила о таких существенных условиях кредитного договора отсутствуют.

Правда, некоторые правоведы обнаруживают такого рода существенные условия кредитного договора в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности. К примеру, Д.А. Медведев пишет: "В ст. 30 Закона о банках указан ряд существенных условий кредитного договора: проценты за кредит, стоимость иных банковских услуг, имущественная ответственность сторон за нарушение договора, порядок его расторжения. К числу существенных относится также условие о предмете кредита" <*>. Не менее определенно высказывается по этому поводу и Н.И. Соловяненко: "Условия кредитного договора предусмотрены также специальным банковским законодательством (ст. 30 Закона о банках: проценты за кредит, договорные сроки, имущественная ответственность сторон за нарушение договора, порядок его расторжения. Участники кредитной организации не имеют каких-либо преимуществ при рассмотрении вопроса о получении кредита, если иное не предусмотрено федеральным законом)" <***>.

<*> Медведев Д.А. Указ. соч. С. 502.

<***> Соловяненко Н.И. Указ. соч. С. 509.

Аналогичным образом (т.е. как существенные условия кредитного договора) воспринимает условия, перечисленные в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности, и В.Г. Гольшев, который пишет: "С точки зрения определения существенных условий кредитного договора несомненный интерес представляет ст. 30 Закона РФ "О банках и банковской деятельности в РСФСР", которая одновременно содержит в себе указания по поводу существенных условий кредитного договора и договора банковского вклада, не разделяя их относительно каждой договорной модели" <*>. Далее, следуя содержанию названной статьи, В.Г. Гольшев приходит к выводу о том, что существенными условиями кредитного договора "являются: условие о предмете и размере кредита, условие о процентной ставке, условие о стоимости банковских услуг и сроках их выполнения, условие об имущественной ответственности сторон за нарушение договора и условие о порядке его расторжения" <***>.

<*> Гольшев В.Г. Указ. соч. С. 33.

<***> Там же.

В силу серьезности проблемы существенных условий кредитного договора необходимо наконец разобраться с вопросом о значении норм, содержащихся в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности. Данная статья носит название "Отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами" и содержит следующие нормы:

"Отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами осуществляются на основе договоров, если иное не предусмотрено федеральным законом.

В договоре должны быть указаны процентные ставки по кредитам и вкладам (депозитам), стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушение договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора. Клиенты вправе открывать необходимое им количество расчетных, депозитных и иных счетов в любой валюте в банках с их согласия, если иное не установлено федеральным законом.

Порядок открытия, ведения и закрытия счетов клиентов в рублях и иностранной валюте устанавливается Банком России в соответствии с федеральными законами.

Участники кредитной организации не имеют каких-либо преимуществ при рассмотрении вопроса о получении кредита или об оказании им иных банковских услуг, если иное не предусмотрено федеральным законом".

Как мы видим, нормы, содержащиеся в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности, вовсе не предназначены для специального регулирования именно кредитного договора. Скорее предназначение указанных норм состоит в определении принципов взаимоотношений, складывающихся между Банком России и коммерческими банками, а также между последними и их клиентами за пределами банковского регулирования и надзора. Иначе и быть не может, поскольку Закон о банках и банковской деятельности, несмотря на наличие в нем отдельных гражданско-правовых норм, относится к актам публичного права.

Основной принцип регулирования взаимоотношений, складывающихся между банками, а также между банками и их клиентами за пределами банковского регулирования и надзора (т.е. в сфере частного права), как это усматривается из содержания анализируемой статьи, состоит в том, что регламентация указанных отношений должна строиться на договорной основе. Речь идет о всех видах банковских операций и сделок, а не только о кредитных и депозитных договорах, как полагает, например, В.Г. Голышев. Поэтому, формируя перечень существенных условий договоров, заключаемых между банками, а также последними с их клиентами, законодатель оставляет его открытым и говорит об "иных существенных условиях договора". Видимо, при этом имеется в виду, что в банковской практике, наряду с "поименованными" договорами, широко применяются и "непоименованные" договоры и сделки, которые вообще не урегулированы законодательством.

Если же исходить из того, что законодатель при определении перечня существенных условий договоров предполагал назвать существенные условия только двух договоров: кредитного и банковского вклада (как считает В.Г. Голышев), то при открытом характере соответствующего перечня он теряет всякий смысл, поскольку, согласитесь, "иные существенные условия договора" никак не могут претендовать на обозначение "условий, которые названы в законе как существенные или необходимые для договоров данного вида" (как эта категория существенных условий определена в п. 1 ст. 432 ГК). В связи с изложенным попытка отдельных авторов "выдать" соответствующую норму ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности за перечень существенных условий именно кредитного договора и договора банковского вклада представляется несостоятельной.

Из всех так называемых существенных условий договоров, "на основе которых осуществляются отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами" (ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности) может быть признано существенным условием кредитного договора лишь условие о "процентных ставках по кредитам" (имея в виду размер (ставку) процентов, подлежащих уплате заемщиком за пользование кредитом по конкретному кредитному договору), и то

не в силу того, что оно названо в указанном Законе как существенное условие, а в связи с его относимостью к предмету кредитного договора.

Остальные "существенные" условия из перечисленных в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности никак не могут считаться существенными условиями кредитного договора как по формально-юридическим причинам, так и по причинам, кроющимся в существе кредитных правоотношений.

Общей формально-юридической причиной отрицания закрепленного за соответствующей нормой ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности значения условий, названных в ней существенными или необходимыми для кредитного договора, является то обстоятельство, что названная норма говорит об условиях всех договоров, на основе которых осуществляются отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами, а не о существенных условиях "договора данного вида" (т.е. кредитного договора), как того требует п. 1 ст. 432 ГК РФ. Если же проанализировать отдельные, так называемые существенные условия, содержащиеся в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности, то мы приходим к выводу о том, что они не могут быть признаны существенными условиями кредитного договора по следующим основаниям. Условие о стоимости банковских услуг и сроках их выполнения вообще не входит в содержание кредитного договора, который как вид договора займа не является договором об оказании возмездных услуг, а относится к категории гражданско-правовых договоров о передаче имущества. Кроме того, возмездный характер кредитного договора проявляется в другом его существенном условии, относимом к предмету этого договора, - о размере процентов, подлежащих уплате заемщиком, которое и является условием о плате за пользование кредитом. Каких-либо иных услуг, которые бы входили в содержание обязательства банка по кредитному договору, законодательством не предусмотрено. Если же в конкретном кредитном договоре предусмотрено оказание со стороны банка такого рода услуг (факторинговых, лизинговых и т.п.), то речь идет о смешанном договоре, и в силу ст. 421 ГК РФ условия договора о соответствующих услугах (в том числе об их стоимости и сроках осуществления) относятся к соответствующим обязательствам, но не к кредитному договору.

Условие об имущественной ответственности сторон за нарушение договора (по тому признаку, что оно названо в законе как существенное) по определению не относится к числу существенных. Дело в том, что в соответствии с п. 1 ст. 393 ГК РФ должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства. Данная норма носит императивный характер и применяется во всех случаях любого нарушения договора. Что касается другой формы ответственности, которая может быть установлена в договоре, - неустойки, то следует иметь в виду, что согласно п. 2 ст. 329 ГК РФ недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства неустойкой (а стало быть, и отсутствие такого соглашения) не влечет недействительности этого обязательства. Данное положение как раз и свидетельствует о том, что условие договора об ответственности сторон за его нарушение в форме неустойки не является существенным. Как известно, недействительность существенного условия договора должна поражать весь договор, поскольку в этом случае он должен признаваться незаключенным по причине отсутствия соглашения сторон по существенному условию договора.

Условие о порядке расторжения договора, включенное в перечень так называемых существенных условий договора, содержащийся в ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности, также не может претендовать на признание его существенным условием кредитного договора. Порядок расторжения всякого гражданско-правового договора предусмотрен ст. ст. 450 - 453 ГК РФ. Из трех существующих способов расторжения договора: по соглашению сторон; по требованию

одной из сторон в судебном порядке; путем одностороннего отказа от договора, - лишь два (первый и третий) могут в той или иной степени зависеть от соглашения сторон. В одном случае стороны могут своим соглашением исключить возможность расторжения договора по обоюдному соглашению сторон; в другом - определить в договоре основания к одностороннему отказу от договора, наделив одну или обе его стороны правом на одностороннее расторжение договора. Однако во всех случаях и при любых условиях кредитного договора каждая из его сторон (и кредитор, и заемщик) вправе требовать по суду расторжения договора при его существенном нарушении со стороны контрагента (п. 2 ст. 450 ГК). Поэтому отсутствие в кредитном договоре условия о порядке его расторжения не может повлечь за собой в качестве последствия признание кредитного договора незаключенным. А следовательно, и данное условие (о порядке расторжения договора) не может быть признано существенным условием кредитного договора (как относимое к категории существенных условий, названных таковым в законе).

И все же условия кредитного договора об имущественной ответственности сторон и о порядке расторжения договора (впрочем, как и любые иные условия, не составляющие предмет договора и не названные в законе как существенные или необходимые) могут приобрести характер его существенных условий, но не в качестве условий, названных существенными в законе, а как те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК). Для этого недостаточно просто включить такое условие в договорную переписку (оферту, акцепт на иных условиях), необходимо, чтобы заинтересованная сторона довела до сведения контрагента по договору (в процессе его заключения) свое заявление о том, что она придает соответствующему условию существенный характер и при его отсутствии в договоре будет считать таковой незаключенным.

Итак, к существенным условиям кредитного договора относятся условия, определяющие предмет договора: сумма кредита, срок (сроки) и порядок его предоставления заемщику, срок (сроки) и порядок возврата полученного кредита, размер и порядок уплаты кредитору процентов за пользование кредитом. Какие-либо иные условия (не относящиеся к предмету договора) могут быть признаны существенными условиями кредитного договора лишь при наличии специального заявления одной из сторон (кредитора либо заемщика) о необходимости достичь по ним соглашения.

Рассуждая о существенных условиях кредитного договора, не следует забывать и о том, что на случай отсутствия соглашения сторон по некоторым существенным условиям этого договора в законе имеются диспозитивные нормы, определяющие соответствующие условия кредитного договора. Иначе можно допустить ошибку, способную повлечь за собой серьезные практические последствия. Иллюстрацией к сказанному может служить следующее утверждение одного из авторов, пишущих о кредитном договоре: "По кредитному договору заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее, т.е. одним из существенных условий кредитного договора является определение процентов по договору, их размер и порядок их уплаты. Поэтому если по кредитному договору не определены эти условия, то кредитный договор может быть признан незаключенным" <*>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 34.

На самом деле в описанном случае кредитный договор никак не может быть признан незаключенным. Как известно, к отношениям по кредитному договору подлежат применению в

субсидиарном порядке правила о договоре займа (п. 2 ст. 819 ГК), среди которых имеются диспозитивные нормы, как раз и определяющие размер и порядок уплаты процентов за пользование займом. Имеются в виду нормы, содержащиеся в п. п. 1 и 2 ст. 809 ГК РФ, согласно которым при отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавцем является юридическое лицо, в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части; при отсутствии иного соглашения проценты выплачиваются ежемесячно до дня возврата суммы займа. Следовательно, столкнувшись при рассмотрении спора с текстом кредитного договора, в котором отсутствует условие о размере процентов и порядке их уплаты, суд должен (естественно, признав этот договор заключенным) руководствоваться положениями о размере и порядке уплаты процентов по договору займа, содержащимися в ст. 809 ГК РФ.

Такой подход, оптимально отражающий значение диспозитивных норм о договоре займа для другого существенного условия кредитного договора (о сроке возврата кредита), демонстрирует Н.И. Соловяненко, которая по этому поводу пишет: "Срок возврата кредита устанавливается в кредитном договоре и является его существенным условием... Если срок возврата кредита в договоре отсутствует, последний считается заключенным на условиях "до востребования" как обычный заем. В случаях, когда срок возврата договором не установлен или определен моментом востребования, сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение тридцати дней со дня предъявления займодавцем требования об этом (п. 1 ст. 810 ГК). Будучи возмездным видом займа, кредит может быть досрочно возвращен лишь с согласия кредитора (п. 2 ст. 810 ГК)" <*>.

<*> Соловяненко Н.И. Указ. соч. С. 511.

Нетрудно заметить, что все отсутствующие существенные условия кредитного договора, которые могут быть компенсированы диспозитивными нормами о договоре займа, относятся к условиям, определяющим предмет обязательства, вытекающего из кредитного договора, только на стороне заемщика. И это естественно, поскольку договор займа, будучи реальным договором, порождает одностороннее обязательство заемщика. Что же касается существенных условий кредитного договора, определяющих предмет обязательства на стороне кредитора, то при отсутствии в тексте договора некоторых из них могут применяться отдельные диспозитивные нормы из содержащихся в ГК РФ общих положений об обязательствах и договорах.

Например, если в кредитном договоре отсутствуют условия о сроке (сроках) и порядке предоставления кредита, данные условия могут быть компенсированы следующими положениями. В соответствии с п. 2 ст. 314 ГК РФ в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства. Обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник обязан исполнить в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства.

Можно принять во внимание также нормы о том, что кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями

обязательства и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства (ст. 311 ГК), и о месте исполнения денежного обязательства: исполнение денежного обязательства должно быть произведено в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства, а если кредитором является юридическое лицо - в месте его нахождения в момент возникновения обязательства (ст. 316 ГК). В случае отсутствия в кредитном договоре условия о порядке предоставления кредита применение названных законоположений будет означать, что предусмотренная договором сумма кредита должна быть зачислена в полном объеме (а не по частям) на банковский счет заемщика в обслуживающем его банке.

Главный же вывод (и этим хотелось бы завершить разговор о существенных условиях кредитного договора) состоит в том, что кредитный договор может быть признан незаключенным по причине недостижения сторонами соглашения по его существенным условиям лишь в том случае, если в тексте договора отсутствуют те существенные условия, которые не могут быть определены исходя из содержания диспозитивных норм, не только регулирующих родовой по отношению к кредитному договору договор займа, но и предусматривающих общие положения о гражданско-правовых договорах и обязательствах.

Думается, что именно такой подход отвечает нуждам современного имущественного оборота, поскольку вытекающие из законодательства возможности признания заключенных (а зачастую и исполненных одной из сторон) договоров незаключенными используются в основном недобросовестными должниками как ответная мера на справедливые требования кредиторов о привлечении должников к ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств. По этой же причине законодателю следовало бы воздержаться от безудержного стремления к расширению круга существенных условий различных договоров.

3. Форма кредитного договора

Первое, что бросается в глаза при изучении вопроса о форме кредитного договора, - наличие среди содержащихся в ГК РФ немногочисленных правил, посвященных кредитному договору, двух норм о форме кредитного договора. Согласно ст. 820 Кодекса кредитный договор должен быть заключен в письменной форме, несоблюдение такой формы влечет недействительность кредитного договора: он считается ничтожным.

Специальный характер названных правил о форме кредитного договора проявляется в том, что, во-первых, исключается применение норм о форме договора займа (ст. 808 ГК), допускающих в том числе заключение договора в устной форме, в частности, с последующим подтверждением факта его заключения распиской или иным аналогичным документом заемщика; во-вторых, предусматриваются более жесткие последствия несоблюдения требования письменной формы кредитного договора по сравнению с теми последствиями, которые предусмотрены общими положениями о форме сделки: в соответствии с п. 1 ст. 162 ГК РФ несоблюдение простой письменной формы сделки не влечет ее недействительность, однако лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не запрещает приводить письменные и другие доказательства.

Других дополнительных требований к форме кредитного договора законодательство не содержит, а это означает, что к кредитному договору применяются без изъятий общие положения о письменной форме всякого гражданско-правового договора, содержащиеся в п. 2 ст. 434 ГК РФ.

Согласно указанным общим положениям договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

В связи с этим в юридической литературе обращается особое внимание на то, что "современный гражданский закон признает и иные варианты письменной формы договора, нежели традиционные документы на бумажном носителе, содержащие собственноручные подписи сторон", в результате чего получила широкое распространение "практика заключения кредитных договоров (например, краткосрочных межбанковских кредитов в национальной валюте) при помощи электронных торговых систем, не оформляющих письменных договоров на бумажных носителях" <*>.

<*> Соловяненко Н.И. Указ. соч. С. 513.

И все же в большинстве случаев кредитные договоры заключаются в форме единого документа за подписями уполномоченных лиц, представляющих кредитора и заемщика. Причем практически повсеместно для заключения кредитных договоров используются трафаретные тексты этих договоров, разрабатываемые банками и тиражируемые ими типографским способом во множестве экземпляров. Указанные тексты кредитных договоров после заполнения немногочисленных пустых граф предлагаются к подписанию заемщикам, обратившимся с просьбой о выдаче кредита. Последние же, как правило, безропотно подписывают предлагаемые им банками тексты договоров. Такая практика заключения кредитного договора создает впечатление, что заемщик фактически лишь присоединяется к предложенным ему банком условиям кредитного договора. В связи с этим некоторые авторы, пытаясь объяснить фактические отношения сторон, складывающиеся при заключении кредитных договоров, с правовых позиций, пытаются придать им правовую форму договора присоединения. Так, Н.И. Соловяненко пишет: "Обычно кредитные организации используют разработанные ими стандартные формуляры таких договоров, которые сложно подвергнуть изменению в результате переговоров. Такие формуляры договора являются для заемщика договором присоединения, регулируемым по правилам ст. 428 ГК" <*>.

<*> Там же. С. 512.

С этим утверждением трудно согласиться. Нам уже приходилось отмечать, что основным признаком типовой конструкции договора присоединения является не фактический способ заключения договора (когда предложенный одной стороной и подписанный другой текст договора представлял собой стандартный формуляр, разработанный одной из сторон), а то обстоятельство, что условия этого договора могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (п. 1 ст. 428 ГК). Однако ни законодательство, ни банковская практика не исключают возможности заключения сторонами кредитного договора путем выработки его условий по совместному волеизъявлению сторон. Более того, в случаях, когда речь идет о крупных кредитах и выгодных для банков заемщиках, банки охотно отступают от своих же трафаретных текстов кредитного договора. Следовательно, в данном случае имеет место использование различных способов и средств заключения кредитного договора, которые относятся к

области техники договорной работы. И не более того.

Кстати, применение банками типографских бланков текстов кредитного договора в некоторых случаях влечет негативные последствия для самих банков. Так, в банковской практике имеет широкое распространение так называемое переоформление кредиторской задолженности, возникшей по ранее заключенным кредитным договорам. Но делается это зачастую не путем заключения соглашения с заемщиком о переоформлении имеющейся задолженности по старым кредитам (об изменении условий ранее заключенных кредитных договоров), а тем же испытанным способом, т.е. путем подписания нового договора на трафаретном бланке кредитного договора, где в соответствующих пустых графах указываются общая сумма задолженности как по ранее выданным кредитам, так и по неуплаченным процентам (а в трафаретном бланке кредитного договора получается, что указанная задолженность представляет собой сумму кредита, подлежащую выдаче заемщику), новый срок уплаты задолженности (по трафаретному бланку - срок возврата выданного кредита) и ставка процентов, подлежащих уплате до фактического возврата кредита. По истечении нового срока погашения задолженности по ранее выданным кредитам (а по трафаретному бланку - срока возврата выданного кредита) банк-кредитор предъявляет требования к заемщику о погашении задолженности и взыскании неуплаченных процентов.

В свою очередь заемщики, пользуясь тем обстоятельством, что вместо соглашения об изменении отдельных условий ранее заключенных кредитных договоров (о сумме задолженности, сроке возврата выданных кредитов и размере процентов за пользование кредитами) стороны, используя трафаретный бланк кредитного договора, заключили (формально это так!) новый кредитный договор, на практике применяют различные способы своей защиты от справедливых (по сути своей) требований кредиторов. Например, нередко в подобных ситуациях заемщики заявляют (в том числе путем предъявления соответствующих встречных исков) о ничтожности заключенного нового кредитного договора как мнимой сделки (п. 1 ст. 170 ГК), поскольку, вступая в договорные отношения, стороны заключили кредитный договор лишь для вида, без намерения создать соответствующие ему правовые последствия (имеется в виду прежде всего обязательство банка по выдаче кредита). Признание такого кредитного договора ничтожной сделкой заставляет кредитора возвращаться к ранее заключенным кредитным договорам (задолженность по которым переоформлялась путем заключения нового кредитного договора), но по требованиям, вытекающим из этих договоров, зачастую оказываются упущенными сроки исковой давности.

Другой способ защиты, которым "вооружается" заемщик при таком "переоформлении" задолженности по ранее заключенным кредитным договорам, состоит в признании нового кредитного договора действительной сделкой. Но в этом случае заемщик сохраняет за собой возможность выдвинуть против требований кредитора довод об их необоснованности в силу того, что кредитор не выполнил своего обязательства по выдаче кредита в соответствии с новым кредитным договором. Более того, некоторые заемщики, добившись судебного решения об отказе кредитору в иске (по изложенным мотивам), предъявляли в судебном порядке свои требования о взыскании с кредитора убытков, вызванных неисполнением обязательства по выдаче кредита, вытекающего из нового кредитного договора. При этих условиях кредитора могла спасти от взыскания убытков лишь ссылка на злоупотребление правом со стороны заемщика (ст. 10 ГК). А пока длились судебные тяжбы, по ранее заключенным кредитным договорам, как и в предыдущем случае, истекали сроки исковой давности для взыскания задолженности.

И лишь при одном варианте развития событий, как показывает судебно-арбитражная практика, кредитору удастся и при таком "переоформлении" задолженности по ранее заключенным кредитным

договорам все же добиться защиты своих прав. Речь идет о тех ситуациях, когда кредитор, располагая соответствующими доказательствами, способен убедить суд в необходимости квалификации нового договора, заключенного на трафаретном бланке кредитного договора, в качестве соглашения сторон об изменении условий ранее заключенных кредитных договоров. Для этого кредитор должен владеть документами, подтверждающими то обстоятельство, что заемщик обращался к банку с просьбами о переоформлении задолженности по ранее заключенным договорам либо об отсрочке ее уплаты, и именно эти соответствующие просьбы заемщика послужили основанием для заключения нового кредитного договора. Юридическим основанием для квалификации нового кредитного договора в качестве соглашения об изменении условий ранее заключенных кредитных договоров в таком случае может служить норма, содержащаяся в п. 2 ст. 170 ГК РФ, согласно которой притворная сделка (новый кредитный договор), т.е. сделка, совершенная с целью прикрыть другую сделку, ничтожна, а к сделке, которую стороны действительно имели в виду (соглашение об изменении ранее заключенных кредитных договоров), применяются правила, относящиеся к этой сделке.

Вместе с тем применение банком-кредитором данного (по существу единственного) способа защиты в ситуации, когда старая задолженность по ранее заключенным кредитным договорам переоформляется путем заключения соглашения на трафаретном бланке кредитного договора, сопряжено с определенными негативными последствиями для банка, который для достижения приемлемого для себя результата должен доказать, что он заведомо совершил незаконную притворную сделку. Вот такую "злую шутку" может сыграть с банками их неумное стремление использовать для заключения различных соглашений в кредитной сфере собственные трафаретные бланки кредитного договора!

Договорные кредитные обязательства могут возникнуть и вовсе без заключения и оформления кредитного договора. Имеется в виду ситуация, когда в соответствии с договором банковского счета банк осуществляет платежи со счета клиента, несмотря на отсутствие на этом счете денежных средств (кредитование счета). В таком случае банк считается предоставившим клиенту кредит на определенную сумму со дня осуществления соответствующего платежа, а правоотношения сторон, связанные с кредитованием счета, регулируются правилами о займе и кредите, если договором банковского счета не предусмотрено иное (ст. 850 ГК). Такой кредит, именуемый обычно овердрафтом (а соответствующий банковский счет - контокоррентным), на практике иногда оформляется отдельными соглашениями между банком и владельцем счета, однако для квалификации возникших отношений в качестве кредитного обязательства (овердрафта) наличие (или отсутствие) подобных соглашений не имеет решающего значения. В подтверждение этого можно привести следующий пример из судебно-арбитражной практики.

Открытое акционерное общество - агростроительная компания (далее - компания) обратилось в арбитражный суд с иском о признании незаключенными с открытым акционерным обществом "Акционерный коммерческий Сберегательный банк Российской Федерации" (далее - банк) генерального соглашения, дополнительных соглашений к нему и четырех договоров о предоставлении кредитов в виде овердрафта; о взыскании с банка неосновательно списанных по безденежным кредитам 11421476 руб. 19 коп. и 2203740 руб. 94 коп. процентов за пользование чужими денежными средствами. До принятия решения истец увеличил сумму процентов до 2494565 руб. 57 коп.

Решением суда генеральное соглашение, дополнения к нему, а также четыре договора были признаны незаключенными. С банка в пользу компании взыскано 11421476 руб. 19 коп. основного долга и 2494565 руб. 57 коп. процентов за пользование чужими денежными средствами.

Постановлениями апелляционной и кассационной инстанций решение оставлено без изменения.

По результатам проверки дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации судебные акты отменил, а дело направил на новое рассмотрение.

Как следовало из материалов дела, банк и компания заключили генеральное соглашение о предоставлении последней кредита в виде овердрафта с лимитом в сумме 1500000 руб. со сроком погашения до 13 июня 2000 г. К генеральному соглашению были заключены дополнительные соглашения, устанавливающие право банка на безакцептное списание основной задолженности, неустойки и других платежей, а также лимит по овердрафтному кредитованию в сумме 14100000 руб. Кроме того, стороны заключили пять договоров о предоставлении кредитов в виде овердрафта.

Удовлетворяя иски требования компании, суды трех инстанций исходили из вступившего в силу решения арбитражного суда по другому делу между теми же сторонами, в основание которого были фактически положены постановление следственного управления при органах внутренних дел, а также указания, содержащиеся в акте ревизии о проведении банком фиктивных операций по счету и представлении им выписок, недостаточно обосновывающих кредитование счета.

Однако, как отметил Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, постановления следственных органов не могут иметь преюдициальной силы и должны оцениваться арбитражным судом наряду с другими доказательствами, в том числе и актом ревизии, в котором указано, что расходные операции по счету компании осуществлялись при отсутствии на нем денежных средств. В то же время арбитражный суд не исследовал фактических обстоятельств, связанных с кредитованием счета.

Представленные истцом в арбитражный суд справки о приходах и расходах денежных средств были составлены начиная с января 2000 г., в то время как генеральное соглашение и первый договор датированы 16 декабря 1999 г., а расчет банка - с 17 декабря 1999 г.

Согласно ст. 850 ГК РФ в случаях, когда в соответствии с договором банковского счета банк осуществляет платежи со счета, несмотря на отсутствие денежных средств (кредитование счета), банк считается предоставившим клиенту кредит на соответствующую сумму со дня осуществления такого платежа.

При новом рассмотрении дела арбитражному суду было предложено выяснить, имелись ли собственные денежные средства на расчетном счете компании на даты заключения договоров и сколько; когда и в каком размере производились платежи с этого счета в адрес третьих лиц на основании имеющихся в деле выписок по счету и платежных документов сторон; поступили ли фактически денежные средства к получателям <*>.

<*> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 февраля 2002 г. N 7286/01 // Справочные правовые системы.

С точки зрения юридической квалификации кредита в форме овердрафта, указанные правоотношения представляют собой кредитное обязательство, являющееся элементом договора банковского счета, в силу чего указанный договор должен рассматриваться в качестве смешанного договора; один из основных принципов регулирования последнего состоит как раз в том, что к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из

соглашения сторон или существа смешанного договора (п. 3 ст. 421 ГК).

4. Порядок заключения кредитного договора

При рассмотрении вопроса о порядке заключения кредитного договора важно отделить фактические действия сторон, в том числе и характеризующиеся направленностью на заключение кредитного договора, от юридических действий кредитора и заемщика в рамках установленных законодательством правил о порядке и стадиях заключения кредитного договора. Ранее в юридической литературе неоднократно предпринимались попытки придать чисто фактическим действиям сторон определенное правовое значение, подчеркнув тем самым специфику порядка заключения кредитного договора. Например, М.М. Агарков писал: "Обычно, прежде чем предоставить кредит... банк открывает клиенту кредит. Открытием кредита называется решение компетентного органа банка предоставить клиенту кредит в определенной форме (напр., специального текущего счета до востребования, целевой ссуды и т.п.) и на определенных условиях. Открытие кредита может иметь двоякое значение. Решение предоставить кредит клиенту может быть чисто внутреннего значения, не создающим никаких юридических отношений между банком и клиентом... Если оно и сообщается клиенту, то не в качестве волеизъявления, направленного на принятие банком обязательства перед последним, а в качестве простого уведомления. Но открытие кредита может быть также волеизъявлением, направленным к клиенту и содержащим обязательство банка предоставить кредит на определенных условиях. В этом случае сообщенное клиенту решение банка является составной частью договора между ними об открытии кредита" <*>.

<*> Агарков М.М. Указ. соч. С. 21.

Позже решению руководящего органа банка о предоставлении кредита определенному заемщику, адресованному должностным лицам соответствующего банка, стало придаваться значение акцепта предложения заемщика о выдаче ему кредита. Так, Я.А. Куник прямо указывал: "Договор банковской ссуды в форме простого ссудного счета оформляется на основе заявления, подаваемого ссудополучателем на имя банка с приложением документа об остатках кредитуемых товарно-материальных ценностей и срочных обязательств. Акцептом данного предложения служит распоряжение управляющего учреждением банка о предоставлении кредита" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. С. 480.

Правда, не все авторы, писавшие о кредитном договоре в советский период, разделяли эту позицию. К примеру, у О.С. Иоффе мы также находим констатацию того факта, что вопрос об удовлетворении заявки заемщика (ссудополучателя) о выдаче кредита решает управляющий учреждения банка: "...по его письменному распоряжению ссуда зачисляется на расчетный счет кредитуемой организации и в учетных целях фиксируется в простом ссудном счете" <*>. Однако, по мнению О.С. Иоффе, указанное распоряжение руководителя банковского учреждения не могло

служить акцептом по заключаемому кредитному договору. По этому поводу он писал: "Если бы распорядительная надпись означала заключение договора, то, уменьшив сумму кредита сравнительно с указанной в заявлении предприятия, банк не был бы обязан к ее выдаче, ибо договор не считается заключенным, когда акцепт не соответствует оферте. В действительности же такая обязанность у банка имеется, ибо она носит не договорный, а плановый характер" <*>.

<*> Иоффе О.С. Указ. соч. С. 678.

<*> Там же. С. 679.

Согласитесь, изложенный подход доктрины советского периода к оценке распоряжения руководителя учреждения банка является довольно типичным примером придания фактическим действиям, направленным на обеспечение надлежащей работы подразделений банка по заключению и исполнению кредитного договора, значения юридических действий, являющихся составной частью существовавшего в то время порядка заключения кредитных договоров.

В настоящее время действующее законодательство и реальная банковская практика позволяют выделить из всех действий, предпринимаемых заемщиком и кредитором в целях получения (выдачи) кредита, какое бы важное значение они ни имели для сторон кредитного договора, те юридические действия, которые составляют установленный законодательством порядок заключения кредитного договора.

К примеру, для банка чрезвычайно важное значение сегодня имеют действия его работников, осуществляемые в рамках предварительного контроля за финансовым состоянием лица (гражданина или организации), обратившегося с просьбой о выдаче кредита. От правильности оценки финансового состояния потенциального заемщика (до заключения кредитного договора и выдачи кредита) зависит степень риска невозврата банку выданной суммы кредита и в конечном счете платежеспособность самого банка. Однако указанные действия характеризуются направленностью на формирование одностороннего волеизъявления банка и поэтому не могут быть отнесены к юридическим действиям сторон по заключению кредитного договора, который представляет собой соглашение, основанное на встречном волеизъявлении обеих сторон.

Как известно, порядок заключения договора состоит в том, что одна из сторон направляет другой свое предложение о заключении договора (оферту), а другая сторона, получив оферту, по результатам ее рассмотрения принимает предложение заключить договор (акцепт), о чем уведомляет контрагента (п. 2 ст. 432 ГК).

Обычно собственно процессу заключения договора предшествуют преддоговорные контакты сторон. Таковую роль при заключении кредитного договора, как правило, выполняют обращение заемщика в банк с заявлением о выдаче кредита и рассмотрение банком этого заявления. Нам уже приходилось отмечать, что в реальной банковской практике подавляющее большинство кредитных договоров заключается путем подписания заемщиком трафаретных бланков кредитного договора, представляемых банком (после заполнения тем же банком пустых граф трафаретного текста). Поэтому роль оферты обычно выполняет такой текст договора, подписанный одной стороной и предложенный к подписанию контрагенту. Здесь возможны два варианта: либо банк передает заемщику оформленный и подписанный банком проект договора, либо указанный трафаретный проект договора передается заемщику в качестве бланка (технического текста), который должен быть

оформлен заемщиком или же подписан и представлен в банк на подпись последнему. В первом случае роль стороны, направляющей оферту, выполняет банк, а представление заемщиком подписанного им договора в банк служит акцептом; во втором случае в качестве лица, направляющего оферту, должен быть признан заемщик, а банк - стороной, акцептующей условия кредитного договора. Выполнение сторонами роли соответственно оферента или акцептанта, несмотря на то что на первый взгляд последовательность их действий носит технический характер, имеет весьма важное значение, поскольку договор считается заключенным с момента получения акцепта, а в роли акцептанта при различных вариантах заключения кредитного договора, как мы убедились, может выступать как кредитор, так и заемщик, вернее, тот из них, который ставит свою подпись в оформленном и подписанном другой стороной проекте договора.

Конечно же, не исключены и другие варианты заключения кредитного договора. Например, при длительных и надежных договорных отношениях банка с определенным заемщиком, являющимся одновременно владельцем счета, обслуживаемого этим банком, встречаются ситуации, когда кредит выдается (денежная сумма зачисляется на счет или заемщику открывается ссудный счет и предоставляется возможность совершения расчетов непосредственно с этого ссудного счета) без оформления текста кредитного договора. В этом случае заявление заемщика о выдаче кредита выполняет роль оферты, акцептом же будут служить действия банка (конклюдентные действия) по исполнению условий оферты (зачисление средств на банковский счет заемщика или открытие ссудного счета). Правовым основанием для такого вывода служит норма, содержащаяся в п. 3 ст. 438 ГК РФ, согласно которой совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

В подобных ситуациях для признания кредитного договора заключенным вовсе не требуется, чтобы на банковский счет заемщика была зачислена вся сумма кредита, о которой было заявлено заемщиком при его обращении в банк. Для этого достаточно, чтобы банк зачислил на банковский счет заемщика хотя бы часть истребуемой суммы кредита или совершил соответствующий платеж со ссудного счета заемщика, поскольку такие действия банка также должны считаться акцептом. Такого мнения придерживается и судебная практика: согласно п. 58 Постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее - Постановление Пленумов ВС и ВАС РФ N 6/8) <*> для признания соответствующих действий адресата оферты акцептом не требуется выполнения условий оферты в полном объеме. В этих целях достаточно, чтобы лицо, получившее проект договора, приступило к его исполнению на условиях, указанных в проекте договора, и в условленный для его акцепта срок.

<*> Вестник ВАС РФ. 1996. N 9. С. 18.

Иногда стороны кредитного договора избирают для себя несколько усложненный порядок оформления договорных отношений. Имеются в виду ситуации, когда контрагенты сначала вырабатывают принципиальные основы своих взаимоотношений, оформляя их генеральным соглашением об условиях кредитования, предусматривающим упрощенный порядок заключения кредитных договоров, оформляющих выдачу конкретных сумм кредита в рамках согласованного ими

генерального соглашения. В этом случае правоотношения сторон регулируются как условиями конкретных кредитных договоров, представляющих собой специальные условия, касающиеся каждой выдаваемой заемщику конкретной суммы кредита, так и общими условиями, содержащимися в генеральном соглашении. Примером такой структуры договорных отношений может служить одна из разновидностей кредитного договора, а именно соглашение о предоставлении кредита путем открытия кредитной линии.

По легальному определению, содержащемуся в утвержденном Банком России Положении о порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения) от 31 августа 1998 г. N 54-П (далее - Положение N 54-П) <*>, под открытием кредитной линии понимается заключение сторонами соглашения (договора), на основании которого клиент-заемщик приобретает право на получение и использование в течение обусловленного срока денежных средств, при соблюдении одного из следующих условий: а) общая сумма предоставленных клиенту-заемщику денежных средств не превышает максимальный размер (лимит), определенный в соглашении (договоре), называемый лимитом выдачи; б) в период действия соглашения (договора) размер единовременной задолженности клиента-заемщика не превышает установленный ему данным соглашением (договором) лимит - лимит задолженности. Условия и порядок открытия клиенту-заемщику кредитной линии определяются сторонами либо в специальном генеральном (рамочном) соглашении, либо непосредственно в договоре на предоставление (размещение) денежных средств (подп. 2 п. 2.2 Положения).

<*> Зарегистрировано в Минюсте России 29 сентября 1998 г. N 1619; действует в ред. Положения, утвержденного Банком России 27 июля 2001 г. N 144-П. См.: Справочные правовые системы.

Очевидно, что в первом случае (когда условия и порядок открытия заемщику кредитной линии определяются сторонами в специальном генеральном соглашении) имеет место сложная структура договорных связей сторон по предоставлению заемщика. Кредитные правоотношения сторон опосредуются двумя договорами: генеральным соглашением, определяющим принципиальные взаимоотношения сторон и устанавливающим лимит выдачи и (или) лимит задолженности по кредитам; кредитным договором, регламентирующим выдачу конкретных сумм кредита в рамках условий, предусмотренных генеральным соглашением. Во втором случае (когда условия и порядок открытия кредитной линии определяются сторонами непосредственно в кредитном договоре) речь идет не об особой структуре договорных связей по кредитованию, а об отдельной разновидности кредитного договора, основной особенностью которого является кредитование заемщика путем открытия кредитной линии. В последнем случае действия банка по предоставлению заемщику конкретных сумм кредита в пределах лимита выдачи (лимита задолженности) не оформляются отдельными кредитными договорами, а представляют собой действия по исполнению обязательства банка, вытекающего из кредитного договора.

5. Недействительность кредитного договора

Основания недействительности

В судебной-арбитражной практике крайне редко (по сравнению с иными договорами) можно встретить споры о признании кредитных договоров незаключенными. Сказываются профессиональный подход банков к оформлению договорных отношений по кредитованию граждан или организаций, а также то обстоятельство, что подавляющее большинство кредитных договоров заключается на основе типовых текстов, разрабатываемых банками и содержащих образцы соглашений по всем существенным условиям договоров.

Гораздо чаще судам и арбитражным судам приходится сталкиваться с требованиями заемщиков о признании кредитных договоров недействительными сделками. Несмотря на очевидность того обстоятельства, что названные требования используются недобросовестными заемщиками в качестве ответной меры против справедливых требований банков, выдавших кредиты во исполнение заключенных кредитных договоров, законодательство дает немало оснований для удовлетворения таких требований и признания кредитных договоров недействительными сделками.

В настоящее время одним из самых распространенных оснований для признания кредитных договоров недействительными сделками служит нарушение при их совершении законодательства о крупных сделках и сделках с заинтересованностью. Нормы, определяющие особый порядок совершения таких сделок, содержатся в законодательстве об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью (применительно к кредитному договору речь идет о ситуациях, когда юридические лица, действующие в названных организационно-правовых формах, выступают в роли заемщиков).

В соответствии со ст. 78 Закона об акционерных обществах (ст. 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью) крупной сделкой считается сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет 25% и более балансовой стоимости активов общества, определенной по данным его бухгалтерской отчетности на последнюю отчетную дату.

Особый порядок совершения крупных сделок акционерным обществом (в том числе в качестве заемщика по кредитному договору) состоит в том, что решение об одобрении сделки, предметом которой является имущество стоимостью от 25 до 50% балансовой стоимости активов общества, должно приниматься всеми членами совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества единогласно, при этом не учитываются голоса выбывших членов совета. Выбывшими, в частности, являются члены совета директоров (наблюдательного совета), полномочия которых прекращены досрочно решением общего собрания акционеров. Если совет директоров (наблюдательный совет) не достигнет единогласия относительно совершения такой сделки, он может передать этот вопрос на рассмотрение общего собрания акционеров. Решение об одобрении крупной сделки принимается в таком случае большинством голосов акционеров - владельцев голосующих акций, участвующих в общем собрании.

Решение об одобрении крупной сделки, предметом которой является имущество стоимостью свыше 50% балансовой стоимости активов общества, может приниматься только общим собранием акционеров большинством в 3/4 голосов акционеров - владельцев голосующих акций, принимающих участие в общем собрании (п. 3 ст. 79 Закона об акционерных обществах).

Решение о совершении крупной сделки, участником которой является общество с ограниченной ответственностью, принимается общим собранием участников общества, а в случае образования в обществе совета директоров (наблюдательного совета) принятие решений о совершении крупных сделок на сумму от 25 до 50% стоимости имущества общества может быть отнесено уставом

общества к компетенции его совета директоров (наблюдательного совета) (ст. 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью).

Кредитный договор может быть признан крупной сделкой, если сумма предоставленного по нему кредита и предусмотренных договором процентов за пользование кредитом (без учета процентов за просрочку возврата кредита) составляет более 25% балансовой стоимости имущества общества. Иллюстрацией к сказанному может служить следующий пример.

Акционерный коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью о взыскании долга по кредитному договору, а также процентов за пользование кредитом и повышенных процентов в связи с невозвратом кредита в срок, предусмотренный договором. Ответчик заявил встречный иск о признании кредитного договора недействительным, указав, что сумма предъявленных истцом требований превышает 25% балансовой стоимости имущества общества и заключение директором общества данного кредитного договора при отсутствии соответствующего решения совета директоров или общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью противоречит ст. 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью.

Арбитражный суд удовлетворил основной иск акционерного коммерческого банка и отказал во встречном иске, заявленном ответчиком. При этом суд отметил, что ответчик необоснованно отнес заключенный им кредитный договор к крупной сделке, определив его сумму исходя не из размера полученного по договору кредита, а из суммы требований, заявленных истцом, в которую наряду с суммой кредита включены проценты за пользование им и повышенные проценты за непогашение кредита в установленный срок, являющиеся мерой ответственности за просрочку исполнения денежного обязательства. При сопоставлении суммы, полученной ответчиком по кредитному договору, с данными баланса общества на дату совершения сделки суд установил, что она не достигала 25% балансовой стоимости имущества общества на указанную дату, а поэтому признал, что генеральный директор общества имел право на заключение договора без получения согласия совета директоров или общего собрания участников общества.

Апелляционная инстанция правомерно отменила решение, признав кредитный договор крупной сделкой с учетом того, что сумма обязательства по данному договору должна быть определена исходя не только из размера полученного заемщиком кредита, но и из предусмотренных договором процентов за пользование им в течение срока, на который предоставлен кредит. При этом суд отметил, что уплата указанных процентов в соответствии со ст. 819 ГК РФ входит в состав основного обязательства по кредитному договору. Общая сумма кредита и процентов за пользование им превысила 25% балансовой стоимости имущества общества.

При определении суммы сделки, которая может быть отнесена к крупной, не подлежат включению в нее проценты, начисляемые за просрочку исполнения денежного обязательства (ст. 395 ГК), а также иные суммы, взимаемые с должника в порядке применения к нему мер ответственности (неустойка, штраф, пени). Предусмотренные кредитным договором проценты за пользование кредитом в течение предусмотренного договором срока не являются мерой ответственности и должны учитываться при определении суммы сделки <*>.

<*> См.: информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 марта 2001 г. N 62 "Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением хозяйственными обществами крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность" (п. 1) //

Правда, кредитный договор не может быть квалифицирован в качестве крупной сделки в том случае, если он совершается акционерным обществом (обществом с ограниченной ответственностью) в процессе осуществления обычной хозяйственной деятельности. Учитывая, что ни один из участников серьезного имущественного оборота не может обойтись в своей деятельности без кредита, кредитные договоры, заключенные без указания конкретной цели использования полученных денежных средств либо с указанием некой общей цели (например, на пополнение оборотных средств, на производственные нужды и т.п.), должны рассматриваться именно в качестве сделок, совершенных обществом в процессе обычной хозяйственной деятельности. Так, в информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 марта 2001 г. N 62 (п. 5) имеется следующий пример.

Общество с ограниченной ответственностью обратилось в арбитражный суд с иском о признании недействительным кредитного договора, заключенного с акционерным коммерческим банком, со ссылкой на то, что сумма полученного им по этому договору кредита превышает 25% балансовой стоимости имущества общества на дату заключения договора, однако генеральный директор общества подписал его с нарушением ст. 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью, предусматривающей необходимость решения общего собрания участников общества о совершении данной сделки.

Арбитражный суд первой инстанции иск общества удовлетворил. Однако суд кассационной инстанции принятое решение обоснованно отменил и в иске отказал. Постановление об отмене решения суд мотивировал тем, что договор заключен обществом на получение кредита в целях обеспечения документарного аккредитива, который был открыт обществом для оплаты товаров, закупленных им по контракту. В соответствии с уставом общества предметом его деятельности является торговля различными товарами; данный кредит получен в связи с осуществлением текущих хозяйственных (закупочных) операций, а поэтому к оспариваемому договору не должны предъявляться требования, установленные ст. 46 Закона об обществах с ограниченной ответственностью для заключения крупных сделок.

Постановление кассационной инстанции принято на основе анализа характера и условий конкретного договора, позволившего отнести его к сделкам, совершаемым в процессе обычной хозяйственной деятельности общества, на которые не распространяются положения законодательства о крупных сделках <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 7. С. 74 - 75.

Согласно п. 1 ст. 81 Закона об акционерных обществах под сделками, в совершении которых акционерным обществом имеется заинтересованность (сделки с заинтересованностью), понимаются сделки (в том числе заем, кредит, залог, поручительство), в совершении которых имеется заинтересованность члена совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества, лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа общества, в том числе управляющей организации или управляющего, члена коллегиального исполнительного органа общества или акционера общества, имеющего совместно с его аффилированными лицами 20% и

более голосующих акций общества, а также лица, имеющего право давать обществу обязательные для него указания.

Названные лица признаются заинтересованными в совершении обществом сделки в случаях, если они, их супруги, родители, дети, полнородные и неполнородные братья и сестры, усыновители и усыновленные или их аффилированные лица являются стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке; владеют (каждый в отдельности или в совокупности) 20% и более акций (долей, паев) юридического лица, являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке; занимают должности в органах управления юридического лица, являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке, а также должности в органах управления управляющей организации такого юридического лица; в иных случаях, определенных уставом общества.

Сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, должна быть одобрена до ее совершения соответственно советом директоров (наблюдательным советом) общества или общим собранием акционеров в порядке, предусмотренном ст. 83 Закона об акционерных обществах.

Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ разъяснил, что к сделкам, подпадающим под признаки сделок с заинтересованностью, заключаемым в процессе обычной хозяйственной деятельности (каковыми в большинстве случаев являются кредитные договоры), законоположения об особом порядке их одобрения не применяются, если их условия существенно не отличаются от условий аналогичных сделок, совершавшихся между обществом и заинтересованным лицом в процессе осуществления обычной хозяйственной деятельности, имевшей место до момента, когда заинтересованное лицо стало таковым. Данное исключение действует лишь до момента проведения акционерным обществом следующего общего собрания акционеров. Кроме того, в соответствии с п. 6 ст. 83 Закона об акционерных обществах общее собрание акционеров вправе принять решение об одобрении сделки (сделок) между обществом и заинтересованным лицом, которая может быть совершена в будущем в процессе осуществления обществом его обычной хозяйственной деятельности. В таком решении должна быть указана предельная сумма будущей сделки (сделок), оно имеет силу до следующего годового общего собрания акционеров <*>.

<*> См.: п. 35 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 ноября 2003 г. N 19 "О некоторых вопросах применения Федерального закона "Об акционерных обществах" // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1. С. 29 - 30.

Аналогичный подход к порядку совершения сделок с заинтересованностью содержится в ст. 45 Закона об обществах с ограниченной ответственностью с той лишь разницей, что решение о совершении обществом с ограниченной ответственностью сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, принимается общим собранием участников общества большинством голосов от общего числа голосов участников общества, не заинтересованных в ее совершении.

Важно подчеркнуть, что кредитные договоры, заключенные хозяйственными обществами и подпадающие под признаки крупных сделок или сделок с заинтересованностью, совершенные с нарушением порядка, предусмотренного законодательством об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, в настоящее время квалифицируются судебной-арбитражной практикой как сделки оспоримые, которые становятся недействительными лишь в силу признания их

такowymi судом. Об этом свидетельствует, в частности, разъяснение, содержащееся в п. 36 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 ноября 2003 г. N 19, согласно которому крупные сделки и сделки, в совершении которых имеется заинтересованность, заключенные с нарушением установленных законом требований, могут быть признаны недействительными по иску общества или акционера. Иски о признании таких сделок недействительными и применении последствий их недействительности могут предъявляться в течение срока, установленного п. 2 ст. 181 ГК РФ для оспоримых сделок (один год) <*>.

<*> См.: п. 36 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 ноября 2003 г. N 19 "О некоторых вопросах применения Федерального закона "Об акционерных обществах" // Вестник ВАС РФ. 2004. N 1. С. 30.

Уставами хозяйственных обществ могут быть предусмотрены и другие случаи (помимо крупных сделок или сделок с заинтересованностью), когда на совершаемые обществом сделки распространяется порядок одобрения крупных сделок или сделок с заинтересованностью либо вводятся иного рода ограничения правомочий единоличного исполнительного органа на заключение кредитных договоров и сделок по их обеспечению. В подобных случаях при рассмотрении споров о недействительности таких сделок подлежат применению нормы, содержащиеся в ст. 174 ГК РФ.

Примером отмеченного подхода судебно-арбитражной практики может служить следующее дело, рассмотренное в порядке надзора Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ.

Закрытое акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском к коммерческому банку о признании недействительными кредитного договора и договора о залоге, а также о применении последствий недействительности этих сделок.

Решением арбитражного суда иск был удовлетворен на основании ст. ст. 174 и 167 ГК РФ, поскольку оба договора были подписаны генеральным директором акционерного общества с превышением полномочий, предусмотренных уставом, и применена двусторонняя реституция. Постановлением апелляционной инстанции названный судебный акт оставлен без изменения.

В протесте предлагалось указанные судебные акты отменить, в части признания кредитного договора недействительным и применения последствий недействительности сделки в иске отказать, а решение в части признания недействительным договора о залоге оставить без изменения.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил судебные акты полностью и направил дело на новое рассмотрение по следующим основаниям.

Согласно п. 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 мая 1998 г. N 9 лицо, в интересах которого установлены ограничения, вправе впоследствии одобрить сделку, совершенную с пороками, упомянутыми в ст. 174 ГК РФ. В этом случае следует применять п. 2 ст. 183 ГК РФ по аналогии закона. Одобрением сделки может быть признан, в частности, факт принятия истцом (в том числе уполномоченным органом юридического лица) исполнения по оспариваемой сделке. Основания для признания сделки недействительной по ст. 174 ГК РФ в таком случае отсутствуют.

Из материалов дела следовало, что кредитный договор на сумму 1 млн. руб. и договор о залоге склада-магазина со стороны заемщика (и залогодателя) подписан генеральным директором

акционерного общества. Между тем согласно уставу общества его генеральный директор вправе заключать сделки на сумму, не превышающую 500 тыс. руб., и распоряжаться имуществом общества только с согласия совета директоров.

Кредит истцом получен, использован и частично погашался. Однако судом не рассмотрен вопрос о возможности оценки факта принятия заемщиком исполнения обязательства от кредитора как одобрения кредитного договора. В деле имеются протоколы собраний учредителей, из которых следует, что они дают согласие на получение кредита и предоставление залога, а также протокол заседания правления общества, которое приняло решение о получении кредита в сумме 1 млн. руб. под залог склада-магазина. При новом рассмотрении дела этим документам судом должна быть дана оценка с точки зрения возможности принятия их в качестве доказательства одобрения спорных договоров <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1999. N 2. С. 82 - 83.

В Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 мая 1998 г. N 9 "О некоторых вопросах применения статьи 174 Гражданского кодекса Российской Федерации при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок" <*>, в котором на приведенном примере основано постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, принятое в порядке надзора, подчеркивается, что из содержания ст. 174 ГК РФ следует, что если полномочия органа юридического лица на совершение сделки ограничены учредительными документами по сравнению с тем, как они определены в законе, и при ее совершении указанный орган вышел за пределы этих ограничений, сделка может быть признана судом недействительной по иску лица, в интересах которого установлены ограничения, в случаях, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанных ограничениях. Однако положения ст. 174 ГК РФ не подлежат применению в случаях, когда орган юридического лица действовал с превышением полномочий, установленных законом. В подобных ситуациях суды должны руководствоваться ст. 168 ГК РФ (п. 1 Постановления).

<*> См.: Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, принятые с апреля 1992 г. по ноябрь 2000 г.: Специальное приложение к Вестнику ВАС РФ. 2001. N 1. С. 102 - 104.

В вышеназванном Постановлении (п. 7) также содержится разъяснение о том, что лицо, в интересах которого его учредительными документами установлены соответствующие ограничения, вправе впоследствии одобрить ту сделку, которая совершена его органом за пределами указанных ограничений. В связи с тем что сама ст. 174 ГК РФ не содержит положений об одобрении сделок, судам предложено применять в таких случаях (по аналогии закона) положения, содержащиеся в ст. 183 Кодекса, об одобрении представляемым сделки, совершенной представителем при отсутствии у последнего полномочий действовать от имени представляемого или при превышении представителем таких полномочий.

Приведенные разъяснения Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, касающиеся практики применения ст. 174 ГК РФ, не подлежат расширительному толкованию и не могут применяться, к

примеру, когда речь идет о совершении хозяйственными обществами тех же крупных сделок и сделок с заинтересованностью.

Кстати, до недавнего времени считалось, что специальное регулирование порядка совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью составляет прерогативу законодательства о юридических лицах корпоративного типа, поскольку именно для таких организаций характерна конкуренция полномочий их органов управления.

Вместе с тем сегодня нормы о крупных сделках и сделках, в совершении которых имеется заинтересованность, можно обнаружить и в законодательстве об унитарных предприятиях. Причем содержание указанных норм (не говоря уже об их нецелесообразности применительно к организациям унитарного типа) свидетельствует о том, что при их формулировании законодателем были допущены серьезные ошибки, ставящие под сомнение возможности государственных и муниципальных предприятий участвовать в имущественном обороте.

В соответствии со ст. 23 Закона о государственных и муниципальных унитарных предприятиях <*> крупной сделкой признается сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения унитарным предприятием прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет более десяти процентов уставного фонда унитарного предприятия или более чем в 50 тыс. раз превышает установленный федеральным законом минимальный размер оплаты труда. Решение о совершении крупной сделки принимается с согласия собственника имущества унитарного предприятия.

<*> СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4746.

"Привязка" параметров крупной сделки к размеру уставного фонда унитарного предприятия (10%) при том условии, что минимальный размер уставного фонда государственного предприятия составляет 5 тыс., а муниципального - всего 1 тыс. МРОТ (ст. 12 Закона о государственных и муниципальных унитарных предприятиях), означает, что в определенных случаях (например, когда размер уставного фонда унитарного предприятия установлен на уровне минимального) в качестве крупной сделки придется квалифицировать всякую сделку, совершенную государственным предприятием, сумма которой превысит 50 тыс. руб. (для муниципального предприятия эта критическая цифра составляет всего 10 тыс. руб.). Выходит, что практически по каждой сделке унитарное предприятие должно получать предварительное согласие собственника имущества!

Кроме того, законодатель "забыл" включить в законоположения о крупной сделке (ст. 23 названного Федерального закона) норму об оспоримости крупной сделки, совершенной унитарным предприятием с нарушением установленного закона порядка. А ведь согласно ст. 168 ГК РФ всякая сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

В соответствии с п. 1 ст. 22 Закона о государственных и муниципальных унитарных предприятиях сделка, в совершении которой имеется заинтересованность руководителя унитарного предприятия, не может совершаться без согласия собственника имущества унитарного предприятия. На этот раз законодатель предусмотрел формулу оспоримой сделки: сделка, в совершении которой имеется заинтересованность руководителя унитарного предприятия и которая совершена с нарушением установленных требований (т.е. без согласия собственника), может быть признана

недействительной по иску унитарного предприятия или собственника его имущества (п. 3 ст. 22 названного Федерального закона).

Помимо рассмотренных нами ограничений правомочий руководителя унитарного предприятия на совершение сделок (крупных сделок и сделок с заинтересованностью), а также тех, которые установлены ГК РФ (ст. ст. 49 и 295) в отношении унитарных предприятий как субъектов хозяйственного ведения и юридических лиц, обладающих целевой правоспособностью (требование наличия согласия собственника на отчуждение недвижимого имущества и запрет на совершение сделок, противоречащих уставным целям и задачам унитарного предприятия), Закон о государственных и муниципальных унитарных предприятиях распространил ограничительный порядок совершения сделок (только при наличии согласия собственника) еще на некоторые виды сделок. В силу п. 4 ст. 18 названного Федерального закона государственное или муниципальное предприятие не вправе без согласия собственника совершать сделки, связанные с предоставлением займов, поручительств, получением банковских гарантий, с иными обременениями, уступкой требований, переводом долга, а также заключать договоры простого товарищества.

Что касается кредитного договора, то он наряду с совершаемыми унитарным предприятием сделками по получению бюджетных ссуд, размещению облигаций и выдаче векселей удостоился отдельного внимания законодателя. Названные сделки объединены под наименованием "заимствования унитарным предприятием", для совершения которых предусмотрен особый правовой режим. Согласно п. 2 ст. 24 Закона о государственных и муниципальных унитарных предприятиях унитарное предприятие вправе осуществлять заимствования только по согласованию с собственником имущества унитарного предприятия объема и направлений использования привлекаемых средств. Выходит, что для заключения обычного кредитного договора с банком, без чего не может обойтись ни один участник имущественного оборота, государственное или муниципальное предприятие должно располагать неким решением собственника о согласовании не только суммы кредита, но и основных направлений ее использования унитарным предприятием. Заключение кредитного договора без такого решения собственника влечет признание его недействительной сделкой, вернее сказать, делает кредитный договор ничтожной сделкой (законодатель применительно к сделкам заимствования, как и в случае с крупной сделкой, "забыл" включить в соответствующие нормы формулу оспоримой сделки).

При таких условиях заключение кредитного договора и сделок по его обеспечению с государственным или муниципальным унитарным предприятием становится большой проблемой для банка, поскольку слишком реальна перспектива признания указанных сделок недействительными со всеми вытекающими из этого факта негативными последствиями.

Последствия недействительности

В случае признания кредитного договора недействительной сделкой (либо если кредитный договор изначально является ничтожной сделкой) наступают определенные последствия, предусмотренные как общими положениями, регулирующими последствия недействительности всякой гражданско-правовой сделки, так и специальными правилами, вытекающими из того обстоятельства, что объектом кредитного договора являются денежные средства.

Согласно общим положениям (ст. 167 ГК) недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, а именно: каждая из

сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре - возместить его стоимость в деньгах, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом.

Вместе с тем, если бы при недействительности кредитного договора мы ограничились лишь применением общих последствий недействительности сделки (например, взыскали с заемщика сумму кредита, полученного пару лет назад), мы бы допустили явную несправедливость по отношению к кредитору, исполнившему свое обязательство по предоставлению кредита. Дело в том, что использование денежных средств в имущественном обороте всегда дает их прирост. Поэтому при нормальном течении событий заемщик, получивший сумму кредита, возвращает ее кредитору с соответствующим приростом, который (наряду с вознаграждением кредитора) учитывается в составе процентов за пользование кредитом.

Применение общих положений о последствиях недействительной сделки (ст. 167 ГК) к кредитному договору означает, что заемщик должен возвратить кредитору лишь полученное по сделке, т.е. собственно сумму кредита. Выходит, что прирост денежных средств, который имел место в связи с использованием заемщиком денежной суммы, полученной по недействительному кредитному договору, остается у заемщика и является его неосновательным обогащением за счет кредитора. Однако, как известно, на этот случай в ГК РФ (гл. 60) имеются правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения, которые подлежат субсидиарному применению к другим гражданским правоотношениям, если требования о защите гражданских прав, предъявляемые в рамках соответствующих правоотношений (включая требование о возврате исполненного по недействительной сделке), не могут привести к устранению неосновательного обогащения. К числу названных правил о кондикционных обязательствах, которые подлежат субсидиарному применению к реституционным правоотношениям как последствиям недействительности сделок, относится и норма о том, что на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими денежными средствами с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств (п. 2 ст. 1107 ГК).

Судебно-арбитражная практика по этому вопросу основана на разъяснениях, содержащихся в совместном Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 1998 г. N 13/14 "О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами" (далее - Постановление Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14) <*>. Согласно п. 29 названного Постановления при применении последствий недействительности сделки займа (кредита) суд должен учитывать, что сторона, пользовавшаяся заемными средствами, обязана возвратить полученные средства кредитору, а также уплатить проценты за пользование денежными средствами на основании п. 2 ст. 167 ГК РФ за весь период пользования средствами.

<*> Вестник ВАС РФ. 1998. N 11. С. 7 - 14.

Нельзя не обратить внимание на то, что в приведенном разъяснении высших судебных инстанций обязанность заемщика, пользовавшегося средствами, полученными по недействительному договору займа (кредита), по уплате процентов за пользование денежными средствами выглядит как один из элементов общих последствий недействительности сделки, а не как результат применения

правил об обязательствах вследствие неосновательного обогащения, о чем свидетельствует ссылка на п. 2 ст. 167 ГК РФ в качестве правового основания для взыскания, в том числе и процентов за пользование чужими денежными средствами. Такой подход представляется несколько искусственным, поскольку он ориентирован на квалификацию договора займа (кредита) в качестве договора об оказании услуг (видимо, в виде пользования чужими денежными средствами). Ведь только в этом случае можно говорить о невозможности возратить полученное в натуре (т.е. полученные услуги займодавца по договору займа или кредитора по кредитному договору), благодаря чему становится возможным ставить вопрос о возмещении стоимости полученного в деньгах (в виде соответствующих процентов).

Между тем как договор займа, так и его отдельный вид - кредитный договор не относятся к договорам об оказании услуг, а принадлежат к категории договоров о передаче имущества. В связи с этим обязательство заемщика по уплате процентов за пользование чужими денежными средствами по недействительному договору займа (кредита) вряд ли может входить в состав общих реституционных последствий, а скорее является элементом кондикционного обязательства на стороне заемщика, а потому - следствием субсидиарного применения правил о неосновательном обогащении к отношениям, связанным с недействительностью названных договоров. Изложенное свидетельствует лишь о некоторой возможной неточности в правовой квалификации соответствующих правоотношений. Главное же состоит в том, что судебной-арбитражной практикой признается обязанность заемщика по недействительному договору займа (кредита) как возратить займодавцу (кредитору) полученные средства, так и уплатить проценты за их использование в размере ставки рефинансирования Банка России. О применении в судебной-арбитражной практике именно такого подхода свидетельствует следующий пример.

Открытое акционерное общество - коммерческий банк (далее - банк) обратилось в арбитражный суд с иском к Управлению делами Президента Российской Федерации (далее - Управление) о взыскании 162706,84 дол. США, составляющих проценты за пользование чужими денежными средствами, полученными по недействительному кредитному договору. Исковое требование было обосновано следующими обстоятельствами.

Вступившим в законную силу решением арбитражного суда по другому делу (по иску банка к Управлению о взыскании задолженности по кредиту) кредитный договор по встречному иску ответчика был признан недействительной сделкой в силу ее ничтожности, поскольку Управление является федеральным органом исполнительной власти, осуществляет свою деятельность за счет средств федерального бюджета, а в соответствии с Указом Президента Российской Федерации 29 мая 1998 г. N 609 "О дополнительных мерах по снижению финансовой задолженности федеральных органов исполнительной власти и государственных внебюджетных фондов" федеральным органам власти запрещено привлечение заемных средств путем получения кредитов и займов, кроме случаев, когда такое привлечение прямо не установлено Правительством РФ. На получение указанного кредита Правительством РФ разрешения Управлению не давалось. Кроме того, согласно п. 1 ст. 118 БК РФ бюджетные учреждения не имеют права получать кредиты у кредитных организаций и других физических и юридических лиц, за исключением ссуд из бюджетов и государственных внебюджетных фондов. Суд применил также последствия недействительности кредитного договора, вернув сторонам все полученное по сделке.

Банк, считая, что ответчик в период пользования кредитом неосновательно обогатился за счет кредитора, предъявил иск о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами со ссылкой на ст. ст. 809, 819, 1102, 1103 ГК РФ.

Решением суда первой инстанции исковое требование было удовлетворено, с ответчика взыскано 162706,84 дол. США в рублевом эквиваленте по курсу Банка России процентов за пользование денежными средствами истца. Суд освободил ответчика от уплаты государственной пошлины, поскольку тот финансируется из федерального бюджета. Постановлением суда апелляционной инстанции данное решение изменено. С учетом частичного осуществления платежей заемщиком суд уточнил сумму подлежащих взысканию процентов за фактическое пользование денежными средствами кредитора: 148497,77 дол. США. Федеральный арбитражный суд округа кассационным постановлением названные судебные акты оставил без изменения.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре указанных судебных актов в порядке надзора Управление ссылалось на неполное выяснение судом обстоятельств, имеющих существенное значение для дела, нарушение норм материального права.

В отзыве на указанное заявление банк просил оставить оспариваемые судебные акты без изменения, поскольку после признания кредитного договора недействительным полученные денежные средства должны рассматриваться как неосновательное обогащение, на сумму которого начисляются проценты согласно ст. 1107 ГК РФ.

Проверив обоснованность доводов, содержащихся в заявлении и в выступлениях представителей сторон, Президиум пришел к выводу о том, что оспариваемые судебные акты следует оставить без изменения по следующим основаниям.

Удовлетворяя исковое требование банка, суд исходил из того, что при применении последствий недействительности кредитной сделки сторона, пользовавшаяся заемными средствами, обязана возвратить полученные средства кредитору, а также уплатить проценты за пользование денежными средствами за весь период пользования этими средствами. Данный вывод соответствует п. 29 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14.

Исходя из изложенного, решение суда первой инстанции, постановление суда апелляционной инстанции и постановление кассационной инстанции подлежат оставлению в силе, поскольку указанные судебные акты не нарушают единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ постановил оставить судебные акты без изменения, а заявление Управления делами Президента Российской Федерации - без удовлетворения <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2004. N 6. С. 61 - 63.

При недействительности кредитного договора не исключены случаи, когда неосновательное обогащение возникает не только у заемщика, но и на стороне кредитора. Это возможно, например, в ситуации, когда заемщик до признания кредитного договора недействительной сделкой частично исполнил свои обязательства по уплате процентов за пользование кредитом при том условии, что размер процентов, предусмотренных кредитным договором, превышал ставку рефинансирования, установленную Банком России.

На этот случай в названном Постановлении Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14 (п. 30) имеется разъяснение, согласно которому, если по сделке займа (кредита) заемщиком уплачивались проценты

за пользование денежными средствами, при применении последствий недействительности сделки неосновательно приобретенными кредитом могут быть признаны суммы, превышающие размер уплаты, определенной по установленной законом ставке (по учетной ставке Банка России) за период пользования.

И еще одно разъяснение высших судебных инстанций, содержащееся в названном Постановлении, касается последствий недействительности кредитного договора. Речь идет о признании кредитного договора (договора займа) недействительным как оспоримой сделки по требованию заемщика, получившего денежную сумму от кредитора по такому договору, который предусматривал уплату процентов в определенном размере. В подобных случаях суд, признав сделку недействительной, может прекратить ее действие на будущее время (п. 3 ст. 167 ГК). При этих условиях вплоть до момента вступления в силу решения суда о признании оспоримой сделки недействительной заемщик обязан уплачивать проценты за пользование денежными средствами в размере, предусмотренном договором. И только после вступления в силу решения суда проценты начисляются на основании п. 2 ст. 1107 ГК РФ в размере ставки рефинансирования Банка России (п. 31 вышеназванного Постановления).

Данное разъяснение несколько смягчает позицию законодателя, который наделяет суд правом прекращать (в качестве одного из последствий признания оспоримой сделки недействительной) действие сделки на будущее время в отношении только такой сделки, из содержания которой вытекает, что она может быть лишь прекращена на будущее время (п. 3 ст. 167 ГК).

Глава VII. СОДЕРЖАНИЕ, ИСПОЛНЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

1. Понятие содержания кредитного договора

В юридической литературе при рассмотрении вопросов, связанных с выявлением содержания кредитного договора, многие авторы ограничиваются указанием на основные обязанности сторон этого договора либо перечислением названных основных обязанностей кредитора и заемщика, а также корреспондирующих им прав контрагентов. Например, говоря о содержании кредитного договора, Е.А. Суханов указывает: "Обязанность кредитора в данном договоре составляет предоставление безналичных денежных средств заемщику в соответствии с условиями заключенного договора (однократно, равными или иными частями в виде отдельных "траншей", "кредитной линии" и т.д.). Обязанности заемщика состоят в возврате полученного кредита и уплате предусмотренных договором или законом процентов за его использование" <*>. У А.А. Вишневого находим такое утверждение: "Содержание кредитного договора составляют следующие основные права и обязанности сторон: обязанность банка предоставить кредит, чему корреспондирует право заемщика потребовать предоставления кредита; обязанность заемщика принять кредит; обязанность заемщика вернуть кредит и уплатить проценты за пользование кредитом, чему корреспондирует право банка-кредитора потребовать от заемщика исполнения этих обязанностей" <***>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 225.

<***> Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. С. 77; см. также: Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М., 2000. С. 13 - 14.

Указанный подход к содержанию кредитного договора (впрочем, как и всякого иного гражданско-правового договора), когда само понятие содержания договора для многих авторов означает простую совокупность прав и обязанностей сторон, стал "дежурным" в цивилистических исследованиях, на нем обычно правоведы не останавливают надолго своего внимания, что иногда ведет к существенным неточностям в рассуждениях. Например, у Д.А. Медведева читаем: "Содержание кредитного договора в целом совпадает с содержанием договора займа. Его особенностью является возможность одностороннего расторжения договора кредитором или заемщиком" <*>. А несколькими страницами ранее тот же автор пишет: "Содержание договора займа исходя из его односторонней природы составляет обязанность заемщика возратить сумму займа (ст. 810 ГК) и корреспондирующее ей право требования займодавца" <***>. Сопоставив эти два утверждения, можно прийти к сомнительному выводу о том, что содержание кредитного договора не включает обязанность банка по предоставлению кредита заемщику.

<*> Медведев Д.А. Указ. соч. С. 504.

<***> Там же. С. 497.

Рассуждая о содержании кредитного договора, необходимо прежде всего определить, о какой стороне понятия "договор" в данном случае идет речь. Известно, что само это понятие является многоаспектной категорией и употребляется в гражданском праве в трех значениях: как сделка (соглашение), т.е. юридический факт, порождающий соответствующее (как правило, обязательственное) гражданское правоотношение ("договор-сделка"); как понятие, обозначающее само правоотношение ("договор-правоотношение"); как форма существования соответствующего правоотношения ("договор-документ") <*>.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

-
<*> Подробнее об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 10 - 15.

По поводу понятия содержания договора (применительно к различным аспектам этой категории) М.И. Брагинский указывает: "Договоры в их качестве сделки, не отличаясь от других юридических фактов, не имеют содержания. Им обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение. При этом, как и в любом другом правоотношении, содержание договора составляют права и обязанности контрагентов" <*>.

<*> Там же. С. 116.

Несколько иного взгляда (также учитывающего многоаспектный характер понятия договора) придерживается Е.А. Суханов, который пишет: "Содержание договора как соглашения (сделки) составляет совокупность согласованных его сторонами условий, в которых закрепляются права и обязанности контрагентов, составляющие содержание договорного обязательства. В письменных договорах условия излагаются в виде отдельных пунктов" <*>. Как мы видим, и Е.А. Суханов полагает, что понятие содержания в виде прав и обязанностей контрагентов присуще именно договорному правоотношению (договорному обязательству). Когда же речь идет о содержании договора как сделки, то акцент делается скорее на том, что его необходимым атрибутом является совокупность согласованных контрагентами определенных условий.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданское право" (том II, полутом 1) (под ред. Е.А. Суханова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2004 (издание второе, переработанное и дополненное).

-
<*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 1 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. С. 163.

В связи с изложенным, когда мы говорим о содержании кредитного договора в качестве сделки, то имеем в виду, что сторонами (кредитором и заемщиком) должно быть достигнуто соглашение не только относительно факта его заключения, но и относительно основных условий договора, признаваемых существенными, не раскрывая конкретных прав и обязанностей сторон, а лишь констатируя наличие их соглашения по названным условиям договора.

Если же речь идет о содержании договора как правоотношения, то имеется в виду само обязательство, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (ст. 307 ГК). Иными словами, именно обязательство ("договор-правоотношение") по своему содержанию представляет собой права и обязанности сторон.

Кредитный договор (т.е. соответствующее обязательство) носит двусторонний характер и в этом смысле подпадает под действие п. 2 ст. 308 ГК РФ, согласно которому, если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать. Поэтому при рассмотрении вопроса о содержании и исполнении кредитного договора представляется вполне допустимым разделить (конечно же, условно) единое договорное обязательство на два простых вида: обязательство на стороне кредитора и обязательство на стороне

должника, - исходя из того, на какую из сторон возложены обязанности, которым противостоят права требования контрагента.

2. Обязательство на стороне кредитора

С момента заключения кредитного договора на стороне кредитора возникает обязанность предоставить заемщику денежные средства в размере и на условиях, предусмотренных договором (п. 1 ст. 819 ГК), заемщику же принадлежит право требовать от кредитора выдачи соответствующей суммы кредита.

Нельзя не заметить, что названная обязанность банка по предоставлению кредита, да и право заемщика требовать его выдачи обладают известным своеобразием. По этому поводу, например, Е.А. Суханов пишет: "Особенностью кредитных отношений является возможность одностороннего отказа от исполнения заключенного договора со стороны как кредитора, так и заемщика (п. п. 1 и 2 ст. 821 ГК). Это обстоятельство существенно ослабляет консенсуальную природу кредитного договора, в известной мере сближая его с реальным договором займа" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. С. 226.

Напротив, некоторые авторы не усматривают какого-либо своеобразия обязательства на стороне банка-кредитора по предоставлению кредита, считая его обычным денежным обязательством. Так, Л.Г. Ефимова указывает: "Поскольку предметом кредитного договора являются деньги, обязательство банка носит денежный характер" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 523.

Нам уже приходилось отмечать, что в отечественном дореволюционном гражданском праве, а также в советских законодательстве и доктрине в первые послереволюционные годы (в условиях действия ГК 1922 г. вплоть до кредитной реформы 1930 - 1931 гг.), когда договор об открытии кредита признавался предварительным договором о будущем займе, вытекающее из такого договора обещание банка-кредитора выдать сумму займа заемщику рассматривалось в качестве особого обязательства, отличающегося от иных договорных обязательств. Например, в материалах Редакционной комиссии, подготовившей уже упоминавшийся проект Гражданского уложения, мы находим суждение о том, что существенной особенностью обязательства обещания займа следует признать то обстоятельство, что по предварительному договору о займе "должником является та сторона, которая, по окончательному договору, должна приобрести качество верителя" <*>.

<*> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 464.

Еще более определенным образом формулирует свое мнение Р.И. Каримуллин, который полагает, что "в кредитном договоре соглашение сторон дает толчок достаточной силы для приведения в действие механизма заемного обязательства, а деньги используются в качестве средства погашения долга банка перед заемщиком. По этой причине обязанность кредитора по передаче капитала должна быть признана денежным обязательством, чего нельзя сказать об аналогичной передаче денег по договору займа" <*>. Из этого делались весьма серьезные выводы о том, что соглашение о заключении в будущем договора не может быть отнесено к общим постановлениям договорного права и что обещание передачи и принятия имущества не подпадает под общие для всех договоров правила <***>. И именно в связи с особой правовой природой обязательства обещания займа вводились специальные правила, направленные на его регулирование (а не наоборот), в частности, норма о том, что обязательство предоставить заем, установленное в предварительном договоре, теряет силу, если впоследствии наступили или впервые сделались известными верителю (кредитору) обстоятельства, столь значительно ухудшающие имущественное положение заемщика, что возникает опасность потерять сумму займа или ее часть (ст. 1898 проекта ГУ).

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 17.

<***> См.: Там же.

Аналогичная норма, согласно которой лицо, обещавшее предоставить заем, может при наличии сомнений отказаться от данного обещания в том случае, если имущественное положение другой стороны значительно ухудшится, вследствие чего удовлетворение требования о возврате займа окажется под угрозой, до настоящего времени сохранилась в тексте Германского гражданского уложения (§ 610).

ГК 1922 г. также учитывал специфику обязательства обещания займа, наделяя лицо, обязавшееся по предварительному договору дать другому займы, правом требовать расторжения предварительного договора, если впоследствии имущественное положение контрагента значительно ухудшится (ст. 219). Комментируя данную норму, М.М. Агарков подчеркивал, что она "содержит применительно к предварительному договору о займе так называемую оговорку об изменившихся обстоятельствах (clausula rebus sic stantibus). Лицо, обязавшееся дать займы, имело в виду, что его контрагент является кредитоспособным". "Было бы неправильно, - полагал М.М. Агарков, - не учитывать этого обстоятельства и обязывать его к совершению займа также и тогда, когда впоследствии имущественное положение контрагента значительно ухудшится" <*>.

<*> Агарков М.М. Указ. соч. С. 83.

И сегодня в действующем ГК РФ имеются подобные специальные правила, наделяющие стороны кредитного договора правом отказаться от предоставления или получения кредита. И если право кредитора на отказ от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита обусловлено наличием обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок или будет возвращена с нарушением со стороны заемщика предусмотренной договором обязанности целевого использования кредита, то аналогичное право заемщика (отказаться от получения кредита) ничем не обусловлено, а лишь

обременено обязанностью уведомить кредитора до установленного договором срока предоставления кредита (ст. 821 ГК).

Включение в ГК РФ такого рода специальных правил, направленных на регулирование именно кредитного договора, столь разительно отличающихся от общих положений договорного права (например, от норм ст. 310 ГК, не допускающей одностороннего отказа от исполнения обязательства либо одностороннего изменения его условий), можно объяснить лишь реакцией законодателя на отмеченное своеобразие обязательства по предоставлению кредита, вытекающего из кредитного договора.

То обстоятельство, что ныне кредитные правоотношения регулируются единым кредитным договором, а не сложной договорной конструкцией, состоящей из предварительного договора обещания займа и собственно договора займа, не лишает обязательство кредитора по предоставлению кредита того своеобразия, которое было когда-то присуще обязательству обещания займа. И сегодня кредитор, принявший на себя обязательство по предоставлению кредита, как когда-то лицо, обещавшее дать займы, попадает в положение должника, хотя в исполненном им кредитном договоре ему принадлежит место кредитора. Так же как и прежде, не исключена возможность, что после заключения кредитного договора к моменту исполнения кредитором обязательства по предоставлению кредита финансовое положение заемщика ухудшится настолько, что перспектива возврата выданной денежной суммы окажется маловероятной.

В связи с изложенным очевидно, что вытекающее из кредитного договора обязательство кредитора по предоставлению кредита нельзя ставить в один ряд с обязательством того же заемщика по возврату полученного кредита (или, скажем, покупателя, получившего товар по договору купли-продажи), объединяя их в одну категорию так называемых денежных обязательств. Несмотря на внешнее сходство названных обязательств - все они состоят в передаче (предоставлении, уплате) денежных средств, - по своей правовой природе они должны быть признаны различными обязательствами.

В юридической литературе неоднократно предпринимались попытки как квалификации денежных обязательств, так и их классификации (разделения на различные группы по определенным критериям). В свое время Л.А. Лунц предлагал под денежным обязательством в широком смысле слова понимать "обязательство, предметом коего служат денежные знаки как таковые", но тут же оговаривался, что к денежным обязательствам не могут относиться "сделки, имеющие своим предметом индивидуально-определенные денежные знаки", а также "сделки купли-продажи, направленные на поставку определенного вида монет или бумажных денежных знаков", поскольку "деньги в этом случае выступают в качестве "товара" <*>.

<*> Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 103 - 104.

В.А. Белов определяет денежное обязательство как "гражданское правоотношение, содержанием которого является право требования кредитора и корреспондирующая ему юридическая обязанность должника совершить уплату или платежи, т.е. действие (или действия) по передаче определенной (определимой) суммы денег (валюты)" <*>. Обосновывая необходимость классификации денежных обязательств (разделения их по видам), В.А. Белов пишет: "Вряд ли обязательство купли-продажи будет абсолютно юридически эквивалентно обязательству предоставить кредит. Оба они имеют

своим содержанием передачу в собственность денежной суммы, однако их цели различны. Цель обязательства передать денежную сумму в договоре купли-продажи - создать основание для требования о передаче в собственность предмета договора (вещи); в кредитном же договоре то же действие преследует целью исполнение обязанности по предоставлению самого предмета договора" <*>.

<*> Белов В.А. Денежные обязательства. М., 2001. С. 14.

<***> Там же. С. 27.

Результатом классификации, проведенной В.А. Беловым, явилось то, что все регулятивные денежные обязательства (он выделяет также охранительные денежные обязательства, возникающие из такого основания, как гражданское правонарушение) по цели их возникновения были разделены автором на две группы: "1) обязательства передачи денег как предмета договора (...т.е. предоставление денег является целью обязательства, направлено на получение встречного удовлетворения); 2) обязательства передачи денег как цены договора (эквивалента, встречного удовлетворения... т.е. предоставление денег имеет встречный, добавочный характер, направлено на погашение существующего или будущего долга)" <*>. В итоге же и обязательство по предоставлению кредита, и обязательство по возврату займа или кредита были включены В.А. Беловым в одну классификационную группу - "обязательства передачи денег как предмета договора" <***>.

<*> Там же. С. 28.

<***> Белов В.А. Денежные обязательства. С. 30.

Представляется, что при распределении В.А. Беловым конкретных видов денежных обязательств по вполне обоснованно выделенным им классификационным группам не была учтена специфика обязательства по возврату займа или кредита, которое, так же как и все обязательства второй группы, характеризуется прежде всего направленностью на погашение существующего долга. Более того, обязательство заемщика по возврату полученного займа (кредита) представляет собой универсальное денежное долговое обязательство, о чем свидетельствует, например, включение в ГК РФ нормы, допускающей новацию всякого долга именно в заемное обязательство: согласно п. 1 ст. 818 ГК РФ по соглашению сторон долг, возникший из купли-продажи, аренды имущества или иного основания, может быть заменен заемным обязательством. В связи с этим классификация денежных обязательств, предложенная В.А. Беловым, нуждается в незначительном уточнении перечня обязательств, относимых ко второй классификационной группе - "обязательства передачи денег как цены договора", предоставление денег по которым "направлено на погашение существующего или будущего долга" (роль передачи денег как цены договора в этом случае выполняет уплата заемщиком кредитору вознаграждения за пользование займом или кредитом). Только в этом случае, наконец, обязательство по предоставлению кредита по кредитному договору и обязательство по возврату кредита (займа) будут разведены по различным классификационным группам денежных обязательств, чем и будет подчеркнута своеобразие обязательства по предоставлению кредита, не имеющего ничего общего (кроме его денежной формы) с долговыми денежными обязательствами.

Есть другой вариант решения рассматриваемого вопроса, который можно было бы объяснить соображениями практической целесообразности исходя из того, что ГК РФ содержит целый ряд специальных правил, направленных на регулирование именно долговых денежных обязательств (для которых используется общее обозначение "денежные обязательства") и вовсе не рассчитанных на какие-либо иные обязательства, в том числе и те, которые помещены В.А. Беловым в первую классификационную группу денежных обязательств (например, ст. ст. 318, 319, 395 ГК). В связи с этим можно выделить понятие денежного обязательства в узком смысле слова, разумея под ним именно долговое денежное обязательство, что позволило бы обязательство по предоставлению кредита, возникающее из кредитного договора, вовсе не признавать таким денежным обязательством.

Именно так, как представляется, поступает Л.А. Новоселова, которая в качестве критерия выделения категории денежного обязательства предлагает рассматривать "наличие в таком обязательстве цели погашения денежного долга", что позволяет ей исключать обязательство по предоставлению кредита из круга денежных обязательств, поскольку "в обязательстве предоставить кредит цель передающей деньги стороны - приобрести право требовать их возврата от должника", а не погашение обязательства <*>. Данный подход к определению круга денежных обязательств воспринят судебной-арбитражной практикой. В подтверждение этого можно привести одно из разъяснений, содержащихся в п. 1 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14 (о сфере действия ст. 395 ГК). Согласно этому разъяснению ст. 395 ГК РФ предусматривает последствия неисполнения или просрочки исполнения денежного обязательства, в силу которого на должника возлагается обязанность уплатить деньги; положения данной статьи не применяются к отношениям сторон, если они не связаны с использованием денег в качестве средства платежа, средства погашения денежного долга.

<*> См.: Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. 2-е изд., испр. и доп. М., 2003. С. 25 - 26.

Правда, необходимо сделать весьма существенную оговорку: отмеченный подход к квалификации денежного обязательства (когда таковым признается только долговое денежное обязательство) не может претендовать на универсальное значение. Дело в том, что некоторые из содержащихся в ГК РФ норм, направленных на регулирование денежных обязательств, явно рассчитаны отнюдь не только на долговые денежные обязательства, но и на обязательства по предоставлению денежных средств, не преследующих цели погашения денежного долга (т.е. на денежные обязательства в широком смысле слова). К числу таких норм, например, относятся правила о месте исполнения денежного обязательства (ст. 316 ГК) или о валюте денежных обязательств (ст. 317 ГК). Каким бы своеобразием ни обладало обязательство банка по предоставлению кредита, вытекающее из кредитного договора, но его относимость к денежным обязательствам в широком смысле слова (обязательствам, направленным на передачу денежных средств) означает, что и указанное обязательство подчиняется названным правилам ГК РФ.

Существенным своеобразием отличается и правовое регулирование порядка исполнения банком-кредитором своего обязательства по предоставлению заемщику суммы кредита. ГК РФ (п. 1 ст. 819), формулируя соответствующее обязательство банка, говорит о его обязанности предоставить заемщику денежные средства (кредит) в размере и на условиях, предусмотренных договором, что не исключает, а, напротив, предполагает использование сторонами кредитного договора различных

форм предоставления (передачи) заемщику денежной суммы, обусловленной в договоре.

Однако, видимо, Банк России придерживается иного мнения, о чем свидетельствует Положение о порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения) N 54-П, утвержденное Банком России 31 августа 1998 г. (действующее в редакции, утвержденной Банком России 27 июля 2001 г. N 144-П). Сразу же необходимо отметить, что издание данного Положения, по всей вероятности, преследовало публично-правовые цели, которые заключаются, как это предусмотрено в п. 1.1 Положения, в установлении порядка осуществления банковских операций по предоставлению (размещению) банками денежных средств клиентам, в том числе другим банкам, юридическим и физическим лицам, независимо от того, имеют они или не имеют расчетные, текущие, депозитные, корреспондентские счета в данном банке, и возврату (погашению) клиентами банков полученных денежных средств, а также бухгалтерского учета указанных операций. Что касается частноправового аспекта отношений, связанных с размещением кредитными организациями денежных средств, то в Положении (п. 1.2) подчеркивается, что под размещением (предоставлением) банком денежных средств понимается заключение между банком и клиентом банка договора, составленного с учетом требований ГК РФ, а также то, что банк передает денежные средства на условиях платности, срочности и возвратности, а клиент банка осуществляет возврат полученных денежных средств в соответствии с условиями договора.

Тем не менее данное Положение включает в себя определенные правила, направленные на регулирование порядка и способов предоставления (размещения) банками денежных средств. Так, в соответствии с п. 2.1 Положения предоставление (размещение) банком денежных средств осуществляется в следующем порядке: юридическим лицам - только в безналичном порядке путем зачисления денежных средств на расчетный или корреспондентский счет (субсчет клиента-заемщика, открытый на основании договора банковского счета), в том числе при предоставлении средств на оплату платежных документов и на выплату заработной платы; физическим лицам - в безналичном порядке путем зачисления денежных средств на банковский счет клиента-заемщика физического лица, под которым понимается также счет по учету сумм привлеченных банком вкладов (депозитов) физических лиц в банке, либо наличными денежными средствами через кассу банка. Предоставление (размещение) средств в иностранной валюте как юридическим, так и физическим лицам должно осуществляться уполномоченными банками в безналичном порядке.

Названные правила вызвали неоднозначное толкование в юридической литературе. Некоторые авторы усмотрели в них прямой запрет на предоставление суммы кредита в любой иной форме, кроме зачисления предоставляемой суммы на банковский счет заемщика. Например, Н.Ю. Рассказова пишет: "Денежные средства считаются предоставленными заемщику в момент их зачисления на банковский счет заемщика. Пункт 2.1.1 Положения ЦБР N 54-П запрещает предоставлять кредит путем оплаты долгов заемщика напрямую с его ссудного счета на банковские счета его кредиторов, минуя расчетный счет заемщика. Верховный Суд РФ в решении от 1 июля 1999 г. N ГКПИ99-484 признал, что это правило не противоречит ст. 313 ГК" <*>.

<*> Рассказова Н.Ю. Указ. соч. С. 548.

Представляется, однако, что никакого запрета предоставлять кредит "путем оплаты долгов заемщика напрямую с его ссудного счета на банковские счета его кредиторов", как полагает Н.Ю. Рассказова, приведенные правила не содержат, а предусматривают обычный порядок предоставления

кредита. Действительно, если в качестве заемщика выступает юридическое лицо, то объектом кредитного договора могут служить исключительно безналичные денежные средства, а нормальный путь их предоставления заемщику - зачисление указанных безналичных денежных средств на банковский счет последнего. И на тот случай, если в кредитном договоре не предусмотрен иной порядок предоставления кредита либо сторонами не используются другие способы исполнения обязательства, предусмотренные ГК РФ, кредит должен предоставляться именно путем зачисления соответствующих денежных средств на банковский счет заемщика.

В том случае, когда обязательство по предоставлению кредита банком исполняется путем зачисления денежных средств на банковский счет заемщика, момент исполнения этого обязательства определяется в зависимости от того, является ли заемщик владельцем счета, открытого в банке, выступающем в роли кредитора. Если это так, то обязательство банка по кредитному договору будет считаться исполненным в момент зачисления суммы кредита на этот счет при том неременном условии, что заемщику была предоставлена фактическая возможность распорядиться полученными денежными средствами. Дело в том, что ранее в судебной-арбитражной практике нередко встречались случаи, когда банки, пользуясь своим правом на беспорное списание задолженности, предусмотренным договором банковского счета, нередко, зачислив денежные средства по кредитному договору на счет заемщика - владельца счета, тут же списывали их своим мемориальным ордером в счет погашения задолженности, образовавшейся по ранее заключенным кредитным договорам с этим же заемщиком. В данном случае кредит не мог быть признан предоставленным в силу того обстоятельства, что денежные средства не поступили в распоряжение заемщика.

Если же заемщик не является владельцем счета, обслуживаемого банком-кредитором, либо кредитным договором предусмотрено, что сумма кредита должна быть перечислена на счет заемщика, открытый в ином банке, обязательство по предоставлению кредита исполняется банком путем перевода соответствующей денежной суммы в банк, обслуживающий заемщика, для зачисления денежных средств на счет последнего. В этом случае моментом исполнения обязательства по предоставлению кредита должен считаться момент поступления денежных средств, перечисленных банком-кредитором на корреспондентский счет банка, обслуживающего заемщика, а не момент фактического зачисления указанных денежных средств на банковский счет заемщика. Правовым основанием такого подхода к определению момента исполнения обязательства банка-кредитора по предоставлению кредита заемщику путем банковского перевода суммы кредита на банковский счет заемщика в ином банке служат правила о распределении ответственности между банками, участвующими в банковском переводе при расчетах платежными поручениями. Согласно ст. 865 ГК РФ банк, принявший платежное поручение плательщика, обязан перечислить соответствующую денежную сумму банку получателя средств для ее зачисления на счет лица, указанного в поручении, в срок, установленный законом или договором.

Названное законоположение получило однозначное толкование в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 апреля 1999 г. N 5 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета" <*> (п. 3), суть которого сводится к тому, что у банка-получателя (обслуживающего счет заемщика) с момента зачисления средств на его корреспондентский счет и получения документов, являющихся основанием для зачисления средств на счет получателя, появляется обязательство, основанное на договоре банковского счета с получателем средств (в нашем случае - с заемщиком), по зачислению полученной суммы на счет последнего. Поэтому обязательство банка плательщика (в нашем случае - кредитора) должно считаться исполненным в момент надлежащего зачисления соответствующей денежной суммы на счет банка получателя (т.е. банка,

обслуживающего банковский счет заемщика, на который по условиям кредитного договора должна быть зачислена сумма кредита).

<*> См.: Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, принятые с апреля 1992 г. по ноябрь 2000 г. С. 28 - 32.

Изложенная позиция судебной-арбитражной практики относительно определения момента исполнения обязательства банком-кредитором по предоставлению кредита в случае, когда сумма кредита должна быть зачислена на счет заемщика в ином банке, встретила различные оценки в юридической литературе: от полной ее поддержки до столь же полного отрицания. Например, Л.Г. Ефимова полагает, что в приведенном случае "момент исполнения обязательства банка по предоставлению кредита должен определяться по правилам о моменте исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями". "Следовательно, - делает вывод Л.Г. Ефимова, - кредит должен считаться предоставленным в момент зачисления его суммы на корреспондентский счет банка, осуществляющего расчетное обслуживание заемщика. В кредитном договоре можно предусмотреть иной момент, когда кредит должен считаться предоставленным в распоряжение заемщика" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 524.

С таким выводом категорически не согласен Р.И. Каримуллин, который при решении вопроса о моменте предоставления кредита предлагает исходить "из равенства участников гражданско-правовых отношений и основной цели (causa) кредитного договора". Основываясь на том, что в силу п. 3 ст. 810 ГК РФ исполнение самим заемщиком обязательства по возврату кредита связано с зачислением денежных средств на счет займодавца, Р.И. Каримуллин считает, что "нет никаких оснований для того, чтобы ставить банк в более привилегированное положение по сравнению с заемщиком". Кроме того, "если заемщик не получил кредита, остается не реализованной основная цель кредитного договора - предоставление капитала для временного использования. При этом кредитор имеет возможность привлечь банк заемщика к ответственности, ссылаясь на правило п. 2 ст. 866 ГК. Следовательно, и в данном случае риск пробега платежных документов несет должник по денежному обязательству, т.е. в данном случае банк-кредитор" <*>. Для подтверждения своей позиции Р.И. Каримуллин ссылается на опыт германской судебной системы. Он пишет: "Для определения момента передачи суммы кредитором заемщику германская судебная практика установила на основании параграфа 929 ГГУ следующее положение: сумма займа считается полученной заемщиком, когда она окончательно выбыла из имущества займодавца и в согласованной форме окончательно присоединена к имуществу заемщика" <***>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 23.

<***> Там же.

Позиция Р.И. Каримуллина, основанная на гражданско-правовом принципе равенства участников кредитных правоотношений, представляется весьма симпатичной, но, к сожалению, она страдает некоторыми юридическими неточностями. Действительно, в силу п. 3 ст. 810 ГК РФ, если иное не предусмотрено договором займа, сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или зачисления соответствующих денежных средств на его банковский счет. Однако в случае, когда заемщик для исполнения своего обязательства перед банком-кредитором по кредитному договору должен прибегнуть к банковскому переводу (например, в той же ситуации, когда его счет открыт в ином банке), отношения сторон, связанные с перечислением возвращаемой суммы кредита, будут регулироваться не общей нормой ст. 810 ГК, а специальными правилами о расчетах платежными поручениями, в том числе содержащимися в п. 1 ст. 865 Кодекса. Иными словами, моментом исполнения обязательства заемщика по возврату кредита (как и в случае с исполнением обязательства банка по предоставлению кредита в сходной ситуации) будет считаться момент поступления соответствующих денежных средств в банк, обслуживающий корреспондентский счет банка-кредитора. Так что, как мы видим, никаких оснований для вывода о неравенстве сторон кредитного договора (в части определения моментов исполнения ими своих обязательств) на самом деле не имеется.

Неверным является также довод Р.И. Каримуллина о том, что у банка-кредитора, перечислившего сумму кредита на счет заемщика, открытый в ином банке, имеется возможность привлечь этот банк (обслуживающий счет заемщика) в случае незачисления или несвоевременного зачисления поступившей в банк суммы кредита на счет заемщика к ответственности на основании п. 2 ст. 866 ГК РФ.

Во-первых, банк получателя средств при расчетах платежными поручениями является адресатом банковского перевода и не относится к числу привлекаемых банком плательщика для выполнения операций по перечислению денежных средств банков, которые только и могут привлекаться к ответственности в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 866 ГК РФ. Напротив, обязательство банка плательщика как раз и состоит в том, чтобы перечислить соответствующую денежную сумму банку получателя средств (п. 1 ст. 865 ГК).

Во-вторых, даже на банки, привлеченные банком плательщика для исполнения операций по перечислению денежных средств и допустившие нарушение правил совершения расчетных операций, ответственность может быть возложена только по усмотрению суда; общим же правилом является возложение ответственности, в том числе за действия банков, привлеченных к участию в банковском переводе, на банк плательщика, принявший платежное поручение (п. п. 1 и 2 ст. 866 ГК).

И наконец, в-третьих, банк получателя средств (в нашем случае - заемщика), не будучи банком, привлеченным банком плательщика к выполнению операций по перечислению денежных средств, в случае незачисления или несвоевременного зачисления поступившей в банк суммы кредита на счет заемщика несет ответственность лишь перед заемщиком (как владельцем счета) и только за нарушение обязательств, вытекающих из договора банковского счета.

Изложенные здесь контрдоводы на аргументы Р.И. Каримуллина, как нам кажется, одновременно свидетельствуют о правильности позиции, выработанной судебной арбитражной практикой (данную позицию поддерживает и Л.Г. Ефимова), которая признает моментом исполнения банком-кредитором обязательства по предоставлению кредита заемщику, обслуживаемому другим банком, момент поступления денежных средств на корреспондентский счет соответствующего банка.

Теперь пришло время вернуться к основному дискуссионному вопросу, а именно о возможности

исполнения банком-кредитором обязательства по предоставлению кредита в ином порядке, нежели путем зачисления соответствующих денежных средств на банковский счет заемщика. Хотя некоторые отечественные авторы, пишущие о кредитном договоре, предпочитают вовсе не замечать проблемы, "созданной" Банком России, когда он включил в Положение о порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения) от 31 августа 1998 г. N 54-П (далее - Положение N 54-П) норму о том, что предоставление банком денежных средств юридическим лицам осуществляется "только в безналичном порядке путем зачисления "денежных" средств на расчетный или корреспондентский счет" (п. 2.1.1). К примеру, А.А. Вишневский пишет: "Обязанность банка предоставить кредит считается исполненной, когда кредит предоставлен в точном соответствии с условиями, указанными в договоре. Договор может предусматривать различные формы предоставления кредита: перечисление предоставляемой в кредит денежной суммы на расчетный счет заемщика, на иной банковский счет заемщика, на банковский счет третьего лица, открытие кредитной линии, кредитование счета и т.п. Исполнение банком этой обязанности должно (при умолчании об этом в договоре) определяться по общим правилам о месте исполнения денежного обязательства" <*>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. С. 77.

Л.Г. Ефимова, напротив, привлекает внимание к обозначенной проблеме и предлагает пути ее решения. Она отмечает, что "такой способ исполнения кредитного договора, как предоставление кредита, минуя расчетный счет заемщика, был выработан банковской практикой как ответ на попытку государства обеспечить сбор налогов за счет любых поступлений на счета налогоплательщиков, не считаясь с их целевым характером... Длительное время государство предпринимало попытки искоренить практику предоставления кредита, минуя расчетный счет заемщика, ограничивая или запрещая ее в различных подзаконных нормативных актах. Учитывая, что такие нормы противоречили ГК РФ, время от времени кредитным организациям удавалось отстоять свои интересы. Последняя такая попытка ограничить предоставление кредита, минуя расчетный счет, принадлежит ЦБ РФ" <*>. Исходя из содержания "злополучного" п. 2.1.1 Положения N 54-П, Л.Г. Ефимова приходит к выводу о том, что "Банк России установил, что кредитные организации не могут выдавать кредит, минуя расчетный счет заемщика, например используя конструкцию ст. 313 ГК РФ", и полагает, что "такая позиция Банка России... противоречит действующему законодательству" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 525.

<***> Там же. С. 526.

Пути решения обозначенной проблемы Л.Г. Ефимова видит, во-первых, в обеспечении правильного толкования нормы, содержащейся в п. 2.1.1 Положения N 54-П, предусматривающей, "что сумма кредита подлежит зачислению на соответствующий счет". "Однако ее буквальное толкование, - подчеркивает Л.Г. Ефимова, - не дает основания для вывода, что этим счетом является именно счет заемщика, а не его контрагента"; во-вторых, в признании того обстоятельства, что "обязательство банка, возникшее в результате заключения кредитного договора, как и любое другое, может быть исполнено, изменено или прекращено любым из способов, предусмотренных в

соответствующих статьях глав 22 - 24 и 26 ГК РФ". Полагая, что в силу принципа свободы договора право выбора конкретного способа прекращения обязательства по предоставлению кредита принадлежит его сторонам, Л.Г. Ефимова утверждает, что "это право может быть ограничено только на основании федерального закона, но не нормативного акта Банка России" <*>.

<*> Там же.

В целом соглашаясь с позицией Л.Г. Ефимовой, мы все же предпочли бы не обострять рассматриваемую проблему, ограничившись лишь правовой оценкой правил, содержащихся в п. 2.1.1 Положения N 54-П, и их толкованием. Как отмечалось ранее, на наш взгляд, указанный пункт Положения N 54-П не содержит (и в принципе не может содержать!) запрет на использование сторонами кредитного договора (и тем более на применение судами при рассмотрении соответствующих споров) общих положений о порядке исполнения гражданско-правовых обязательств, содержащихся в ГК РФ. Цель указанной нормы может состоять лишь в определении обычного (нормального) порядка предоставления банками организациям денежных средств, коль речь идет о безналичных денежных средствах (причем, заметьте, применительно ко всем возможным формам их размещения).

Среди перечисленных в Положении N 54-П (п. 2.2) способов размещения банками денежных средств наряду с разовым зачислением денежных средств на банковские счета, выдачей наличных средств физическим лицам, открытием кредитной линии, участием банка в предоставлении (размещении) денежных средств на синдицированной (консорциальной) основе предусмотрен и такой способ, как кредитование банковского счета заемщика, в том числе путем оплаты расчетных документов последнего, при отсутствии на нем денежных средств, что вовсе не предполагает предварительного зачисления денежных средств на банковский счет заемщика. Кроме того, предусмотренный Положением N 54-П перечень способов размещения банками денежных средств является открытым и допускает существование иных способов предоставления денежных средств, не противоречащих действующему законодательству.

Главное же условие для признания обязательства по предоставлению кредита исполненным со стороны банка (независимо от того, каким способом предоставляются денежные средства - путем зачисления денежных средств на банковский счет или, напротив, минуя банковский счет заемщика) состоит в том, что заемщик в результате должен получить реальную возможность распорядиться предоставленной ему суммой кредита.

Именно такой подход характерен для современной судебно-арбитражной практики, позиция которой, как обоснованно отмечается в юридической литературе, отражена в следующем положении: "...без предоставления доказательств зачисления кредитных средств на расчетный счет заемщика (при том условии, что заемщик имел возможность ими распорядиться. - В.В.) либо оплаты его платежных документов, которые по суммам корреспондировали бы с выписками по ссудным счетам, предоставление кредитов не может считаться доказанным фактом" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 25.

Таким образом, еще раз подчеркнем, что содержащееся в Положении N 54-П правило о том, что предоставление денежных средств в безналичной форме юридическим лицам осуществляется путем их зачисления на банковский счет, лишь определяет обычный порядок размещения банками безналичных денежных средств, что не запрещает и не исключает использование сторонами кредитного договора различных форм исполнения банком-кредитором обязательства по предоставлению кредита в распоряжение заемщика, в том числе и не требующих зачисления соответствующих денежных средств на счет заемщика.

Одной из самых распространенных форм предоставления кредита, "минуя расчетный счет заемщика", является перечисление банком на основе платежных поручений заемщика третьим лицам денежных средств, учитываемых на ссудном счете, открытом банком во исполнение кредитного договора. С позиции гражданского (обязательственного) права обязательство банка-кредитора в этом случае должно быть признано исполненным надлежащим образом, поскольку заемщику была предоставлена возможность распорядиться соответствующими денежными средствами, что он и сделал, выдав банку платежные поручения об их перечислении своим кредиторам или иным контрагентам по договорам. Исполнением обязательства банком не заемщику, а управомоченным заемщиком третьим лицам в соответствии со ст. 312 ГК РФ признается исполнение обязательства надлежащему лицу ("переадресовка исполнения"); в отношениях же между заемщиком и указанными третьими лицами (его кредиторами) имеет место возложение должником исполнения своего обязательства на третье лицо (в нашем случае в этой роли выступает банк-кредитор), предусмотренное ст. 312 Кодекса. Следовательно, с точки зрения гражданского права рассматриваемая форма предоставления кредита должна квалифицироваться как один из способов надлежащего исполнения банком-кредитором своего обязательства, вытекающего из кредитного договора. Что же касается некоторых затруднений, которые могут испытывать налоговые и иные государственные фискальные и контролирующие органы в случае предоставления кредита заемщику-налогоплательщику, "минуя его расчетный счет", то эти проблемы должны решаться в области публичного права и присущими ему методами, а не путем деформации гражданско-правового регулирования имущественного оборота.

Положение N 54-П предусматривает также некоторые ограничения форм предоставления банками денежных средств физическим лицам, которое может осуществляться, как указано в п. 2.1.2 Положения, "в безналичном порядке путем зачисления денежных средств на банковский счет клиента-заемщика физического лица, под которым в целях настоящего Положения понимается также счет по учету сумм привлеченных банком вкладов (депозитов) физических лиц в банке, либо наличными денежными средствами через кассу банка".

В сфере потребительского (розничного) кредитования граждан (которая в России, в отличие от многих развитых стран, пока остается вне сферы законодательного регулирования) Банк России жестко проводит линию, исключающую возможность квалификации любых правоотношений (в том числе связанных с оплатой банками товаров, приобретаемых гражданами у торговых организаций), при которых денежные средства предварительно не зачисляются банками на банковские счета или на счета депозитов граждан, в качестве кредитных договоров. В подтверждение сказанного можно привести одно из разъяснений Банка России, которое было дано в связи с запросом Ассоциации российских банков <*>. Согласно указанному разъяснению, устанавливая порядок предоставления денежных средств физическим лицам, Банк России руководствовался нормами гл. 42 "Заем и кредит" (в том числе ст. 819) ГК РФ, которые однозначно определяют состав субъектов в отношениях, возникающих при заключении кредитного договора - банк-кредитор и заемщик, а также предмет кредитного договора - предоставление банком-кредитором денежных средств (кредита) заемщику и

исполнение заемщиком обязательств по кредитному договору, в том числе по уплате процентов за пользование кредитом, т.е. ст. 819 не предусмотрены взаимоотношения ни банка-кредитора, ни заемщика - физического лица с третьими лицами (например, торговой организацией).

<*> См.: письмо Центрального банка Российской Федерации от 29 мая 2003 г. N 05-13-5/1941 "О порядке предоставления кредитными организациями денежных средств" // Справочные правовые системы.

В связи с изложенным, по мнению Банка России, взаимоотношения заемщика по кредитному договору с третьими лицами, не являющимися стороной по кредитному договору (в том числе с организациями торговли) при использовании полученного кредита на цели, определенные в кредитном договоре, не являются предметом кредитного договора. Даже в тех случаях, когда договорами, заключаемыми между банками и физическими лицами, предусматривается обязанность банка по оплате потребительских товаров, приобретаемых физическим лицом, Банк России не усматривает кредитных правоотношений: как сказано в его разъяснении, "взаимоотношения сторон при осуществлении указанной операции не могут рассматриваться как "кредитные" и соответственно регулироваться ст. 819 "Кредитный договор" ГК РФ".

По всей видимости, Банк России считает, что практика кредитования банками физических лиц при приобретении последними потребительских товаров должна быть ограничена использованием следующих схем: осуществление расчетов за приобретенный товар посредством банковских карт (с предварительным зачислением суммы полученного физическим лицом кредита на его банковский счет (счет вклада (депозита) на условии "до востребования")); осуществление оплаты приобретенного физическим лицом товара путем списания денежных средств со счета вклада (депозита) как на основании платежного поручения физического лица, так и в безакцептном порядке на основании платежного требования торговой организации (в зависимости от условий договора вклада), на который предварительно банком зачислен предоставленный физическому лицу кредит.

При ознакомлении с приведенным "разъяснением" Банка России у всякого юриста, который знает (или, во всяком случае, должен знать), что российское гражданское законодательство является кодифицированной системой права и по этой причине правовое регулирование кредитного договора не ограничивается правилами, содержащимися в ст. 819 или в гл. 42 ГК РФ (есть еще и общие положения о договорах и обязательствах и порядке их исполнения, включающие в себя нормы о возложении должником исполнения своего обязательства на третье лицо (ст. 313 ГК), о переадресовке исполнения (ст. 312 ГК), об уступке права требования (ст. ст. 388 - 390 ГК) и переводе долга (ст. ст. 391 - 392 ГК), наконец, о различных способах прекращения обязательств (гл. 26 ГК)), возникает вопрос: почему обязательство банка по выдаче кредита заемщику - физическому лицу не может быть исполнено кредитором путем оплаты приобретенных заемщиком у торговой организации потребительских товаров? Ведь в этом случае соблюдено главное требование, предъявляемое к предоставлению кредита: заемщику предоставляется возможность распорядиться соответствующими денежными средствами, и он ими фактически распоряжается.

На этот вопрос у Банка России имеется поразительный ответ. Как сказано в письме от 29 мая 2003 г., "в отношении вопроса применения норм глав 22 "Исполнение обязательства", 23 "Обеспечение исполнения обязательства", 24 "Перемена лиц в обязательстве" и 26 "Прекращение обязательства" Гражданского кодекса Российской Федерации к обязательствам банка-кредитора по

предоставлению денежных средств клиенту-заемщику, возникающим с момента подписания кредитного договора, следует отметить, что перечисленные нормы гражданского права, исходя из сути указанных обязательств и сложившейся практики делового оборота, не могут быть в полной мере применены к обязательствам банка по предоставлению кредита"(?!).

Вот так, буквально "одним росчерком пера", Банк России поставил под сомнение применение обязательственного права к одному из видов договорных обязательств - кредитному договору, а попутно оставил за собой право определять, какие нормы ГК РФ, регулирующие гражданско-правовые обязательства, и в какой мере могут применяться к обязательствам банков по предоставлению кредита. Естественно, такой подход совершенно неприемлем! Очевидна также необходимость принятия отдельного федерального закона о потребительском (розничном) кредитовании граждан, который должен содержать свод специальных правил, учитывающих особенности оформления и исполнения кредитных договоров, заключаемых банками с гражданами, в том числе порядок предоставления кредитов гражданам, включающий в себя различные формы и способы исполнения банками соответствующих обязательств.

3. Обязательство на стороне заемщика

В соответствии со ст. 819 ГК РФ обязанности заемщика по кредитному договору состоят в возврате полученной денежной суммы и уплате процентов, начисленных на сумму кредита. Каких-либо иных обязанностей, которые проистекали бы из особенностей кредитного договора как отдельного вида договора займа, специальные правила о кредитном договоре, содержащиеся в ГК (§ 2 гл. 42), не предусматривают. На данное обстоятельство обращалось внимание в юридической литературе. Например, по этому поводу Е.А. Суханов пишет: "Обязанности заемщика состоят в возврате полученного кредита и уплате предусмотренных договором или законом процентов за его использование. Порядок, сроки и другие условия исполнения этой обязанности типичны для любых заемных отношений и потому предусмотрены нормами об исполнении своих обязанностей заемщиком по договору займа" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 225.

Некоторые же авторы значительно расширяют круг обязанностей заемщика по кредитному договору, рассчитывая, вероятно, на все возможные варианты условий кредитных договоров. Так, по мнению Л.Г. Ефимовой, у заемщика в результате заключения кредитного договора могут возникнуть следующие обязанности: "...обязанность принять кредит, вернуть предоставленный кредит в установленный в договоре срок, уплатить обусловленные проценты, обеспечить наличие и сохранность обеспечения своих обязательств, не уклоняться от банковского контроля за обеспечением кредита и состоянием его финансово-хозяйственной деятельности, соблюдать целевой характер кредита". "Указанный перечень обязанностей заемщика, - отмечает Л.Г. Ефимова, - является примерным. В конкретных кредитных договорах он может быть увеличен или сокращен... Однако условия о возврате полученного кредита и об уплате процентов должны присутствовать в каждом кредитном договоре, без их согласования он не может считаться заключенным" <*>.

Очевидно, что из перечня обязанностей заемщика, приведенного Л.Г. Ефимовой, "обязанность обеспечить наличие и сохранность обеспечения своих обязательств" характерна лишь для тех кредитных договоров, которыми предусмотрено обеспечение исполнения обязательства заемщика по возврату кредита. Такие кредитные договоры подпадают под действие ст. 813 ГК РФ, согласно которой при невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, последний вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором.

Другая обязанность заемщика, выделенная Л.Г. Ефимовой, - "соблюдать целевой характер кредита" - присуща лишь тем кредитным договорам, которые содержат условие об использовании заемщиком полученных средств на определенные цели (целевой заем). Как предусмотрено ст. 814 ГК РФ, в этом случае заемщик обязан обеспечить возможность осуществления займодавцем контроля за целевым использованием суммы займа, а в случаях нарушения этой обязанности либо невыполнения условия договора о целевом использовании займа займодавец получает право потребовать от заемщика досрочный возврат суммы займа и уплату причитающихся процентов (если иное не предусмотрено договором).

Еще одна обязанность, которая, по мнению Л.Г. Ефимовой, возлагается на заемщика по кредитному договору, - "не уклоняться от банковского контроля за обеспечением кредита и состоянием его финансово-хозяйственной деятельности", - ни нормами ГК РФ о займе и кредите (гл. 42), ни иными законодательными актами не предусмотрена и скорее носит декларативный характер. По этому поводу можно только высказать сожаление, поскольку банковский контроль за финансовым состоянием заемщика со стороны банка, предоставившего ему кредит, представляется мерой весьма полезной, которая могла бы оказать плодотворное влияние на состояние имущественного оборота в целом, о чем свидетельствует, например, практика банков США, Англии и некоторых других стран, где правомочия банка по осуществлению банковского контроля за платежным состоянием и деятельностью заемщика (и соответствующие им обязанности последнего) составляют значительную часть условий кредитных договоров. Однако для российской банковской практики подобный подход к заключению кредитных договоров пока не характерен. Что касается такой обязанности заемщика, как обязанность принять выдаваемый банком кредит, то присутствие такой обязанности в содержании обязательства заемщика по кредитному договору признается многими нашими авторами. Правда, делается это всегда с определенными оговорками. Например, Л.Г. Ефимова пишет: "Предоставление кредита является для банка одним из видов предпринимательской деятельности. Поэтому он заключает кредитный договор в расчете на получение дохода в виде процентов. По указанной причине, а также учитывая, что кредитный договор сформулирован в ГК РФ как консенсуальный, следует предположить, что одной из обязанностей заемщика должна быть обязанность по принятию согласованной с банком суммы кредита по аналогии, например, с обязанностью покупателя принять купленную вещь" <*>. Однако далее Л.Г. Ефимова приходит к следующему выводу: "В тех случаях, когда у заемщика имеется право отказаться от согласованного кредита, у него, соответственно, отсутствует обязанность его принять. Во всех остальных случаях такая обязанность предполагается" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 536.

<***> Там же. С. 537.

На наш взгляд, в приведенных рассуждениях аналогия с обязанностью покупателя принять проданный ему товар является не вполне удачной. В отношении по договору купли-продажи действия покупателя по принятию товара от продавца (т.е. такие действия, которые в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями необходимы с его стороны для обеспечения передачи и получения товара) составляют неотъемлемую часть предмета этого договора, а соответствующая обязанность покупателя (вернее, указание на эту обязанность) содержится в определении понятия договора купли-продажи (п. 1 ст. 454 ГК). Более того, в случае нарушения этой обязанности покупателем продавец получает право потребовать от него принять проданный товар (п. 3 ст. 484 ГК).

В отношениях, вытекающих из кредитного договора, от заемщика не требуется совершения каких-либо специальных действий по принятию от банка-кредитора суммы кредита, поэтому указанные действия заемщика не входят в предмет кредитного договора. Кроме того, как уже отмечалось, заемщику предоставлено право отказаться от получения кредита полностью или частично, не объясняя кредитору причин такого отказа, а лишь уведомив его до предусмотренного договором срока его предоставления. В этом состоит суть общего правила, предусмотренного п. 2 ст. 821 ГК РФ, иное должно быть специально установлено законом, другими правовыми актами или кредитным договором. Однако и в данном случае (когда заемщик, скажем, по условиям кредитного договора лишен права отказаться от получения кредита) вряд ли можно признать за кредитором право потребовать от заемщика получить сумму кредита, выделенного ему по кредитному договору. В этом и проявляется неоднократно отмеченное ранее своеобразие обязательства банка по предоставлению кредита.

В юридической литературе в защиту позиции, связанной с признанием наличия у заемщика по кредитному договору обязанности принять кредит, приводятся также аргументы иного рода. Так, А.А. Вишневский пишет: "Наличие обязанности заемщика принять кредит служит таким же необходимым условием стабильности коммерческого оборота, как и обязанность банка предоставить кредит - как заемщик должен иметь уверенность в том, что согласованный кредит будет предоставлен, так и банк должен иметь аналогичную уверенность в том, что денежные средства будут использованы согласованным способом, и он не окажется перед необходимостью искать иное вложение данных средств в зависимости от произвола заемщика" <*>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право: Краткий курс лекций. С. 79.

Если же приведенные рассуждения перевести на цивилистический язык, то из них следует вывод о том, что в кредитном договоре основной обязанности банка по предоставлению кредита на стороне заемщика противостоит не право требования выдачи кредита, а такая же, как у кредитора, обязанность принять кредит. Однако, как известно, непременной чертой гражданско-правового обязательства, как относительно правоотношения, является то обстоятельство, что обязанности должника всегда противостоит право требования его контрагента (кредитора), но никак не обязанность последнего. Если мы будем следовать приведенным здесь рассуждениям, то получим

удивительную картину: результатом заключения кредитного договора вдруг окажется ситуация, когда заемщик будет требовать от кредитора предоставления кредита, а кредитор потребует от заемщика принять еще не выданный кредит.

Весьма интересными и поучительными представляются размышления Р.И. Каримуллина по вопросу об обязанности заемщика по кредитному договору получить кредит, основанные на сравнительном анализе законоположений российского и германского права. Он подчеркивает, что "российское право рассматривает обязанность по получению кредита в виде исключения, которое может быть предусмотрено в договоре или правовых актах и не предполагается в обычном кредитном договоре при умолчании о том сторон". Такой подход, по мнению Р.И. Каримуллина, объясняется тем, что по российскому законодательству "банк является универсальной кредитной организацией. Сфера осуществляемых им операций не ограничена кредитными договорами. Поэтому предполагается, что, сохраняя право распоряжения теми денежными средствами, от получения которых заемщик отказался, он имеет возможность вложить их с выгодой для себя в другие операции" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 54 - 55.

Несколько иной подход характерен для германского права, где, как свидетельствует Р.И. Каримуллин, "при отсутствии прямого указания в договоре обязанность заемщика получить кредит может быть признана также в случаях, когда кредитные ресурсы привлекаются кредитором через сделки с третьими лицами для надлежащего исполнения своего обязательства перед заемщиком, а также при инвестиционном кредитовании, когда кроме выплаты процентов заемщик принимает на себя дополнительную обязанность отчислять кредитору часть прибыли от финансируемых кредитом инвестиций. В содержательном отношении обязанность получить кредит предполагает как заявление заемщика о своей готовности принять кредит, так и выполнение им необходимых условий предоставления кредита (например, предоставление достаточного обеспечения). Риск невыполнения указанных условий и риск невозможности использования кредита несет заемщик" <*>.

<*> Там же. С. 63.

Как видим, германский опыт свидетельствует о том, что признание наличия у заемщика обязанности получить кредит, предусмотренный кредитным договором, необходимо в тех случаях, когда кредитор в целях выполнения своего обязательства по кредитному договору (предоставить сумму кредита заемщику), привлекая денежные средства третьих лиц, тем самым принимает на себя дополнительный риск ответственности перед ними, а также когда кредитный договор принимает черты смешанного договора, включающего в себя дополнительные инвестиционные обязательства сторон. В обоих случаях банк принимает на себя дополнительные обязательства, и соответственно дополнительной гарантией защиты его интересов служит обязанность заемщика принять кредит, предусмотренный договором. Указанный германский опыт может быть воспринят российскими законодательством и банковской практикой.

В результате мы приходим к выводу, что обязательство на стороне заемщика по всякому кредитному договору подразумевает наличие во всех случаях двух неременных обязанностей

заемщика: возвратить полученную сумму кредита и уплатить проценты за пользование денежными средствами (включающими вознаграждение кредитора) в порядке и в срок (сроки), предусмотренные кредитным договором.

По своей правовой природе обязательство заемщика, вытекающее из кредитного договора (как в части возврата суммы кредита, так и в части уплаты процентов за пользование кредитом), представляет собой денежное долговое обязательство со всеми присущими ему характерными признаками. Одна из основных особенностей денежного долгового обязательства состоит в том, что, как писал Л.А. Лунц, "денежное обязательство всегда остается возможным к исполнению", поскольку "объективная невозможность исполнения может наступить лишь... при уничтожении товарно-денежного хозяйства" <*>.

<*> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 105 - 106.

Исполнение заемщиком своих обязанностей перед кредитором по возврату суммы полученного кредита и уплате процентов за пользование чужими денежными средствами должно производиться в том порядке и в те сроки, которые предусмотрены кредитным договором. Если же в договоре отсутствуют условия о порядке и сроках исполнения заемщиком своих обязанностей, указанные условия соответствующего обязательства, вытекающего из кредитного договора, считаются определенными содержащимися в ГК РФ диспозитивными нормами, регулирующими порядок, срок и место исполнения заемщиком обязательств по договору денежного займа. Так, в случаях, когда кредитным договором не предусмотрен срок возврата кредита либо указанный срок определен моментом востребования, сумма кредита должна быть возвращена заемщиком в течение 30 дней со дня предъявления кредитором требования об этом. При наличии в кредитном договоре условия о сроке возврата заемщиком полученного кредита сумма кредита может быть возвращена заемщиком досрочно только с согласия кредитора (п. п. 1 и 2 ст. 810 ГК). Что касается порядка исполнения обязательства заемщика, то при отсутствии условия о таком подлжит применению правило о том, что сумма займа по договору денежного займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу (когда объектом займа являются наличные деньги) или зачисления соответствующих денежных средств на банковский счет займодавца (п. 3 ст. 810 ГК) <*>.

<*> Подробнее о порядке и сроке (сроках) исполнения заемщиком обязанностей по договору денежного займа см.: Витрянский В.В. Договор займа: общие положения и отдельные виды договора. М., 2004. С. 197 - 236.

Некоторая специфика порядка исполнения обязательств заемщика по кредитному договору по сравнению с договором займа (вытекающая из того обстоятельства, что в роли займодавца-кредитора выступает банк) предусмотрена уже упоминавшимся Положением о порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения) N 54-П. В частности, согласно п. 3.1 названного Положения погашение (возврат) размещенных банком денежных средств и уплата процентов по ним производятся в следующем порядке: 1) путем списания денежных средств с банковского счета заемщика-клиента банка по его платежному поручению; 2) путем списания денежных средств в порядке очередности, установленной законодательством, с

банковского счета заемщика, обслуживающегося в другом банке на основании платежного требования банка-кредитора при условии, что кредитным договором предусмотрена возможность списания денежных средств без распоряжения заемщика (заемщик должен письменно уведомить обслуживающий его банк, в котором открыт соответствующий банковский счет, о своем согласии на безакцептное списание средств по платежным требованиям банка-кредитора в порядке, установленном ст. 847 ГК); 3) путем списания денежных средств с банковского счета заемщика (юридического лица), обслуживающегося в банке-кредиторе, на основании платежного требования последнего, если договором банковского счета предусмотрена возможность такого списания денежных средств; 4) путем перечисления денежных средств со счетов заемщиков - физических лиц на основании их письменных распоряжений, перевода денежных средств заемщиков - физических лиц через органы связи или другие кредитные организации, взноса последними наличных денег в кассу банка-кредитора на основании приходного кассового ордера, а также удержания из сумм, причитающихся на оплату труда заемщикам, являющимся работниками банка-кредитора (по их заявлениям или на основании соответствующих договоров).

Как видим, все перечисленные в Положении N 54-П возможные способы исполнения заемщиками - юридическими лицами обязанностей по возврату полученных кредитов и уплате процентов за пользование денежными средствами объединяет то обстоятельство, что, по мнению Банка России, такое исполнение должно производиться только через банковские счета заемщиков: путем перечисления соответствующих денежных средств с банковских счетов по платежным поручениям заемщиков или безакцептного списания с тех же банковских счетов на основании платежных требований банков-кредиторов.

Здесь мы сталкиваемся с той же проблемой, что и при рассмотрении вопроса о порядке исполнения банком своего обязательства по предоставлению кредита (по Положению N 54-П предоставление денежных средств по кредитному договору также должно осуществляться путем их зачисления на банковский счет заемщика - юридического лица), суть которой сводится к вопросу о допустимости (или, напротив, запрете) исполнения заемщиком - юридическим лицом своих обязанностей по возврату полученной суммы кредита и уплате процентов в порядке, не предусматривающем перечисление (списание) денежных средств с банковского счета заемщика.

По этому поводу, например, Л.Г. Ефимова пишет, что возврат кредита, "который осуществлялся любыми действиями, кроме перечислений с расчетного и иного счета заемщика, получил на практике название "погашение кредита, минуя расчетный счет". Он появился достаточно давно и иногда мог использоваться для обхода законодательства об очередности платежей и о налогообложении в тех случаях, когда заемщик являлся недоимщиком и его расчетный счет был обременен большой картотеккой неплатежей в бюджет и внебюджетные фонды" <*>. Л.Г. Ефимова называет целый ряд таких способов "погашения кредита, минуя расчетный счет", которые активно применяются в банковской практике: возложение заемщиком в порядке ст. 313 ГК РФ исполнения обязательства перед банком по погашению кредита на своего должника (дебитора) по иному обязательству (в этом случае дебитор заемщика направляет причитающуюся ему сумму на корреспондентский счет банка-кредитора, погашая тем самым задолженность заемщика перед этим банком); достижение между банком-кредитором и заемщиком, являющимся одновременно владельцем банковского депозита в этом банке, соглашения о зачете встречных взаимных требований по кредитному договору и депозиту; уступка заемщиком банку-кредитору права требования получения средств по депозитному счету заемщика, открытому в другом банке; заключение соглашения об отступном, по которому в счет погашения задолженности по кредитному договору банку-кредитору передавалось иное имущество заемщика; оформление банком-кредитором с дебитором заемщика договора

поручительства в обеспечение исполнения заемщиком обязательства перед банком по возврату кредита (в этом случае дебитор заемщика-поручителя, погасив обязательство заемщика перед банком, получает требование к заемщику, вытекающее из кредитного договора, и может объявить его к зачету по отношению к тому требованию, которым располагает заемщик, будучи кредитором дебитора-поручителя) <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 539.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 539 - 540.

Между тем ознакомление с предложенным Л.Г. Ефимовой перечнем используемых в банковской практике способов (схем) "погашения кредита, минуя расчетный счет" показывает, что собственно погашением кредита (т.е. исполнением обязательства заемщика) из всего перечня можно признать лишь один (первый) способ, а именно возложение заемщиком исполнения своего обязательства, вытекающего из кредитного договора, на дебитора (лучше сказать, на третье лицо, поскольку то обстоятельство, что указанное третье лицо является дебитором заемщика, для отношений между банком-кредитором и заемщиком по кредитному договору не имеет правового значения).

С точки зрения гражданского права исполнение обязательства третьим лицом, на которое должник возложил исполнение своего обязательства, представляет собой один из способов надлежащего исполнения обязательств. Более того, в силу императивной нормы, содержащейся в п. 1 ст. 313 ГК РФ, в этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом. Применительно к кредитному договору это означает, что денежные средства, поступившие на корреспондентский счет банка-кредитора от третьего лица (в том числе дебитора заемщика), которое перечислило указанные денежные средства банку в силу того, что заемщик возложил на него исполнение своего обязательства по кредитному договору, банк обязан зачесть в счет погашения задолженности заемщика по кредитному договору. В противном случае (т.е. если банк откажется принять исполнение, предложенное третьим лицом) будет иметь место просрочка кредитора, которая дает должнику-заемщику право требовать от банка-кредитора возмещения убытков, причиненных такой просрочкой, и освобождает его от уплаты процентов за весь период просрочки кредитора (ст. 406 ГК).

К большому сожалению, в деятельности Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации был недолгий период (сейчас это в прошлом, и мы упоминаем об этом с единственной целью избежать в будущем прежних ошибок), когда в судебно-арбитражной практике формировалось негативное отношение к описанному способу погашения обязательств заемщика по кредитному договору: действия заемщиков - юридических лиц по возложению на дебиторов исполнения своих обязательств перед банками, а также действия последних по принятию в счет погашения обязательств заемщиков денежных средств, поступивших от третьих лиц, расценивались как искусственное создание ситуации отсутствия денежных средств на расчетных счетах организаций-заемщиков при наличии неисполненных платежных поручений о перечислении налогов в бюджет с целью обойти законодательство о налогообложении и очередности платежей. Такая квалификация правоотношения влекла за собой привлечение банков к налоговой ответственности за неисполнение платежных поручений налогоплательщиков о перечислении налогов в бюджет. Подобная судебно-арбитражная практика крайне негативно сказалась на финансовом положении банков и на какой-то период

времени привела к заметному обеднению арсенала правовых средств, используемых участниками имущественного оборота (а значит, и самого имущественного оборота). Еще раз повторим, что указанная судебнo-арбитражная практика осталась в прошлом, но она оставила заметный след (прямо скажем, негативного свойства для репутации арбитражных судов) в юридической литературе <*>. Что касается иных способов "погашения кредита, минуя расчетный счет", приведенных Л.Г. Ефимовой, то они не относятся к порядку исполнения заемщиком вытекающего из кредитного договора обязательства по возврату кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами, а скорее представляют собой использование сторонами различных оснований прекращения обязательств, предусмотренных гражданским законодательством. Например, заемщик, располагающий правом требования к банку выдачи денежных средств по договору банковского вклада (депозита), бесспорно (в силу однородности двух встречных денежных долговых требований с наступившим сроком исполнения) вправе вместо возврата кредита прекратить обязательство, вытекающее из кредитного договора, своим односторонним заявлением о зачете встречного требования (ст. 410 ГК).

<*> См., например: Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 541 - 544.

Точно так же обязательство заемщика, возникшее из кредитного договора (как и всякое иное гражданско-правовое обязательство), может быть прекращено путем передачи заемщиком кредитору имущества в качестве отступного, размер, сроки и порядок предоставления которого предусмотрены соглашением сторон (ст. 409 ГК). Кстати сказать, уступка заемщиком банку-кредитору права требования выдачи депозита, находящегося в другом банке, не может рассматриваться в качестве отдельного способа "погашения кредита, минуя расчетный счет" по той причине, что также представляет собой отступное, предметом которого является такой вид имущества, как обязательственное право требования.

Нельзя рассматривать в качестве одного из способов "погашения кредита, минуя расчетный счет" и ситуацию, когда банк-кредитор заключает договор поручительства с дебитором заемщика (он вправе заключать такой договор с любым третьим лицом). В этом случае, получая удовлетворение своих требований с поручителя и засчитывая полученные суммы в счет погашения обязательства заемщика, банк-кредитор тем самым реализует акцессорное обязательство, направленное на обеспечение исполнения обязательства заемщика, и, добавим к этому, действует в строгом соответствии с нормами, содержащимися в ст. 363 ГК РФ.

Как видим, рассмотренные способы прекращения обязательства заемщика, вытекающего из кредитного договора, не имеют никакого отношения к порядку исполнения заемщиком обязанностей по возврату кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами и по этой причине вообще не входят в сферу отношений, на которые может распространяться действие Положения Банка России N 54-П. Что же касается тех отношений, которые входят в сферу действия названного Положения, то обращает на себя внимание попытка Банка России урегулировать порядок возврата денежных средств, выданных заемщиком на основании кредитных договоров, в которых срок возврата кредита не установлен либо определен моментом востребования. В соответствии с п. 3.1 Положения N 54-П в случаях, когда договором на предоставление (размещение) денежных средств не установлен срок возврата заемщиком суммы основного долга либо указанный срок определен моментом востребования, возврат суммы основного долга должен быть произведен заемщиком в

течение 30 календарных дней со дня предъявления банком-кредитором официального требования об этом, если иной срок не предусмотрен кредитным договором. Порядок и форма официального востребования банком-кредитором возврата заемщиком суммы предоставленных денежных средств определяются в соответствующем договоре на предоставление денежных средств на условии "до востребования". В частности, в этих целях может быть использовано сообщение банка-кредитора, передаваемое заемщику средствами курьерской службы, по почте или специальными каналами связи, а также иными способами, оговоренными сторонами соглашения и устраняющими возможность возникновения коллизий относительно даты востребования исполнения заемщиком своих обязательств по возврату суммы основного долга по соответствующему договору.

Несомненный интерес представляют также содержащиеся в Положении N 54-П правила, направленные на регламентацию порядка оформления и учета банком-кредитором действий заемщика по исполнению обязательств либо нарушений кредитного договора. Согласно п. п. 3.2 и 3.3 данного Положения в установленной договором день, являющийся датой уплаты процентов или погашения основного долга, работник бухгалтерии банка, ответственный за ведение счета заемщика, на основании соответствующего распоряжения, подписанного уполномоченным должностным лицом банка, производит оформление бухгалтерскими проводками факта уплаты процентов по размещенным средствам или погашения основного долга по кредитному договору, а в случае неисполнения заемщиком своих обязательств по договору - переносит задолженность по начисленным, но неуплаченным (просроченным) процентам или основному долгу на соответствующие счета по учету просроченной задолженности. Задолженность по предоставленным кредитам, признанная в установленном Банком России порядке нереальной для взыскания или безнадежной, списывается с баланса банка-кредитора на счет созданного резерва на возможные потери по ссудам, а при недостатке резерва относится на убытки отчетного года. Вместе с тем списание непогашенной задолженности по предоставленным денежным средствам, включая неуплаченные заемщиками проценты, с баланса банка-кредитора не является аннулированием указанной задолженности, которая отражается на балансе в течение не менее пяти лет с момента ее списания в целях наблюдения за обстоятельствами, связанными с возможностью ее взыскания.

4. Правовой режим прав требований сторон по кредитному договору

В отечественной цивилистической доктрине, когда говорят о гражданско-правовом обязательстве и его содержании, обычно имеют в виду обязанности должника по совершению определенных действий (так до этого момента поступали и мы, рассуждая о содержании обязательства, возникающего из кредитного договора). Что же касается другого неперемennого элемента обязательства - права требования контрагента обязанной стороны, то, раскрывая содержание обязательства через обязанности должника, обычно добавляют, что на стороне кредитора имеются корреспондирующие этим обязанностям права требования. Как правило, этого бывает достаточно для понимания содержания обязательства. Но только не обязательства, вытекающего из кредитного договора!

Нам уже приходилось отмечать, что при чисто внешнем сходстве обязательства по предоставлению кредита и обязательства по его возврату с уплатой процентов за пользование денежными средствами (и то и другое, с технической стороны, состоит в передаче определенной денежной суммы) указанные обязательства разнятся по своей правовой природе: первое из них (обязательство на стороне кредитора) представляет собой обязательство по передаче имущества,

имеющее своим объектом денежные средства (наличные деньги и безналичные денежные средства) и преследующее цель эффективного использования указанных денежных средств в имущественном обороте, что предполагает получение соответствующего прироста денежной суммы; второе (обязательство на стороне заемщика) относится к обычным денежным обязательствам, исполнение которых состоит в уплате денежного долга, включая в качестве его составной части и прирост, который дает использование денежных средств в имущественном обороте.

Столь принципиальное и существенное различие правовой природы названных обязательств предполагает и серьезные отличия в содержании указанных обязательств, причем в обоих своих элементах: как в обязанностях должников, так и в правах требования, которыми наделяются управомоченные стороны в соответствующих обязательствах (заемщик - в обязательстве по выдаче кредита и кредитор - в обязательстве по возврату полученной суммы кредита и уплате процентов за пользование чужими денежными средствами). Данное обстоятельство в свою очередь свидетельствует о том, что праву заемщика требовать выдачи кредита и праву кредитора требовать возврата полученной заемщиком суммы кредита с уплатой процентов за пользование денежными средствами должны быть присущи различные правовые режимы.

Разговор о правовом режиме прав требований сторон по кредитному договору целесообразно начать с принадлежащего заемщику права требования выдачи кредита, которое отличается особым своеобразием (впрочем, как и само обязательство предоставить кредит).

Первая особенность правового режима указанного права требования, по-видимому, состоит в том, что субъект названного права (заемщик) не вправе настаивать на принудительной реализации принадлежащего ему права, т.е. на взыскании с банка-кредитора предусмотренной кредитным договором суммы кредита в судебном порядке. Отмеченная особенность правового режима требования заемщика объясняется специфической правовой природой обязательства по выдаче кредита, предмет которого состоит в совершении банком-кредитором действий по передаче заемщику денежных средств (с условием их возврата), представляющих собой абсолютно заменимые вещи, определенные родовыми признаками (наличные деньги), или права требования к соответствующему банку (безналичные денежные средства). Права требования кредитора в подобных обязательствах распространяются лишь на действия обязанной стороны, но не на личность должника, которого невозможно заставить совершить действия, составляющие предмет таких обязательств. Как известно, российское законодательство знает лишь одно исключение, когда обязательство по передаче имущества может быть исполнено в принудительном порядке: согласно ст. 398 ГК РФ в случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях. Однако под это исключение обязательство по передаче денежных средств, естественно, не подпадает.

Невозможность для заемщика потребовать от кредитора по суду предоставления ему предусмотренной кредитным договором суммы кредита не означает, однако, что он (заемщик) лишается судебной защиты принадлежащего ему и нарушенного кредитором субъективного гражданского права. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения кредитором обязательства по предоставлению кредита заемщик вправе потребовать от него возмещения убытков, причиненных нарушением договора (ст. 394, см. также ст. 15 ГК). Кроме того, заемщик не лишен возможности обеспечить при заключении кредитного договора свое право требования выдачи кредита (имея в виду рассматриваемую особенность его правового режима) договорной неустойкой.

По той же причине, а именно в силу своеобразия правовой природы обязательства по предоставлению кредита, не являющегося денежным долговым обязательством, заемщик не вправе требовать от кредитора, просрочившего выдачу кредита, уплаты процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренных ст. 395 ГК РФ.

Согласно разъяснению высших судебных инстанций, содержащемуся в п. 1 Постановления Пленума ВС и ВАС РФ N 13/14 <*>, ст. 395 ГК РФ предусматривает последствия неисполнения или просрочки исполнения денежного обязательства, в силу которых на должника возлагается обязанность уплатить деньги. Указанная статья не подлежит применению к отношениям сторон, если они не связаны с использованием денег в качестве средства платежа или средства погашения денежного долга. Правда, в современной отечественной юридической литературе можно встретить и иную точку зрения, основанную на отказе в признании своеобразия обязательства по предоставлению кредита (по сравнению с иными денежными обязательствами) и каких-либо особенностей правового режима права требования заемщика о выдаче кредита. В качестве примера можно привести рассуждения Р.И. Каримуллина о том, что по российскому праву "в случае неисполнения кредитором своей обязанности по предоставлению кредита он отвечает перед заемщиком по правилам, схожим с теми, по которым сам заемщик несет ответственность при непогашении кредита - ведь и в этом случае речь идет о денежном обязательстве". Отсюда, по мнению данного автора, должен следовать вывод о том, что если в кредитном договоре стороны не предусмотрели "каких-либо санкций против неисправного кредитора, просрочка банка влечет за собой его ответственность за неисполнение денежного обязательства, непосредственно основанную на ст. 395 ГК" <***>. Поскольку названный автор считает, что выдача кредита банком "как в наличной, так и в безналичной форме в одинаковой степени погашает долг кредитора", для него уже не кажется нелогичным следующий вывод: "...требование о предоставлении кредита может быть заявлено заемщиком в пределах общих сроков исковой давности" <****>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1998. N 11. С. 7 - 14.

<***> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 49.

<****> Там же. С. 50 - 51.

Представляется излишним повторять (теперь уже в качестве контрдоводов) те аргументы, которые нами были высказаны в поддержку другой позиции, учитывающей своеобразие вытекающего из кредитного договора обязательства банка по предоставлению кредита. Отметим только, как далеко могут завести рассуждения (на наш взгляд, ошибочные) в случае, если они основаны на неверной оценке правовой природы анализируемых правоотношений. Ведь, если заемщик по кредитному договору обратится в суд (арбитражный суд) с иском о взыскании с кредитора задолженности (суммы кредита) с начислением на нее процентов годовых за просрочку исполнения денежного обязательства, предусмотренных ст. 395 ГК РФ, суд откажет ему в удовлетворении денежных требований (в том числе, если они будут предъявлены "в пределах общих сроков исковой давности") именно потому, что на стороне кредитора по кредитному договору отсутствует денежное долговое обязательство, а, стало быть, исковые требования не основаны на законе.

Другой особенностью права заемщика требовать от банка-кредитора выдачи суммы кредита,

предусмотренной кредитным договором, видимо, следует считать определенное ограничение на участие такого права требования в имущественном обороте. Вряд ли, например, можно себе представить, что указанное право требования может быть включено заемщиком в оплату своей доли в уставном капитале хозяйственного общества или товарищества (как, скажем, право аренды) или кем-то из кредиторов принимается в залог в обеспечение иных обязательств заемщика. Наиболее острым вопросом, касающимся этой стороны правового режима, является вопрос о возможности уступки права требования выдачи кредита. На этот счет в юридической литературе имеются две противоположные точки зрения.

Первая из них состоит в том, что при заключении кредитного договора между кредитором и заемщиком складываются особые лично-доверительные отношения, которые являются препятствием для уступки заемщиком своего права требования предоставления кредита <*>.

<*> См.: Трофимов М.В. Банковская ссуда и способы обеспечения ее возврата. М., 1996. С. 17 - 18.

Согласно второй точке зрения право требования выдачи кредита по кредитному договору может уступаться заемщиком иным лицам без каких-либо особенностей. Так, Р.И. Каримуллин пишет: "Заемщик может уступить свое требование о предоставлении кредита третьему лицу... Передавая свое требование к банку, заемщик остается его должником в части погашения кредита и уплаты процентов... Банк может защитить свои интересы, воспользовавшись способом, предоставленным в его распоряжение п. 2 ст. 382 ГК. В договоре он может прямо оговорить недопустимость такой цессии по меньшей мере без его предварительного согласия. При отсутствии такого условия заемщик не должен испрашивать у банка согласия на уступку" <*>. Такая позиция обосновывается ее автором только тем обстоятельством, что российское право не исключает возможности уступки заемщиком своего права требования о предоставлении кредита третьему лицу <***>. При этом скорее всего имеется в виду, что законодательство о кредитном договоре не содержит норм, которые бы прямо и непосредственно вводили запрет на уступку права требования выдачи кредита.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 47 - 48.

<***> См.: Там же. С. 47.

Видимо, необходимость исключения подобного формального подхода (нет прямого запрета, следовательно, уступка права возможна) заставила Л.А. Новоселову сформулировать следующий вывод: "Признавая ошибочность взгляда, в качестве общего правила исключаящего возможность уступки отдельного права требования, входящего в состав сложного двустороннего обязательства, было бы ошибкой полностью впасть в иную крайность - вовсе игнорировать структуру и характер связывающего стороны обязательства. В целом ряде случаев перемена лица на стороне кредитора может привести к существенному изменению характера обязательства, в связи с чем возможность свободной передачи права по сделке уступки будет исключена" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг.

Общие правила о том, при каких условиях возможна уступка права требования, как известно, содержатся в ст. 388 ГК РФ, которая включает в себя две нормы. Согласно первой из них уступка требования кредитором другому лицу допускается, если она не противоречит закону, иным правовым актам или договору (п. 1 ст. 388 ГК). В соответствии же с другой нормой (п. 2 ст. 388 ГК) не допускается без согласия должника уступка требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника.

При отсутствии в законе прямого запрета на уступку вытекающего из кредитного договора права заемщика требовать предоставления кредита, нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что в кредитном договоре личность заемщика имеет для банка-кредитора, конечно же, существенное значение. Ведь целью участия банка в кредитных правоотношениях является использование имеющихся у него денежных средств (привлеченных на счета и во вклады) в имущественном обороте для получения прибыли в виде прироста соответствующих денежных сумм. Поэтому кредит выдается всегда с условием его возврата с указанным приростом и уплаты банку вознаграждения. В этих условиях при заключении кредитного договора личность заемщика (его финансовое положение, надежность в качестве партнера, деловая репутация, наконец) имеет едва ли не решающее значение. Любые негативные изменения финансового состояния заемщика (даже без перемены лиц в обязательстве) могут квалифицироваться как обстоятельства, свидетельствующие о том, что сумма кредита не будет возвращена в срок, и послужить основанием к отказу со стороны банка в предоставлении кредита данному заемщику (п. 1 ст. 821 ГК). Кроме того, наделение заемщика правом уступать свое право требования выдачи кредита делает бессмысленным предварительный контроль банка за надежностью выдаваемых кредитов (изучение "кредитной истории" заемщика, определение его финансового состояния и т.п.) и, напротив, возможным применение различных схем, открывающих доступ разного рода недобросовестным заемщикам к банковским кредитам.

На наш взгляд, определенным препятствием для допущения возможности неограниченного участия в имущественном обороте права требования выдачи кредита является и характер (существо) самого обязательства банка по предоставлению кредита. Как отмечалось ранее, одна из особенностей этого обязательства состоит в невозможности его принудительного исполнения, стало быть, право требования выдачи кредита, которое претендует на роль объекта цессии, на самом деле не обеспечено судебной защитой, т.е. является неохраноспособным. А поскольку объектом гражданско-правовых сделок (включая уступку права требования) могут быть лишь охраноспособные имущественные права, имеющие денежную оценку, впору ставить вопрос в целом о невозможности использования права требования выдачи кредита в качестве объекта гражданского оборота. Конечно же, этот вопрос должен быть предметом самостоятельного исследования, что не входит в задачу настоящей работы, но вывод о невозможности уступки права требования выдачи кредита представляется очевидным.

Предлагаемые в юридической литературе (например, Р.И. Каримуллиным) варианты толкования отношений, связанных с уступкой права требования выдачи кредита, когда переход указанного права к новому заемщику (цессионарию) не влияет на правовое положение заемщика (цедента), заключившего кредитный договор с банком, который остается заемщиком в этом договоре и несет обязанности перед банком по возврату полученного новым заемщиком кредита и уплате процентов за пользование чужими денежными средствами, представляются неприемлемыми. Такой подход ведет к утрате принципов кредитования (срочности, возвратности, возмездности) и скорее напоминает искусственную схему, имеющую своей целью заменить нормальные гражданско-правовые институты

- переадресовки исполнения, заключения договора в пользу третьего лица, - и может привести к серьезным злоупотреблениям, когда под требование банка о возврате кредита и уплате процентов будет "подсовываться" заемщик, ничего не получивший по кредитному договору, а истинное лицо, обогатившееся за счет банка (новый заемщик), будет освобождаться не только от каких-либо обязанностей перед банком, но и от ответственности.

Таким образом, имеются все основания выделить такую особенность правового режима права заемщика требовать предоставления кредита, как невозможность его уступки иному лицу.

И наконец, мы можем говорить еще об одной особенности правового режима права требования выдачи кредита, а именно о невозможности его использования заемщиком в целях прекращения своего иного денежного обязательства (например, перед тем же банком по возврату ранее выданного кредита) путем зачета встречного однородного требования. Данная особенность правового режима права заемщика требовать предоставления кредита в юридической литературе не оспаривается, но мотивы, приводимые в ее обоснование, представляются не вполне убедительными и юридически точными.

В качестве иллюстрации к сказанному можно привести рассуждения Р.И. Каримуллина, полагающего, что "исполнению обязанности по предоставлению кредита путем зачета препятствует цель, основное хозяйственное предназначение кредитного договора - предоставление капитала для потребления заемщиком. Такая цель не может быть достигнута, если за счет предоставляемого кредита погашается другой его долг тому же кредитору". "К тому же, - пишет Р.И. Каримуллин, - заключение нового кредитного договора не прекращает ответственности заемщика по ранее заключенному договору. Повышенные проценты продолжают начисляться вплоть до фактического исполнения первоначального обязательства. Поэтому в действительности у кредитора нет необходимости в погашении долга путем совершения указанного обходного маневра" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 32.

Как известно, обязательство может быть прекращено полностью или частично зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил либо срок которого не указан или определен моментом востребования (ст. 410 ГК). В силу неоднократно отмечаемого нами своеобразия обязательства банка по предоставлению кредита (денежные средства по такому обязательству передаются заемщику как имущество, а не в качестве средства платежа или погашения денежного долга) право требования заемщика о выдаче кредита не может быть признано встречным, а главное - однородным по отношению к любому денежному долговому требованию (в том числе, естественно, и к требованию банка о возврате ранее выданного кредита). Именно по этой причине требование заемщика о предоставлении кредита не может быть использовано для прекращения иного (денежного) обязательства заемщика путем зачета встречного однородного требования. Что касается требования банка-кредитора о возврате суммы полученного заемщиком кредита, то оно представляет собой требование об уплате денежного долга и не обладает каким-либо своеобразием по сравнению с аналогичными требованиями кредиторов, вытекающими из иных денежных долговых обязательств.

При неисполнении заемщиком своего обязательства по возврату полученной суммы кредита и по уплате процентов за пользование денежными средствами образовавшаяся вследствие этого задолженность как по основной сумме, так и по процентам может быть взыскана кредитором в

судебном порядке.

Указанное право требования кредитора является практически абсолютно оборотоспособным. На эту сторону правового режима права требования по долговому денежному обязательству, в частности, обращает внимание Л.А. Новоселова, которая пишет: "Право требования по денежному обязательству, связанному с оплатой произведенного исполнения, как правило, существует достаточно автономно; поэтому его выделение из состава сложного взаимного договора не вызывает существенных проблем и не влияет на существо и характер других правоотношений в рамках сложного обязательства" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. С. 29.

Не вызывает сомнений в том числе и возможность уступки банком права требования о возврате полученной заемщиком суммы кредита с начислением на нее процентов за пользование денежными средствами некредитным организациям. Имевшаяся ранее тенденция в судебно-арбитражной практике признания сделок по уступке банками права требования возврата кредита и уплаты процентов организациям, не являющимся банками или кредитными организациями, была следствием необоснованного применения элементов публично-правового регулирования в сфере частноправовых отношений и, как уже отмечалось, в настоящее время преодолена. Если при рассмотрении соответствующих споров арбитражные суды и признают такие сделки недействительными, то по совершенно иным основаниям, никак не связанным с тем обстоятельством, что цессионарий не является кредитной организацией (этот вопрос даже не рассматривается). Требование банка о возврате суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами, вытекающее из кредитного договора, являясь однородным по отношению к любому иному требованию взыскания денежного долга, может быть использовано банком-кредитором или иным лицом, обладающим таким требованием (например, полученным по сделке цессии), для прекращения собственного денежного обязательства перед заемщиком путем зачета встречного однородного требования.

5. Ответственность за нарушение кредитного договора

Содержащиеся в ГК РФ (гл. 42) правила о кредитном договоре с учетом норм о договоре займа, применяемых к кредитному договору в субсидиарном порядке, содержат только одно специальное положение, касающееся ответственности заемщика по договору займа (кредитному договору). Речь идет о п. 1 ст. 811 Кодекса, согласно которому, если иное не предусмотрено законом или договором, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 ГК (т.е. процентов, взимаемых в качестве платы за пользование чужими денежными средствами).

Это положение мы рассмотрим чуть позже, а сейчас необходимо подчеркнуть, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязательств стороны кредитного договора (как заемщик, так и кредитор) могут быть привлечены к ответственности на основании общих положений

о гражданско-правовой ответственности за нарушение договорных обязательств. Имеются в виду прежде всего нормы о возложении на должника, не исполнившего или ненадлежаще исполнившего свое обязательство, обязанности возместить кредитору причиненные ему убытки (п. 1 ст. 393 ГК), а в случаях, предусмотренных законом или договором, - уплатить неустойку (ст. ст. 330, 394 ГК).

Указанные законоположения применяются при наличии общих оснований и условий ответственности, которые не нуждаются в специальном комментарии применительно к вопросу об ответственности за нарушение кредитного договора. Заметим только, что и при анализе этой части проблемы ответственности сторон кредитного договора в юридической литературе иногда допускаются определенные неточности. Например, у Д.А. Медведева читаем: "Наряду с уплатой неустойки (процентов) виновная сторона должна полностью возместить другой стороне убытки, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением договора, если такая форма ответственности не исключена последним" <*>. Н.Н. Захарова, также освещая вопрос об ответственности сторон за нарушение кредитного договора, пишет: "Основанием ответственности является вина (умысел или неосторожность) стороны, которая не исполнила условий договора или исполнила их ненадлежащим образом (п. 1 ст. 401), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности... Договором может быть установлено правило, предусматривающее освобождение от ответственности при наличии обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор). Это же правило может быть предусмотрено и в законе. Если договором или законом не установлено это правило, то ответственность наступает и при наличии этих обстоятельств" <***>.

<*> Медведев Д.А. Указ. соч. С. 505.

<***> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 65.

В приведенных рассуждениях не учитывается, что для банка исполнение вытекающего из кредитного договора обязательства по выдаче кредита во всех случаях связано с осуществлением им предпринимательской деятельности, поэтому ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение такого обязательства никак не может строиться на началах вины (п. 3 ст. 401 ГК). Что же касается заемщика, то его ответственность за нарушение обязательства перед банком по возврату полученной суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами наступает при наличии вины лишь в том случае, если исполнение этого обязательства не было связано с осуществлением заемщиком предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 401 ГК). Однако, как известно, вопрос о наличии или отсутствии вины должника в неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства может рассматриваться (а должник при отсутствии его вины - освобождаться от ответственности) лишь в том случае, если в результате соответствующих действий (бездействия) должника наступила невозможность исполнения обязательства. Нами неоднократно подчеркивалось ранее: одна из основных особенностей денежного долгового обязательства (каковым является обязательство заемщика по кредитному договору) как раз и состоит в том, что оно всегда возможно к исполнению, поскольку денежные средства (даже при их отсутствии у должника в момент исполнения обязательства) всегда имеются в имущественном обороте. В том же случае, когда должник не исполняет обязательство, несмотря на то что имеет возможность его исполнить, его вина очевидна. В этом смысле с точки зрения гражданского права не имеет значения, имел ли должник намерение причинить кредитору убытки либо просто не проявил необходимую степень заботливости

и осмотрительности, диктуемую условиями имущественного оборота, и в результате не принял меры, необходимые для исполнения своего обязательства <*>.

<*> Подробнее об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 591 - 614.

Применительно к обязательству заемщика по возврату суммы полученного кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами не могут быть восприняты и рассуждения Н.Н. Захаровой о форс-мажорных обстоятельствах как основании освобождения от ответственности за нарушение указанного обязательства. Согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ форс-мажорные обстоятельства могут служить основанием освобождения должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства лишь в том случае, если будет доказано, что вследствие непреодолимой силы надлежащее исполнение оказалось невозможным. А как мы отмечали ранее, по денежному долговому обязательству у должника (даже при отсутствии денег в момент его исполнения) всегда наличествует возможность надлежащего исполнения обязательства. Видимо, именно это обстоятельство имел в виду законодатель, исключив из круга форс-мажорных обстоятельств ситуацию, когда у должника по денежному обязательству отсутствуют необходимые денежные средства (п. 3 ст. 401 ГК).

Говоря об ответственности банка-кредитора перед заемщиком за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства по предоставлению кредита, некоторые авторы настаивают не только на обязанности банка возместить заемщику причиненные убытки, но и на применении в этом случае ответственности в виде процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренной ст. 395 ГК РФ. Например, Н.И. Соловяненко пишет: "К имущественной ответственности за неисполнение своих обязанностей может быть привлечен и кредитор. В частности, за немотивированный отказ от предоставления кредита, предоставление его в меньшей сумме или с нарушением сроков. Заемщик вправе в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК начислять на сумму долга проценты за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, а также требовать возмещения убытков в сумме, не покрытой процентами (п. 2 ст. 395 ГК)" <*>.

<*> Соловяненко Н.И. Указ. соч. С. 512; см. также: Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 49; Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 552.

Как отмечалось ранее, такой подход противоречит правовой природе обязательства по предоставлению кредита (не являющегося долговым денежным обязательством) и не поддерживается судебной-арбитражной практикой (п. 1 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14). Поэтому основной формой ответственности, которая может быть возложена на кредитора за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по предоставлению кредита (естественно, только в том случае, если это не явилось следствием правомерного отказа банка от предоставления кредита по основаниям, предусмотренным п. 1 ст. 821 ГК), следует признать возмещение убытков, причиненных заемщику.

Кроме того, кредитным договором может быть предусмотрена ответственность банка за непредоставление или несвоевременное предоставление кредита заемщику в форме неустойки, что избавляет последнего от необходимости доказывать как факт наличия убытков и их размер, так и

причинную связь между нарушением договора со стороны банка и указанными убытками. Вместе с тем, как и в случае с убытками, при правомерном отказе банка от выдачи кредита заемщик лишается возможности привлечь кредитора и к ответственности в форме неустойки: как известно, кредитор не вправе требовать неустойки, если должник не несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (п. 2 ст. 330 ГК). Что касается ответственности заемщика за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по возврату полученной суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами, то помимо традиционных форм гражданско-правовой ответственности - возмещения убытков и уплаты неустойки - он может быть привлечен и к такой форме ответственности, характерной для долговых денежных обязательств, как взыскание процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК). О возможности применения к заемщику такой ответственности прямо говорится в п. 1 ст. 811 ГК РФ, согласно которому, если иное не предусмотрено законом или договором займа, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном п. 1 ст. 395 ГК, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 809 Кодекса.

Размер указанных процентов, взимаемых за неправомерное пользование чужими денежными средствами, определяется существующей в месте жительства кредитора, а если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения. Важно отметить, что названные правила, определяющие размер процентов за пользование чужими денежными средствами, носят диспозитивный характер: договором может быть предусмотрен иной размер процентов или порядок его определения (п. 1 ст. 395 ГК).

Для кредитных договоров весьма характерно установление сторонами помимо процентной ставки за пользование кредитом (в качестве платы за пользование соответствующей денежной суммой) и так называемых повышенных процентов, которые заемщик обязан выплачивать кредитору в случае невозврата кредита в предусмотренный кредитным договором срок.

В юридической литературе можно встретить различные позиции относительно правовой природы повышенных процентов по кредитному договору. Так, Н.Н. Захарова пишет: "При просрочке возврата кредита в договоре определяется, что размер уплачиваемых процентов увеличивается либо устанавливается условие о начислении на сумму кредита текущих санкций в виде пени. Проценты, уплачиваемые заемщиком за пользование кредитом, в том числе и в повышенном размере, по своему характеру являются установленной договором платой за пользование заемными средствами, а не неустойкой" <*>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 34.

Иного мнения придерживается Р.И. Каримуллин, который обращает внимание на то, что за "отсутствием дополнительного соглашения сторон, например о пролонгации действия кредитного договора, невозвращение заемщиком суммы кредита является не чем иным, как просрочкой в исполнении. И кредитование заемщика на тех же условиях о вознаграждении после наступления договорного срока возврата оставило бы без внимания законный интерес банка в получении

компенсации за допущенное правонарушение". "Поэтому, - заключает Р.И. Каримуллин, - в случае просрочки в возврате долга заемщик подвергается дополнительным согласованным имущественным обременениям в виде увеличения первоначальной ставки и несет, таким образом, гражданско-правовую ответственность" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 155.

Л.Г. Ефимова выделяет "пять возможных вариантов решения вопроса о природе повышенных процентов за пользование банковским кредитом", которые можно рассматривать как: 1) "неустойку за нарушение срока возврата кредита"; 2) "вознаграждение за предоставленные клиенту заемные средства, которые он обязан уплачивать после истечения срока возврата кредита"; 3) "разновидность процентов за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства"; 4) "сложный правовой институт, который состоит из процентов, являющихся вознаграждением за пользование средствами банка, и неустойки за нарушение срока возврата кредита в части, превышающей проценты за пользование кредитом"; 5) "сложный правовой институт, состоящий из платы за пользование заемными денежными средствами и процентов как формы ответственности за неисполнение денежного обязательства в сумме, превышающей эту плату" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 553 - 554.

Если обратиться к судебной-арбитражной практике, то мы увидим, что проценты, подлежащие начислению на сумму займа (кредита) после истечения срока ее возврата (п. 1 ст. 811 ГК), однозначно квалифицируются в качестве особой меры ответственности, предусмотренной ст. 395 ГК РФ, за просрочку денежного обязательства, а предусмотренные кредитным договором повышенные проценты (в части, превышающей ставку процентов за пользование кредитом) - процентов по той же статье (т.е. особой формой ответственности), размер которых установлен договором. Согласно п. 15 Постановления Пленума ВС и ВАС РФ N 13/14 проценты, предусмотренные п. 1 ст. 811 ГК РФ, являются мерой гражданско-правовой ответственности. Указанные проценты, взыскиваемые в связи с просрочкой возврата суммы займа, начисляются на эту сумму без учета начисленных на день возврата процентов за пользование заемными средствами, если в обязательных для сторон правилах либо в договоре нет прямой оговорки об ином порядке начисления процентов. В тех случаях, когда в договоре займа либо в кредитном договоре установлено увеличение размера процентов в связи с просрочкой уплаты долга, размер ставки, на которую увеличена плата за пользование займом, следует считать иным размером процентов, установленным договором в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК РФ.

Таким образом, используя терминологию, предложенную Л.Г. Ефимовой, можно сказать, что судебная-арбитражная практика, определяя правовую природу повышенных процентов, остановилась на том варианте, согласно которому повышенные проценты квалифицируются "как сложный правовой институт, состоящий из платы за пользование заемными денежными средствами и процентов как формы ответственности за неисполнение денежного обязательства в сумме, превышающей эту плату".

Указанная позиция, выработанная судебной-арбитражной практикой, относительно определения правовой природы повышенных процентов по кредитному договору, а также процентов,

предусмотренных п. 1 ст. 811 ГК РФ, получила одобрение в юридической литературе. Так, Л.Г. Ефимова по этому поводу пишет: "Вывод Высшего Арбитражного Суда о правовой природе повышенных процентов представляется правильным. Он основан на правовой природе кредитного договора, который предполагает предоставление заемных средств с целью получения вознаграждения. В случае несвоевременного возврата суммы кредита заемщик продолжает пользоваться заемными средствами, что свидетельствует о фактическом продолжении кредитования. Но за это клиент должен платить вознаграждение. Кроме того, он нарушил обязательство по возврату кредита, за что должен быть привлечен к ответственности" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 555; см. также: Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 155.

Признание процентов, подлежащих взиманию с заемщика за период после истечения срока возврата кредита, предусмотренных п. 1 ст. 811 ГК РФ (в том числе соответствующей части повышенных процентов), особой формой ответственности за просрочку денежного долгового обязательства породило в судебно-арбитражной практике проблему соотношения названных процентов и договорной неустойки, нередко предусматриваемой сторонами в кредитном договоре в виде пени на случай просрочки исполнения заемщиком обязательства по возврату суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами как двух мер ответственности за одно и то же правонарушение.

В период формирования соответствующей судебно-арбитражной практики стало очевидно (об этом свидетельствовали материалы многочисленных судебных дел), что одновременное применение этих двух мер ответственности могло привести ко взысканию в пользу кредитора итоговой суммы, превышающей размер возможных убытков, причиненных ему несвоевременным исполнением обязательства со стороны заемщика, и тем самым являлось средством неосновательного обогащения кредитора. А между тем, как известно, и уплата неустойки (п. 1 ст. 394 ГК), и взимание процентов за пользование чужими денежными средствами (п. 2 ст. 395 ГК) должны носить по отношению к убыткам зачетный характер.

В связи с изложенным в Постановлении Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14 было включено разъяснение, согласно которому при наличии в договоре условий о начислении при просрочке возврата долга повышенных процентов, а также неустойки за то же нарушение (за исключением штрафной) кредитор вправе предъявить требование о применении одной из мер ответственности, не доказывая факта и размера убытков, понесенных им при неисполнении денежного обязательства (п. 15).

Заслуживает также внимания содержащееся в том же пункте названного Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14 разъяснение, в соответствии с которым на сумму несвоевременно уплаченных процентов за пользование заемными средствами, когда они подлежат уплате до срока основной суммы займа, проценты на основании п. 1 ст. 811 ГК РФ не начисляются, если иное прямо не предусмотрено законом или договором.

В дальнейшем Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ при рассмотрении конкретных дел в порядке надзора строго придерживался приведенных разъяснений высших судебных инстанций. В итоге была сформирована та судебно-арбитражная практика по вопросу применения процентов за

пользование чужими денежными средствами и иных мер ответственности, предусмотренных кредитным договором, которая существует и в настоящее время. В качестве примера формирования судебно-арбитражной практики по конкретным спорам можно привести два дела, рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в начале 1999 г.

Коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу (далее - заемщик) о взыскании 4166247181 руб. (неденоминированных), в том числе 700 млн. руб. - задолженность по кредиту, 3121272178 руб. - проценты за пользование кредитом, включая повышенные, 344975003 руб. - пени в размере 1% от суммы непогашенной задолженности по процентам.

Решением арбитражного суда иск был удовлетворен на том основании, что факт просрочки возврата кредита и уплаты процентов за пользование им установлен, документально подтвержден и ответчиком не оспорен.

В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ предлагалось решение отменить и дело направить на новое рассмотрение, поскольку оно принято с нарушением норм законов, по недостаточно исследованным материалам дела и при отсутствии необходимых доказательств.

В соответствии с условиями заключенного между сторонами кредитного договора банк обязался предоставить заемщику кредит в сумме 2 млрд. руб. с уплатой последним ежемесячно не позднее 20-го числа 30% годовых за пользование кредитом до срока его погашения и 60% годовых - при несвоевременном погашении кредита. При несвоевременном погашении процентов договором предусматривалась уплата пеней в размере 1% от суммы непогашенной задолженности за каждый день просрочки платежа.

Дополнительными соглашениями сроки возврата кредита в сумме 1500 млн. руб. были продлены. Процентная ставка за пользование кредитом увеличена до 60% годовых. При несвоевременном погашении кредита была предусмотрена уплата банку удвоенной процентной ставки Центрального банка РФ (ставки рефинансирования). Что касается 500 млн. руб. кредита, то эта сумма была вынесена банком на счет просроченной задолженности.

Суд сделал вывод о частичном погашении кредита лишь на основании расчета истца, какие-либо доказательства этого факта стороны не представили. Ответчик на заседании суда не присутствовал.

По условию договора повышенные проценты взыскиваются за нарушение сроков погашения кредита и, следовательно, в части, превышающей размер процентов за пользование кредитом, по своей сути являются санкциями, в отношении которых может быть применена ст. 333 ГК РФ. Однако суд не рассмотрел этот вопрос.

Из расчета истца следовало, что пени начислялись на задолженность по обычным и повышенным процентам. При таком способе расчета кредитор фактически применил ответственность в виде пени к ответственности в виде повышенных процентов, что противоречит смыслу ст. 395 ГК РФ, устанавливающей уплату процентов только на соответствующую сумму денежных средств, а не на проценты за пользование чужими денежными средствами.

При таких обстоятельствах решение подлежит отмене, а дело - направлению на новое рассмотрение для получения и исследования доказательств по спору, установления подлежащей взысканию суммы долга, процентов, в том числе повышенных, и решения вопроса о возможности снижения санкций в порядке, предусмотренном ст. 333 ГК РФ <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1999. N 5. С. 51 - 52.

По другому делу банк (кредитор) обратился с иском к закрытому акционерному обществу (заемщику) о взыскании 1519673299 руб. (неденоминированных) задолженности по кредиту, 201358248 руб. процентов за пользование кредитом, 1670370737 руб. пени, 2591755989 руб. процентов за пользование чужими денежными средствами.

Решением арбитражного суда исковые требования были удовлетворены в полном объеме. В протесте ставился вопрос об отмене судебного решения в части взыскания процентов за пользование чужими денежными средствами в связи с тем, что за это нарушение применена договорная неустойка (пени).

При рассмотрении данного дела в порядке надзора было установлено, что в соответствии с заключенным сторонами кредитным договором банк предоставил заемщику кредит в сумме 300 тыс. дол. США на закупку радиооборудования. К установленному в договоре сроку обязательство заемщика по возврату суммы кредита и уплате процентов в полном объеме не было погашено, в связи с чем кредитор и обратился с иском в арбитражный суд.

За несвоевременный возврат кредита и просрочку уплаты процентов договором была предусмотрена уплата пени в размере 0,25% за каждый день просрочки. В своем постановлении Президиум констатировал, что банк просил взыскать одновременно и договорную неустойку, и проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, тогда как он вправе требовать применения только одной из указанных мер ответственности.

Таким образом, довод протеста о неправомерном взыскании судом законных процентов за пользование чужими денежными средствами был признан обоснованным <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1999. N 5. С. 52 - 53.

В случаях, когда кредитные договоры содержат определенные дополнительные условия (о возвращении кредита по частям, о целевом использовании суммы кредита, об обеспечении обязательств заемщика), нарушение указанных условий может повлечь за собой для заемщика и иные негативные последствия, не связанные с применением гражданско-правовой ответственности. Подобные нарушения служат основанием возникновения на стороне кредитора права требовать от заемщика досрочного возврата суммы кредита и уплаты всех причитающихся кредитору процентов по кредитному договору.

В юридической литературе предпринимались попытки выделить и иные последствия нарушения сторонами кредитного договора своих обязательств, основанные на общих положениях обязательственного права, однако эти попытки не могут быть признаны убедительными. Так, Р.И. Каримуллин полагает, что в случае неисполнения банком-кредитором обязательства по предоставлению кредита "возможность, которой гипотетически располагает заемщик, - это обращение с кредитной заявкой в другой банк. В соответствии со ст. 397 ГК в случае неисполнения должником своего обязательства оказать услугу кредитор (которым в нашем случае является заемщик) вправе в разумный срок поручить выполнение обязательства третьим лицам за разумную

цену, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, договора или существа обязательства, и потребовать от должника возмещения необходимых расходов и иных убытков. В этом случае на отказавшийся кредитовать банк могла бы быть возложена обязанность по возмещению убытков в виде фактически понесенных расходов (разница в процентах по первоначальному и полученному взамен кредиту) и упущенной вследствие неисполнения первым банком выгоды" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 49 - 50.

Представляется, однако, что содержащиеся в ст. 397 ГК РФ правила о таком последствии неисполнения обязательства, как исполнение обязательства силами самого кредитора либо по его поручению третьим лицом за счет должника, рассчитанные на обязательства по изготовлению и передаче вещи кредитору, а также по выполнению для него работы или оказанию услуги, не могут распространяться на обязательство банка по предоставлению кредита, в содержание которого не входят обязанности банка по изготовлению денежных средств до передачи их заемщику. Данное обязательство также не является обязательством по выполнению работы или оказанию услуги. Существо обязательства банка состоит в передаче заемщику суммы кредита (наличных денег или безналичных денежных средств) с условием ее возврата и выплаты вознаграждения.

Другое дело, что в описанной Р.И. Каримуллиным ситуации, когда заемщик, не получив кредита, как это предусматривалось кредитным договором, вынужден заключить кредитный договор с иным банком на худших условиях (скажем, для оплаты товаров, закупленных по контракту с расчетом на получение кредита по первому кредитному договору) и вправе потребовать от банка-кредитора по первому кредитному договору возмещения убытков, причиненных неисполнением обязательства по выдаче кредита, которые могут включать в свой состав и дополнительные расходы, понесенные заемщиком в связи с необходимостью заключить новый кредитный договор с иным банком (в том числе и разницу в процентах по первоначальному и заменяющему его кредитным договорам). Однако право заемщика на предъявление такого требования к банку, нарушившему обязательство по кредитному договору, основано не на правилах ст. 397 ГК РФ, а на общих положениях об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств (ст. ст. 15, 393 ГК).

Разрабатывая ту же проблему, Н.Н. Захарова пишет: "По-новому в Гражданском кодексе решен вопрос о соотношении обязанности должника нести ответственность за нарушение своих обязательств и его же обязанности исполнить это обязательство в натуре. Такая ситуация может возникнуть, когда заемщик не возвратил полученный кредит, но уплатил за это нарушение пени и возместил убытки. Возникает вопрос: до каких пор можно начислять пени в связи с невозвратом кредита? Может ли кредитор предъявлять свои требования второй, третий, четвертый раз? Ведь для кредитора важно получить обратно свои деньги. В данном случае следует применять нормы, закрепленные в статье 396 Гражданского кодекса Российской Федерации, которые ограничивают сферу применения принципа исполнения обязательства в натуре (принцип реального исполнения), если иное не предусмотрено законом или договором..." <*>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 63.

Как известно, смысл правил ст. 396 ГК РФ состоит в том, что они дифференцируют последствия применения ответственности (возмещения убытков и уплаты неустойки) с точки зрения влияния на судьбу нарушенного обязательства в зависимости от того, в чем состояло это нарушение: при ненадлежащем исполнении обязательства уплата неустойки и возмещение убытков не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре; в случае же неисполнения обязательства применение указанных форм ответственности освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. При этом правила носят диспозитивный характер и применяются, если иное не предусмотрено законом или договором. Исполнение обязательства в натуре, о котором идет речь в ст. 396 ГК, означает, что должник должен совершить именно те действия, которые составляют предмет обязательства, и эта обязанность не может быть компенсирована (прекращена) уплатой денежной суммы (чем по сути и являются возмещение убытков и уплата неустойки). Поэтому по отношению к денежному долговому обязательству, каковым является обязательство заемщика по возврату полученной суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами, применение правил об исполнении обязательства в натуре лишено всякого практического смысла: сумма полученного кредита с соответствующими процентами в качестве вознаграждения банка-кредитора должна быть взыскана с заемщика в любом случае либо в качестве денежного долга (задолженности по кредиту), либо в составе убытков, причиненных кредитору в результате неисполнения (или ненадлежащего исполнения) должником своего обязательства. Что же касается реальных последствий нарушения заемщиком отдельных дополнительных условий кредитного договора, не являющихся ответственностью за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (ст. ст. 813, 814, 821 ГК), то все они могут быть квалифицированы как последствия расторжения кредитного договора путем одностороннего отказа кредитора от договора и поэтому будут рассмотрены в рамках темы о прекращении кредитного договора.

6. Прекращение кредитного договора

Расторжение (изменение) кредитного договора

Кредитный договор может быть прекращен его сторонами (одной из сторон) путем его расторжения способом, по основаниям и в порядке, предусмотренным общими положениями договорного права применительно ко всякому гражданско-правовому договору, но с учетом специальных правил (гл. 42 ГК), регулирующих особенности расторжения именно кредитного договора.

Ключевой категорией темы расторжения (изменения) кредитного договора (как и всякого иного гражданско-правового договора) является способ расторжения (изменения) договора. Именно в зависимости от применяемого сторонами способа расторжения (изменения) договора в соответствии с ГК РФ (гл. 29) определяются основания и порядок расторжения (изменения) договора <*>.

<*> Далее мы будем говорить о расторжении кредитного договора, имея в виду, что и изменение этого договора производится в аналогичном порядке.

Основным способом расторжения договора является его расторжение по соглашению сторон (п.

1 ст. 450 ГК). При использовании сторонами этого способа расторжения кредитного договора обстоятельства, которые для сторон послужили основанием заключения соответствующего соглашения, не имеют правового значения для оценки законности самого соглашения о расторжении договора (это сфера свободного усмотрения сторон), но при определенных условиях (скажем, если основанием расторжения договора по соглашению сторон явилось существенное нарушение договора со стороны одного из контрагентов) основания расторжения договора могут предопределить последствия прекращения договора (например, обязанность возместить убытки добросовестной стороне).

Регламентация порядка расторжения договора по соглашению сторон ограничивается действием правила о том, что соответствующее соглашение сторон должно быть совершено в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иного. В связи с этим применительно к кредитному договору можно сделать вывод, что соглашение о его расторжении должно быть облечено в простую письменную форму (ст. 820 ГК).

Таким образом, кредитный договор может быть расторгнут по соглашению сторон в любой момент по их усмотрению без каких-либо ограничений. По этому поводу М.И. Брагинский пишет: "Наделение сторон столь широкой возможностью определять судьбу договора составляет одно из прямых выражений договорной свободы: те, кто обладает правом по собственной воле заключать договор, должны быть в принципе столь же свободны в вопросах о его расторжении или изменении отдельных договорных условий" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 348.

Другой способ расторжения кредитного договора (как и всякого иного договора) состоит в том, что он может быть расторгнут по требованию одной из сторон (п. 2 ст. 450 ГК) (в нашем случае - кредитора или заемщика). При применении этого способа расторжения договора решающее значение приобретает оценка обстоятельств, послуживших основанием для предъявления требования о расторжении договора. Общим основанием для применения добросовестной стороной данного способа расторжения договора служат допущенные контрагентом нарушения условий договора, которые могут быть квалифицированы как существенные нарушения, т.е. нарушения, которые влекут для контрагента такой ущерб, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора.

Кроме того, договор может быть также расторгнут по требованию одной из сторон в случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором (п. 2 ст. 450 ГК). В связи с этим специальные правила о кредитном договоре, а также о договоре займа (применяемые к кредитному договору) предусматривают три специальных основания его расторжения по требованию кредитора, которые объединяет то обстоятельство, что все они связаны с нарушением заемщиком отдельных дополнительных условий кредитного договора.

Во-первых, основанием для расторжения по требованию кредитора кредитного договора, предусматривающего обязанность заемщика по предоставлению обеспечения исполнения своего обязательства по возврату полученной суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами, могут служить невыполнение заемщиком этой обязанности, а в случае ее выполнения - также утрата предоставленного обеспечения или ухудшение его условий по обстоятельствам, за

которые кредитор не несет ответственность (ст. 813 ГК).

Во-вторых, основанием для расторжения по требованию кредитора кредитного договора, заключенного с условием использования заемщиком полученных средств на определенные цели (целевой кредит), признаются нарушение заемщиком обязанности по обеспечению возможности для кредитора осуществлять контроль за целевым использованием суммы займа, а также невыполнение заемщиком условия кредитного договора о целевом использовании суммы кредита (ст. 814, п. 3 ст. 821 ГК).

В-третьих, основанием для расторжения по требованию кредитора кредитного договора, содержащего условие об обязанности заемщика возвращать сумму кредита по частям, может явиться нарушение заемщиком срока, установленного для возврата очередной части кредита (п. 2 ст. 811 ГК).

Кредитным договором могут быть предусмотрены и иные основания для его расторжения как по требованию кредитора, так и по требованию заемщика.

При применении такого способа, как расторжение договора по требованию одной из сторон, договор расторгается в судебном порядке, обязательным условием которого является соблюдение заинтересованной стороной, обращающейся с соответствующим иском в суд, специальной досудебной процедуры урегулирования спора непосредственно между сторонами договора. Суть указанной процедуры состоит в том, что заинтересованная сторона до обращения в суд должна направить другой стороне свое предложение или расторгнуть договор. Иск о расторжении договора может быть предъявлен в суд только при соблюдении одного из двух условий: либо получение отказа другой стороны на предложение о расторжении договора, либо неполучение ответа на соответствующее предложение в 30-дневный срок, если иной срок не предусмотрен законом, договором или не содержался в предложении изменить или расторгнуть договор (п. 2 ст. 452 ГК). При нарушении установленного порядка досудебного урегулирования спора суд должен возвратить исковое заявление о расторжении договора без рассмотрения.

Третий способ расторжения договора заключается в том, что одна из сторон реализует свое право, предусмотренное законом или договором, на односторонний отказ от договора (от исполнения договора). Односторонний отказ от договора возможен только в тех случаях, когда это прямо допускается законом или соглашением сторон (п. 3 ст. 450 ГК). Требование к порядку расторжения договора при названном способе его прекращения состоит в том, что при расторжении договора путем одностороннего отказа одной из сторон от договора необходимо обязательное письменное уведомление об этом контрагента по договору. Указанное требование должно признаваться соблюденным в случае доведения соответствующего уведомления до другой стороны договора посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей установить, что документ исходит от стороны, отказавшейся от договора (от исполнения договора). Что касается оснований расторжения договора при таком способе его прекращения, как односторонний отказ от договора, то реализация управомоченным контрагентом своего права на односторонний отказ от договора в соответствии с требованиями закона или с условиями договора может быть поставлена в зависимость от наступления соответствующих обстоятельств (оснований для отказа от договора) либо вовсе не зависеть от каких-либо обстоятельств.

В кредитном договоре обеим его сторонам (и кредитору, и заемщику) предоставлено право одностороннего отказа от договора, однако если право кредитора оговаривается необходимостью наличия определенных обстоятельств, при которых оно только и может быть реализовано, то право

заемщика на отказ от кредитного договора не обусловлено какими-либо обстоятельствами, которые могли бы служить основанием для одностороннего расторжения договора.

В соответствии с п. 1 ст. 821 ГК РФ кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок.

Комментируя данное законоположение, российские авторы под обстоятельствами, служащими основанием для отказа кредитора от предоставления кредита (т.е. одностороннего расторжения кредитного договора), обычно понимают неплатежеспособность заемщика или внезапное ухудшение его финансового состояния. Например, Е.А. Суханов пишет: "Таким обстоятельством может, в частности, явиться обнаружившаяся неплатежеспособность заемщика или ее существенное понижение, например при уменьшении хозяйственным обществом - заемщиком размера своего уставного капитала. Очевидно, что данное правило служит защите интересов кредитора" <*>. По мнению Н.И. Соловяненко, к числу обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок, "в первую очередь относятся экономические и правовые факторы, вызывающие сомнение в кредитоспособности заемщика (несостоятельность должника, привлечение его к ответственности и т.п.)" <***>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 226.

<***> Соловяненко Н.И. Указ. соч. С. 515.

Л.Г. Ефимова, анализируя основания для отказа банка от кредитного договора, предусмотренные п. 1 ст. 821 ГК РФ, приходит к выводу о необходимости возложения на заемщика дополнительной обязанности по обеспечению контроля со стороны банка за своим финансовым состоянием. "Указанные обстоятельства, - пишет Л.Г. Ефимова, - могут наступить при серьезном ухудшении финансово-хозяйственного состояния заемщика, когда он не сможет исполнить свою договорную обязанность. Чтобы воспользоваться своим правом на отказ от предоставления кредита, банк должен иметь возможность контролировать финансово-хозяйственную деятельность заемщика. Следовательно, в кредитном договоре должна быть предусмотрена обязанность заемщика не уклоняться от банковского контроля". Такой контроль со стороны кредитора, по ее мнению, "касается не только целевого использования и обеспеченности полученных заемщиком средств, но и общего состояния его делового предприятия" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 552.

В юридической литературе можно встретить и иное мнение, согласно которому банку для отказа от кредитного договора достаточно лишь сослаться на соответствующие обстоятельства, ничего никому не доказывая, что вообще-то делает бессмысленным какой-либо банковский контроль за состоянием заемщика. Так, Н.Ю. Рассказова пишет: "Чтобы обосновать свое право на отказ от исполнения договорной обязанности, банк должен доказать только наличие обстоятельств, которые, ПО ЕГО МНЕНИЮ (выделено нами. - В.В.), очевидно повлекут для заемщика невозможность

вернуть кредит в срок. Тот факт, что кредит не будет возвращен, не подлежит доказыванию. Поскольку в судебной практике термины "очевидный" и "общеизвестный" рассматриваются как синонимы, постольку признание судом очевидности факта влечет те же последствия, что и признание его общеизвестным: участники процесса освобождаются от доказывания факта со ссылкой на ст. 61 ГПК" <*>. При таком подходе вполне "очевидна" подмена материально-правовой проблемы вопросами процессуального законодательства. В рамках судебного процесса "очевидность" для банка того обстоятельства, что кредит не будет возвращен заемщиком в срок, отнюдь не означает, что данное обстоятельство настолько же очевидно для заемщика или для суда и поэтому оно подлежит доказыванию заинтересованной стороной, т.е. банком-кредитором. И только суд может признать соответствующее обстоятельство (например, неплатежеспособность заемщика в силу признания его банкротом) очевидным и не требующим доказывания.

<*> Рассказова Н.Ю. Указ. соч. С. 549.

Наиболее полное исследование обстоятельств, которые могут служить основанием отказа кредитора от предоставления кредита (а стало быть, и отказа в целом от кредитного договора), можно обнаружить в работе Р.И. Каримуллина, который приводит целый примерный перечень тех обстоятельств, которые при определенных условиях могут быть признаны очевидно свидетельствующими о том, что предоставленная заемщиком сумма не будет возвращена в срок. В этот перечень, по мнению Р.И. Каримуллина, входят такие обстоятельства, как: принятие учредителями решения о реорганизации заемщика - юридического лица; уменьшение уставного капитала заемщика; перевод долга при продаже или аренде предприятия, куда входит и задолженность, вытекающая из кредитного договора; возбуждение процедуры признания заемщика несостоятельным; падение цен на акции заемщика; персональное изменение органов управления заемщика; уход крупных акционеров из состава учредителей (участников) заемщика; возбуждение исполнительного производства в отношении заемщика и др. <*>. Можно согласиться и с общим выводом Р.И. Каримуллина, который утверждает: "Перечисленные события могут свидетельствовать о существенном увеличении того риска банка, исходя из которого стороны определили условия кредитного договора. Но изменился ли риск настолько, что позволяет кредитору рассматривать данные факторы как очевидно угрожающие возврату кредита и отказаться от исполнения договора, в каждом конкретном случае следует оценивать отдельно" <***>. Что касается права заемщика на односторонний отказ от кредитного договора (или, как сказано в п. 2 ст. 821 ГК РФ, на отказ от получения кредита полностью или частично), то реализация заемщиком этого способа расторжения договора ничем не обусловлена, за исключением того обстоятельства, что такой отказ может быть заявлен до установленного договором срока предоставления кредита и с обязательным уведомлением об этом кредитора (такое уведомление должно быть получено кредитором до соответствующего срока предоставления кредита).

<*> См.: Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 37 - 42.

<***> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 38.

Обращает на себя внимание то, что названное законоположение (п. 2 ст. 821 ГК), наделяющее

заемщика правом одностороннего отказа от кредитного договора (в отличие от императивного правила об аналогичном праве кредитора), представляет собой диспозитивную норму и, следовательно, действует только в том случае, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором. В связи с изложенным вывод о том, что: "по общему правилу ГК РФ признает за заемщиком право отказаться от получения кредита. Исключение должно быть специально предусмотрено законодательством или договором" <*>, - выглядит чисто формальным. Имея в виду реальную практику заключения кредитных договоров, когда выступающему в роли просителя заемщику предлагается подписать разработанный банком-кредитором трафаретный бланк кредитного договора, гораздо в большей степени соответствовал бы действительности вывод о том, что заемщик может легко потерять предоставленное ему ГК РФ право на односторонний отказ от кредитного договора. Например, Е.А. Павлодский, комментируя норму п. 2 ст. 821 ГК, совершенно обоснованно делает акцент на том, что кредитный договор "может предусматривать запрещение отказа заемщика от кредита либо обязанность заемщика возместить кредитору убытки, вызванные односторонним расторжением кредитного договора" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 536 - 537.

<***> Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 16.

Говоря о последствиях расторжения кредитного договора, нельзя ограничиваться ссылкой на общие положения ГК РФ о последствиях расторжения всякого гражданско-правового договора (ст. 453), как это делает, например, Н.Н. Захарова, которая пишет: "Стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора, если иное не установлено законом или соглашением сторон. Если основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора" <*>. При таком подходе может возникнуть ошибочное мнение о том, что при расторжении кредитного договора, исполненного банком, по соглашению сторон кредитор теряет право требовать от заемщика денежную сумму, полученную последним в качестве кредита, поскольку указанная сумма и представляет собой то, "что было исполнено по обязательству до момента расторжения договора".

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 60.

Последствия расторжения всякого гражданско-правового договора состоят в том, что, во-первых, прекращаются обязательства, возникшие из этого договора; во-вторых, определяется судьба исполненного по договору до момента его расторжения; в-третьих, решается вопрос об ответственности стороны, допустившей существенное нарушение договора, которое послужило основанием его расторжения.

В случае расторжения договора обязательства, из него возникшие, прекращаются, если же речь идет об изменении договора, то обязательства сторон сохраняются в измененном виде (п. п. 1 и 2 ст. 453 ГК), что может означать как их изменение, так и частичное прекращение. Момент, с которого обязательства считаются прекращенными (измененными), зависит от того, каким способом

расторгнут (изменен) договор: по соглашению сторон; по требованию одной из сторон в судебном порядке; вследствие одностороннего отказа от исполнения договора в случаях, предусмотренных законом или договором.

В первом случае обязательства считаются прекращенными (измененными) с момента заключения соответствующего соглашения сторон. В свою очередь этот момент должен определяться по правилам, установленным в отношении момента заключения договора (ст. 433 ГК). В случае, когда расторжение (изменение) договора производится по решению суда, действует императивное правило о том, что обязательства считаются прекращенными (измененными) с момента вступления решения суда в законную силу. Если же договор был расторгнут (изменен) вследствие отказа одной из сторон от договора (от исполнения договора), обязательства, возникшие из такого договора, считаются прекращенными (измененными) с момента получения контрагентом уведомления об отказе от договора. Что касается судьбы исполненного по договору, то стороны по общему правилу действительно лишены права требовать возвращения того, что было ими исполнено до изменения или расторжения договора. Однако соответствующая норма (п. 4 ст. 453 ГК) носит диспозитивный характер: законом или соглашением сторон судьба исполненного по обязательствам может быть решена по-иному.

В связи с этим нельзя не обратить внимание на то, что специальные правила о расторжении кредитного договора путем одностороннего отказа кредитора от договора в случаях нарушения заемщиком его условий по обеспечению исполнения своего обязательства, по целевому использованию суммы кредита, а также возвращению полученной суммы кредита по частям (п. 2 ст. 811, ст. ст. 813, 814, п. 3 ст. 821 ГК) предусматривают и особые последствия расторжения кредитного договора, которые выражаются в том, что кредитор в этих случаях вправе потребовать от заемщика досрочный возврат суммы кредита и уплаты причитающихся процентов. Причем соответствующие правила толкуются в судебно-арбитражной практике таким образом, что заемщик обязан уплатить кредитору проценты не за фактический период пользования суммой кредита (до момента ее досрочного возврата), а за весь срок, на который выдавался кредит по условиям кредитного договора. На этот счет имеется разъяснение высших судебных инстанций. В соответствии с п. 16 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ N 13/14 в случаях, когда на основании п. 2 ст. 811, ст. ст. 813 и 814 ГК РФ займодавец вправе потребовать досрочный возврат суммы займа или его части вместе с причитающимися процентами, проценты в установленном договором размере могут быть взысканы по требованию займодавца до дня, когда сумма займа в соответствии с договором должна была быть возвращена.

В иных случаях расторжения кредитного договора, когда ни законом, ни самим договором не предусмотрены какие-либо последствия расторжения договора, полученная заемщиком и не возвращенная им кредитору к моменту расторжения договора сумма кредита с процентами (теперь в размере ставки рефинансирования Банка России) все же должна быть возвращена кредитору. Но не по общим положениям о последствиях расторжения гражданско-правового договора (напротив, п. 4 ст. 453 ГК как будто препятствует этому), а по правилам о неосновательном денежном обогащении (п. 2 ст. 1107 ГК), которые, как известно, подлежат применению и к правоотношениям, связанным с возвратом исполненного по обязательству (ст. 1103 ГК).

Кредитный договор, как и всякий гражданско-правовой договор, при определенных условиях может быть расторгнут в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК). Однако в данном случае надо понимать, что речь идет об исключительном способе расторжения договора. Здесь существенное значение приобретает цель, которой предопределяется необходимость

прекращения (изменения) договорного обязательства, а именно: восстановление баланса интересов сторон договора, существенным образом нарушенного в силу непредвиденного изменения внешних обстоятельств, не зависящих от воли сторон.

Изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. При этом конкретные явления, события, факты, которые могут признаваться существенным изменением обстоятельств, применительно к конкретным условиям в состоянии определить лишь суд при рассмотрении соответствующего требования. Для того чтобы какое-либо изменение обстоятельств, связанных с конкретным договором, было отнесено к категории существенных, требуется наличие одновременно четырех условий. Во-первых, предполагается, что стороны при заключении договора исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет. Во-вторых, изменение обстоятельств должно быть вызвано причинами, которые заинтересованная сторона была не в состоянии преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота. В-третьих, исполнение договора при наличии существенно изменившихся обстоятельств без соответствующего изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. В-четвертых, из обычаев делового оборота или существа договора не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона, т.е. сторона, обратившаяся в суд с требованиями об изменении или расторжении договора. Названные четыре условия должны присутствовать одновременно и в совокупности.

По своему характеру существенно изменившиеся обстоятельства напоминают непреодолимую силу. Однако имеется значительное отличие: они не влекут за собой невозможность исполнения обязательств, возникших из договора, напротив, возможность его исполнения во всех случаях должна присутствовать, но такое исполнение значительно нарушило бы баланс интересов сторон.

За весь период применения действующего ГК РФ, включающего нормы о расторжении (изменении) договора в связи с существенным изменением обстоятельств (т.е. начиная с января 1995 г.), в судебно-арбитражной практике, несмотря на многочисленные попытки спорящих сторон, лишь одно событие было признано подпадающим под признаки существенного изменения обстоятельств, а именно дефолт, имевший место в августе 1998 г. Во всех остальных случаях, когда в качестве основания исковых требований стороны ссылались на положения ст. 451 ГК РФ, судебно-арбитражная практика не обнаруживала существенного изменения обстоятельств. Применительно к кредитному договору в качестве существенно изменившихся обстоятельств стороны, предъявляя иски о расторжении (изменении) договора, зачастую пытаются квалифицировать несостоятельность (банкротство) банка-кредитора или заемщика. Такая квалификация, как правило, признается судами ошибочной хотя бы по той причине, что соответствующее изменение обстоятельств (несостоятельность кредитора или заемщика) зависит в первую очередь от самих неплатежеспособных сторон и не может произойти по причинам, которые стороны не могли преодолеть после их возникновения (подп. 2 п. 2 ст. 451 ГК).

Иные основания (способы) прекращения кредитного договора

Прекращение обязательства путем расторжения договора, естественно, характерно лишь для договорных обязательств, которые, будучи гражданско-правовыми, могут быть прекращены и по иным основаниям (иными способами), никак не связанным с действиями сторон, направленными на расторжение соответствующего договора. По этому поводу М.И. Брагинский пишет: "Специальными случаями прекращения договоров" можно назвать ситуации, при которых утрачивают свою силу при наличии указанных в законе обстоятельств обязательства, составляющие содержание договора. Складывающиеся при этом отношения регулируются в основном гл. 26 ГК, которая распространяет свое действие в равной мере на все виды обязательств, независимо от оснований их возникновения, а значит, и на обязательства договорные" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 359.

Из десяти оснований (способов) прекращения обязательств, предусмотренных гл. 26 ГК РФ, в качестве основания прекращения кредитного договора не может служить лишь одно, а именно прекращение обязательства невозможностью исполнения, вызванной обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает (ст. 416 ГК). Нам уже приходилось отмечать, что специфика денежного долгового обязательства, как это, например, было убедительно показано Л.А. Лунцем, состоит в том, что для должника всегда возможно его надлежащее исполнение <*>. Поэтому ситуация, когда бы исполнение денежного долгового обязательства оказалось для должника невозможным, в принципе исключается, хотя некоторые авторы не замечают отмеченной особенности денежного обязательства. Например, у Н.Н. Захаровой читаем: "Обязательство по кредитному договору может быть прекращено невозможностью его исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает" <***>. Как говорится, комментарии излишни.

<*> См.: Лунц Л.А. Указ. соч. С. 104 - 107.

<***> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 57.

Основным способом прекращения кредитного договора (как и всякого гражданско-правового договора), конечно же, является надлежащее исполнение вытекающего из него обязательства (ст. 408 ГК).

М.И. Брагинский в связи с этим указывает: "Исполнение (ст. 408 ГК) способно прекратить договор лишь при условии, если оно является надлежащим, т.е. совершено надлежащим лицом, надлежащему лицу, надлежащим способом, в надлежащем месте, надлежащим предметом и в надлежащее время. Критерии надлежащего исполнения определяются императивными нормами, договором, а в части, не предусмотренной теми и другими, - диспозитивными нормами. При ненадлежащем исполнении наступают различные неблагоприятные для стороны-должника последствия, предусмотренные в общей или специальной статье ГК, в ином законе либо другом правовом акте или договоре" <*>. К этому добавим, что ненадлежащее исполнение обязательства не прекращает действие договора.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 360.

Весьма популярным способом прекращения кредитного договора (а вернее, обязательства заемщика по возврату кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами) является предоставление отступного. Например, Р.И. Каримуллин на основе обобщения практики Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по рассмотрению дел в порядке надзора пришел к следующему выводу: "Российская правоприменительная практика признает действительными соглашения, по которым взамен исполнения заемщик предоставляет кредитору акции или нежилое помещение и имущественное право на земельный участок. Практика также не исключает, что предметом отступного могут быть векселя..." <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 104.

Здесь, правда, следует оговориться, что при использовании в качестве способа прекращения обязательства отступного моментом прекращения обязательства признается не подписание сторонами соглашения об отступном, как иногда полагают кредиторы и заемщики, а момент фактической передачи имущества, являющегося объектом такого соглашения. Заключение же сторонами соглашения об отступном влечет то последствие, что на стороне заемщика по кредитному договору появляется альтернативное обязательство. В силу ст. 320 ГК РФ с момента заключения соглашения об отступном у заемщика появляется право выбора обязательства, которое он готов исполнить: либо передать кредитору соответствующее имущество в качестве отступного, либо возратить ему сумму кредита с причитающимися процентами. В последнем случае обязательство, возникшее из кредитного договора, будет считаться прекращенным его надлежащим исполнением.

Если же заемщик к установленному соглашением об отступном сроку не исполнит ни одного из названных обязательств, право выбора (теперь уже требования, которое может быть предъявлено к заемщику) переходит к кредитору, а он может потребовать от заемщика либо передачу имущества во исполнение соглашения об отступном, либо возврат полученной суммы кредита с причитающимися ему процентами. Однако заемщик может лишиться кредитора этого права выбора, если в предусмотренный соглашением об отступном срок он хотя бы частично исполнит одно из отмеченных двух обязательств, тем самым он (должник) реализует принадлежащее ему изначально право выбора исполнения одного из двух обязательств, оставив кредитору право требования исполнения лишь того обязательства, на котором остановил свой выбор должник.

Хотелось бы также предостеречь от весьма распространенной ошибки, когда заемщик (в качестве залогодателя) передает кредитору (как залогодержателю) в качестве отступного предмет залога. К сожалению, некоторые российские авторы не только не замечают в подобной ситуации каких-либо отступлений от закона, но и рекомендуют соответствующий способ прекращения обязательств к широкому применению. В качестве иллюстрации к сказанному можно привести, например, рассуждения об отступном по кредитному договору, суть которых состоит в том, что, "если кредитный договор обеспечен залогом, кредитор-залогодержатель и заемщик-залогодатель после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога (невозврат кредита в срок и т.п.) могут заключить нотариально удостоверенное соглашение об удовлетворении требования

кредитора за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд (ст. 349)" <*>.

<*> Захарова Н.Н. Указ. соч. С. 55.

Однако если подобное соглашение (законность которого с точки зрения залогового права не вызывает сомнений) будет оформлено как соглашение об отступном (на чем настаивает Н.Н. Захарова), то скорее всего оно будет признано недействительной сделкой. Согласно разъяснению, содержащемуся в Постановлении Пленумов ВС и ВАС РФ N 6/8 (п. 46), действующее законодательство не предусматривает возможность передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация обеспеченного залогом обязательства <*>.

<*> Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, принятые с апреля 1992 г. по ноябрь 2000 г. С. 54.

Следовательно, для того, чтобы в подобной ситуации соглашение об отступном не было признано недействительной сделкой, стороны в качестве кредитора и заемщика по кредитному договору (а не как залогодержатель и залогодатель по договору залога) должны договориться о прекращении обязательства по кредитному договору путем передачи кредитору определенного имущества (но не предмета залога).

Весьма распространенным способом прекращения обязательства заемщика по кредитному договору (а стало быть, и самого кредитного договора) является зачет встречного однородного требования, которым располагает заемщик (теперь в качестве кредитора) по отношению к банку-кредитору. Зачет встречного однородного требования может служить основанием прекращения обязательства заемщика как в полном объеме, так и частично в зависимости от размера встречного требования к банку, которым располагает заемщик. Причем в последнем случае (при недостаточности встречного требования заемщика) прекращаемая часть обязательства заемщика должна определяться по правилам об очередности погашения денежного обязательства, предусмотренным ст. 319 ГК РФ. В подтверждение этого вывода можно привести пример, содержащийся в Обзоре практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований <*> (п. 6).

<*> Приложение к информационному письму Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. N 65 // Вестник ВАС РФ. 2002. N 3. С. 5 - 17.

Коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с должника невозвращенного кредита и процентов за пользование кредитом.

Возражая против иска, ответчик заявил о частичном прекращении его обязательства зачетом встречного однородного требования к банку.

Арбитражным судом было установлено, что размер имеющегося у ответчика встречного однородного требования к банку был достаточен для погашения лишь части всех возникших из кредитного договора требований истца.

Ответчик полагал, что имеет право самостоятельно определить, какие из требований кредитора подлежат прекращению зачетом. В своем письме банку он указал, что зачетом погашаются его обязательства по возврату кредита, а также определенной части начисленных процентов за пользование им.

Истец в судебном заседании заявил, что ответчик не вправе был погашать зачетом в первую очередь требование о возврате самой суммы займа (капитальной суммы), поскольку в соответствии со ст. 319 ГК РФ сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем проценты, а в оставшейся части - основную сумму долга.

Арбитражный суд, удовлетворяя иск банка, указал, что отношения сторон по частичному зачету встречного денежного требования прямо не урегулированы законодательством, поэтому при отсутствии соответствующего соглашения сторон и применимого обычая делового оборота к отношениям истца и ответчика должно применяться законодательство, регулирующее сходные отношения (п. 1 ст. 6 ГК).

Зачет встречного однородного требования (ст. 410 ГК) и надлежащее исполнение (ст. 408 ГК) представляют собой случаи прекращения обязательства. Поэтому в данном деле к частичному зачету встречного денежного требования должны предъявляться такие же требования, как и к исполнению денежного обязательства. Исполнение денежного обязательства при недостаточности произведенного платежа регулируется ст. 319 ГК РФ. Следовательно, при зачете части встречного денежного требования должны учитываться требования данной статьи Кодекса.

Таким образом, если иное не предусмотрено договором, при недостаточности встречного денежного требования заемщика для полного прекращения его денежного обязательства зачетом в первую очередь должны считаться прекращенными издержки кредитора по получению исполнения, затем - проценты, а в оставшейся части - основная сумма долга.

Следует также учитывать, что при применении указанного способа прекращения обязательств оба обязательства (как заемщика, так и кредитора по встречному требованию заемщика) считаются прекращенными зачетом с момента наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее. Об этом может свидетельствовать следующий пример, помещенный в том же Обзоре практики Высшего Арбитражного Суда РФ.

Банк обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с заемщика процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК) в связи с несвоевременным возвратом кредита. Ответчик иск признал частично, указав, что проценты за несвоевременный возврат кредита должны исчисляться до дня направления им заявления о зачете обязательства по возврату кредита встречным однородным требованием к банку, срок которого наступил.

Истец, не возражая против возможности прекращения кредитного обязательства зачетом, заявил о необходимости исчислять проценты не до дня направления ответчиком письменного заявления о зачете, а до дня получения упомянутого заявления истцом.

Суд первой инстанции, удовлетворяя иск, в частности, отметил, что, исходя из смысла ст. 410 ГК РФ, для того чтобы обязательство считалось прекращенным, необходимо уведомить другую

сторону о зачете и с этого момента обязательства считаются прекращенными. Поэтому проценты за пользование чужими денежными средствами подлежат начислению со дня просрочки возврата суммы до дня получения кредитором (истцом) письменного заявления должника (ответчика) о зачете встречного однородного требования.

Суд кассационной инстанции решение в части взыскания процентов, начисленных до момента получения истцом уведомления о зачете, отменил и в этой части в иске отказал. При этом было указано, что заявленное к зачету требование считается погашенным с момента наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее. В данном случае позднее наступил срок исполнения обязательства ответчика. Если встречные требования являются однородными, срок их исполнения наступил и одна из сторон сделала заявление о зачете, то обязательства считаются прекращенными в момент наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее, и независимо от того, когда было сделано или получено заявление о зачете.

Еще один способ прекращения обязательств, активно применяемый сторонами кредитного договора, - новация обязательства. В соответствии со ст. 414 ГК РФ обязательство может быть прекращено соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами, предусматривающим иной предмет или способ исполнения (новация).

Новация кредитного договора имеет место лишь в том случае, когда обязательство заемщика по возврату суммы полученного кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами заменяется иным обязательством (например, обязательством купли-продажи, по которому банк-кредитор приобретает статус покупателя имущества заемщика-продавца, а сумма задолженности по кредитному договору признается предоплатой, внесенной покупателем за соответствующее имущество заемщика). Как уже отмечалось в настоящей работе, судебная практика исходит из невозможности квалификации в качестве новации действий сторон по переоформлению кредиторской задолженности по ранее заключенным кредитным договорам, в том числе путем заключения нового кредитного договора. В этом случае первоначальное обязательство, возникшее из кредитного договора, не заменяется на новое обязательство (обязательство иного договорного типа), скорее имеет место изменение отдельных условий ранее возникшего обязательства: о сумме задолженности, о сроке ее возврата, о ставке процентов за пользование чужими денежными средствами.

В отличие от отступного при новации обязательства последнее считается прекращенным непосредственно с момента заключения сторонами соглашения о новации обязательства. Что касается иных оснований прекращения обязательства, предусмотренных гл. 26 ГК (совпадение должника и кредитора в одном лице, прощение долга, ликвидация юридического лица и др.), то их применение к правоотношениям, вытекающим из кредитного договора, не отличается какой-либо спецификой.

Глава VIII. ВИДЫ (РАЗНОВИДНОСТИ) КРЕДИТНОГО ДОГОВОРА

1. Формы банковского кредитования и кредитный договор

Согласно нормам действующего ГК РФ (гл. 42) о займе и кредите кредитный договор, будучи отдельным видом договора займа, не классифицируется (во всяком случае, в законодательном

порядке) на определенные виды и разновидности.

Вместе с тем в гражданско-правовой доктрине принято выделять различные формы банковского кредитования, которые в некоторых случаях приобретают характер отдельных видов (разновидностей) кредитного договора, а иногда и самостоятельных типов договорных обязательств. К примеру, в свое время Г.Ф. Шершеневич писал как о самостоятельном договоре о договоре об открытии кредита: "Открытие кредита, в тесном смысле слова как обещание предоставить в распоряжение контрагента, по его требованию, денежные суммы в пределах условленного размера, представляет собой сделку *suī generis*... Из такого соглашения об открытии кредита, все равно - обеспеченного или не обеспеченного, вытекает для банка, открывающего кредит, обязанность кредитовать контрагента в предусмотренной форме, т.е. в виде ли денежной ссуды, принятия векселей, оплаты чеков и др." <*>. В то же время он выделял в качестве отдельных видов банковского займа ссуды под заклад движимости (ломбардные операции) и ссуды под залог недвижимостей <***>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. С. 449.

<***> См.: Там же. С. 415 - 416.

В качестве самостоятельного договора, отличного от договора займа, но примыкающего к договору об открытии кредита, обеспеченному залогом "движимости", Г.Ф. Шершеневич рассматривал договор о специальном текущем счете (онкольный договор), под которым он понимал "обеспечиваемый залогом ценных бумаг бессрочный договор об открытии кредита с текущим составом как суммы долга, так и залога" <*>.

<*> Там же. С. 454.

М.М. Агарков в качестве разновидностей кредитных операций банков выделял срочные ссуды, специальный текущий счет до востребования (on call), целевые ссуды, гарантийный, акцептный и рамбурсный кредиты <*>.

<*> См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 91.

Срочная ссуда, по мнению М.М. Агаркова, "представляет собой денежный заем на определенный срок, по которому банк является займодавцем, а клиент - заемщиком". Под специальным текущим счетом до востребования (on call) он понимал "договор об открытии кредита в пределах до определенной суммы, которым клиент может пользоваться частями и который в любое время может быть прекращен банком". Юридическая природа данного договора "представляет собой сочетание предварительного договора о будущих займах в пределах суммы открытого кредита и отдельных бессрочных займов, совершаемых на основании этого предварительного договора". В отношении целевой ссуды М.М. Агарков писал: "Термин "целевая ссуда" обозначает такую ссуду, которая выдается с указанием целевого назначения тех средств, которые клиент получает от банка... Таким образом, отличая целевую ссуду от родственных ей явлений в области кредита, мы должны в

качестве специфического ее признака признать введение целевого назначения получаемых клиентом средств в содержание договора между ним и банком". По поводу гарантийного кредита он указывал: "Гарантийным кредитом называется принятие на себя банком поручительства перед третьим лицом за своего клиента. Банк в этом случае не предоставляет клиенту необходимые последнему средства, а дает ему возможность получить их от третьего лица" <*>. Что касается акцептного и рамбурсного кредитов, то такие формы кредитования используются в вексельном обороте. "Акцептный кредит, - отмечал М.М. Агарков, - предоставляется по договору, в силу которого банк обязуется акцептовать вексель, трассированный на него клиентом, а последний обязуется уплатить вознаграждение и своевременно погасить свой долг векселедержателю или же своевременно внести соответствующую сумму банку". Существо рамбурсного кредита раскрывалось М.М. Агарковым следующим образом: "Банк принимает на себя за вознаграждение обязательство перед клиентом, покупателем товара, акцептовать за счет клиента вексель, трассированный продавцом товара. Акцепт производится против документа на товар (коносамент), который и служит залоговым обеспечением открытого банком кредита" <***>.

<*> Там же. С. 91 - 98.

<***> Там же. С. 101 - 102.

Упоминание об указанных формах банковского кредитования можно встретить и в современной юридической литературе. Например, Е.А. Суханов пишет: "В банковской практике кредиты различаются по способу их оформления и выдачи. Так, кредитование может осуществляться путем "кредитования счета" (ст. 850 ГК). В этом случае банк оплачивает требования кредиторов своего клиента (заемщика) в пределах обусловленного договором лимита даже при отсутствии средств на счете клиента либо на большую сумму, чем находится на счете. Такой кредит называется также контокоррентным... или овердрафтом..." Упоминает Е.А. Суханов (в качестве отдельных разновидностей кредитного договора) также целевой кредит, онкольный кредит, рамбурсный или акцептный кредит и ломбардные кредиты (краткосрочные кредиты, предоставляемые Банком России коммерческим банкам под залог государственных ценных бумаг) <*>.

<*> См.: Суханов Е.А. Указ. соч. С. 226 - 227.

Аналогичные виды банковских кредитных сделок - акцептный кредит, овердрафт, онкольный кредит, целевые ссуды - упоминаются в юридической литературе и при анализе зарубежного законодательства <*>. По свидетельству А.А. Вишневого, в английской специальной литературе "принято рассматривать два вида кредитных операций: традиционный кредит и овердрафт. Причина этого состоит в том, что предоставление клиенту овердрафта является очень распространенным явлением в практике английских банков". "Овердрафт, - пишет А.А. Вишневский, - представляет собой предоставление клиенту кредита на короткий срок путем кредитования счета клиента... При этом клиенту устанавливается кредитный лимит ("потолок"), т.е. тот максимум, который может быть "подписан" на счете клиента. За использование овердрафта начисляются проценты в зависимости от использованного объема кредита и срока его использования. При традиционном кредите определенная сумма денег зачисляется на счет клиента и остается в его распоряжении в течение

согласованного сторонами срока... Как правило, проценты за пользование обыкновенным кредитом выше, чем за пользование овердрафтом" <*>.

<*> См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1992. С. 424.

<*> Вишневский А.А. Банковское право Англии. С. 205 - 206.

Называемые в юридической литературе различные формы банковского кредитования по сути своей являются экономическими отношениями кредита в широком смысле этого слова и лишь немногие из них имеют свое правовое воплощение в форме кредитного договора или его разновидностей. Например, договор о специальном текущем счете (on call) представляет собой договор банковского счета, в котором лишь присутствуют отдельные элементы кредитного обязательства, и по этой причине он не может быть признан видом (разновидностью) кредитного договора (в лучшем случае можно говорить о смешанном договоре). То же самое можно сказать и об овердрафте.

Отношения, охватываемые понятием "гарантийный кредит", на самом деле представляют собой обеспечительное (акцессорное) обязательство, связь которого с кредитным договором прослеживается только в том, что оно обеспечивает его исполнение со стороны заемщика. Поэтому так называемый гарантированный кредит ни при каких условиях не может быть квалифицирован в качестве разновидности кредитного договора.

Не имеют признаков кредитного договора (или его разновидности) также так называемые акцептный и рамбурсный кредиты, по которым банк, как и в предыдущих случаях, не принимает на себя обязательство предоставить заемщику определенную денежную сумму с обязательством ее возврата и уплаты процентов за пользование денежными средствами. В данном случае речь идет об определенных банковских операциях по акцепту переводных векселей.

Таким образом, из всех приведенных форм банковского кредитования собственно разновидностями кредитного договора можно признать лишь целевые ссуды и ссуды под обеспечение, которые при наличии всех общих признаков кредитного договора включают в свое содержание дополнительные условия об обязанностях заемщика соответственно по целевому использованию полученной суммы кредита или по предоставлению заемщиком предусмотренного кредитным договором обеспечения исполнения обязательства по возврату кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами.

Практический смысл выделения указанных разновидностей кредитного договора состоит также в дифференцированном правовом регулировании: ГК РФ включает в себя определенные специальные правила, рассчитанные на применение именно (и только) к целевым кредитам и кредитам под обеспечение (ст. ст. 813 и 814).

Исходя из специфики условий кредитного договора и наличия специального правового регулирования, учитывающего эту специфику, можно говорить как о разновидностях кредитного договора о срочных и бессрочных кредитах, о кредитах, возвращаемых по частям, и т.п.

Отдельной разновидностью кредитного договора (по тому же признаку наличия специфических условий), безусловно, является договор об открытии кредитной линии, на основании которого

заемщик приобретает право на получение и использование в течение обусловленного срока денежных средств при том условии, что общая сумма предоставленных заемщику денежных средств не превышает максимального размера, предусмотренного договором ("лимит выдачи"), либо размер единовременной задолженности заемщика не превышает предусмотренных договором пределов ("лимит задолженности").

В связи с особенностями субъектного состава кредитного договора можно выделить такие его разновидности, как межбанковские кредиты, синдицированные кредиты, кредиты Банка России, потребительский кредит.

2. Кредиты Банка России (рефинансирование)

Осуществляемое Банком России кредитование коммерческих банков и иных небанковских кредитных организаций (расчетных небанковских кредитных организаций и небанковских кредитных организаций, осуществляющих депозитные и кредитные операции), называемое рефинансированием, представляет собой исключительную сферу деятельности этого Банка. Отношения, связанные с рефинансированием, которые складываются между Банком России (кредитором) и кредитными организациями (заемщиками), оформляются путем заключения ряда договоров: генерального кредитного договора на предоставление кредитов Банка России, обеспеченных залогом (блокировкой) ценных бумаг, а также договоров о предоставлении ломбардных кредитов, внутрисдневных кредитов и кредитов овернайт, являющихся особыми разновидностями кредитного договора. Указанные особенности проявляются практически во всех элементах соответствующих договорных обязательств: субъектном составе, порядке их заключения, обеспечении их исполнения, содержании обязательств и т.п.

В соответствии со ст. 4 Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)" (далее - Закон о Банке России) <*> названный Банк является кредитором последней инстанции для кредитных организаций, организует систему их рефинансирования. Причем рефинансирование кредитных организаций рассматривается в качестве одного из основных инструментов и методов денежно-кредитной политики Банка России (ст. 35 Закона о Банке России). Осуществляя рефинансирование кредитных организаций, Банк России регулирует общий объем выдаваемых им кредитов в соответствии с принятыми ориентирами единой государственной денежно-кредитной политики и использует процентную политику для воздействия на рыночные процентные ставки (ст. ст. 36, 37 Закона о Банке России). Согласно ст. 40 указанного Закона формы, порядок и условия рефинансирования устанавливаются Банком России.

<*> СЗ РФ. 2002. N 28. Ст. 2790.

Принимая во внимание приведенные законоположения, нельзя не прийти к выводу о том, что цели рефинансирования, а стало быть, и конкретных договоров, заключаемых между Банком России и кредитными организациями (во всяком случае, на стороне кредитора - Банка России), находятся вне сферы частноправовых отношений и направлены на обеспечение проведения соответствующей государственной денежно-кредитной политики, т.е. публичных интересов.

Нельзя не отметить и ту особенность правового регулирования договоров, опосредующих

отношения по рефинансированию кредитных организаций, что правила заключения и исполнения указанных договоров определяются одним из их участников, выступающим в роли кредитора, - Банком России, который в соответствии со своими полномочиями, предоставленными ему ст. 40 Закона о Банке России, утвердил Положение о порядке предоставления Банком России кредитным организациям кредитов, обеспеченных залогом (блокировкой) ценных бумаг, от 4 августа 2003 г. N 236-П <*> (далее - Положение N 236-П). В соответствии с Положением N 236-П кредиты Банка России предоставляются банкам в валюте Российской Федерации в целях поддержания и регулирования ликвидности банковской системы на условиях обеспеченности, срочности, возвратности и платности. Обеспечением кредитов Банка России является залог (блокировка) ценных бумаг, включенных в ломбардный список, утверждаемый Банком России.

<*> Зарегистрировано в Минюсте России 29 августа 2003 г. N 5033. См.: Вестник Банка России. 2003. N 62.

Банк России предоставляет банкам внутрисдневные кредиты, кредиты овернайт и ломбардные кредиты. Внутрисдневные кредиты предоставляются в течение дня работы подразделения расчетной сети Банка России (уполномоченной расчетной небанковской кредитной организацией - РНКО). Кредиты овернайт предоставляются на один рабочий день, ломбардные кредиты - на сроки, устанавливаемые Банком России.

Возврат банками-заемщиками кредитов Банка России и уплата процентов по ним производятся в сроки, установленные заключенными между Банком России и этими банками генеральными кредитными договорами.

Размер процентных ставок по кредитам овернайт, ставок отсечения и средневзвешенных ставок по результатам проведенных ломбардных кредитных аукционов, процентных ставок по ломбардным кредитам, предоставляемым по фиксированной процентной ставке, и платы за право пользования внутрисдневными кредитами устанавливается Банком России и публикуется в "Вестнике Банка России".

При изменении величин процентных ставок Банка России по кредитам овернайт и ломбардным кредитам, предоставляемым по фиксированной процентной ставке, выдача кредитов Банка России с применением новых процентных ставок осуществляется с даты, указанной в решении Банка России об изменении величин соответствующих процентных ставок по кредитам этого Банка.

Кредиты Банка России от его имени предоставляются банкам уполномоченными учреждениями (подразделениями) Банка России в порядке, установленном Положением N 236-П и заключенными между Банком России и банками-заемщиками генеральными кредитными договорами.

Кредиты Банка России предоставляются на банковские счета банков, открытые на основании договоров банковского счета в подразделениях расчетной сети Банка России (в уполномоченных РНКО). При наличии достаточного обеспечения и соблюдении условий, установленных Положением N 236-П, банк может получить несколько кредитов Банка России, в том числе в течение одного рабочего дня.

Договоры, заключаемые Банком России и банками-заемщиками при осуществлении операций предоставления кредитов Банка России, со стороны банков должны быть оформлены подписями уполномоченных должностных лиц и отпечатками печатей банков, соответствующими образцам,

представленным в карточках с образцами подписей и оттиска печати, находящихся в уполномоченных учреждениях Банка России. Документы, направляемые банками в адрес Банка России, должны быть оформлены (в случае их направления на бумажном носителе) подписями уполномоченных должностных лиц и оттисками печатей банков, соответствующими образцам, представленным в карточках с образцами подписей и оттиска печати, находящихся в уполномоченных учреждениях Банка России, либо (в случае их направления в электронном виде) аналогами собственноручной подписи (п. п. 2.1 - 2.9 Положения N 236-П).

Положение N 236-П обуславливает получение банками кредитов Банка России необходимостью совершения ряда предварительных действий.

В частности, банк - потенциальный заемщик должен предоставить (в соответствии с заключенными договорами банковского счета) Банку России право на списание с банковских счетов банка денежных средств в объеме требований Банка России по предоставленным кредитам без распоряжения банка - владельца банковского счета на основании инкассового поручения уполномоченного учреждения Банка России.

Банк - потенциальный заемщик должен заключить с Банком России генеральный кредитный договор. При заключении данного договора банк самостоятельно выбирает, какими видами кредитов Банка России он будет пользоваться. При этом заключение генерального кредитного договора на получение внутридневного кредита одновременно требует заключения генерального кредитного договора на предоставление кредита овернайт, и наоборот - заключение генерального кредитного договора на получение кредита овернайт требует заключения генерального кредитного договора на получение внутридневного кредита.

В целях получения внутридневных кредитов и кредитов овернайт банк - потенциальный заемщик должен заключить с Банком России также ряд дополнительных соглашений, в частности: о предоставлении Банку России права на списание суммы платы за право пользования внутридневными кредитами с основного счета банка без распоряжения банка - владельца основного счета на основании инкассового поручения уполномоченного учреждения Банка России; об осуществлении Банком России (уполномоченной РНКО) платежей с основного счета банка сверх остатка денежных средств на указанном счете в рамках действия генерального кредитного договора.

Банк - потенциальный заемщик должен иметь счет депо в организации-депозитарии, выдать Банку России доверенность, а также заключить дополнительные соглашения к депозитарному договору с депозитарием: об открытии раздела "Блокировано Банком России" на своем счете депо; о праве Банка России открывать и присваивать номера определенным разделам на счете депо банка: "Блокировано в залоге под ломбардные кредиты Банка России" и "Блокировано для торгов по реализации ценных бумаг, заложенных под ломбардные кредиты Банка России" (для получения банком ломбардных кредитов); "Блокировано в залоге под кредиты овернайт Банка России" и "Блокировано для торгов по реализации ценных бумаг, заложенных по кредитам овернайт Банка России" (для получения банком внутридневных кредитов и кредитов овернайт); о назначении Банка России оператором соответствующих разделов счета депо банка; о праве Банка России закрывать указанные разделы счета депо банка (п. п. 3.1 - 3.4 Положения N 236-П).

Рассчитывать на получение кредитов Банка России могут только хорошо работающие банки, относимые в соответствии с нормативными актами Банка России к так называемым финансово стабильным кредитным организациям. Обязательным требованием к банку - потенциальному заемщику является также соблюдение нормативов обязательных резервов и отсутствие неуплаченных

штрафов за их нарушение. Указанный банк не должен иметь каких-либо просроченных денежных обязательств перед Банком России (п. 3.5 Положения N 236-П). Что касается обеспечения исполнения обязательств банка-заемщика по возврату кредитов Банка России и уплате процентов по ним, то в качестве такового применяется залог ценных бумаг, включенных в так называемый ломбардный список, утверждаемый Банком России, которые принадлежат банку-заемщику и учитываются на его счете депо в депозитории. В залог принимаются ценные бумаги со сроком погашения не ранее чем через 10 дней после наступления срока исполнения обязательства банка по возврату кредита Банку России, рыночная стоимость которых должна быть большей или равной сумме кредита Банка России (п. 3.7 Положения N 236-П).

Днем (датой) предоставления ломбардного кредита или кредита овернайт является день зачисления суммы кредита на основной счет банка (на основании платежного поручения уполномоченного учреждения Банка России), а внутридневного кредита - день исполнения подразделением расчетной сети Банка России (уполномоченной РНКО) расчетного документа, предъявленного к основному счету банка, сумма которого превышает остаток денежных средств, имеющихся на данном счете.

Начисление процентов за пользование кредитами Банка России (ломбардными кредитами, кредитами овернайт) осуществляется по процентной ставке (в процентах годовых), определяемой Банком России. Начисление и взимание процентов за пользование внутридневными кредитами не производятся. За право пользования внутридневными кредитами взимается плата.

Начисление процентов на сумму долга по кредиту Банка России производится по формуле простых процентов за период со дня, следующего за днем предоставления кредита, до дня погашения кредита включительно за каждый календарный день, исходя из количества календарных дней в году (365 или 366 дней соответственно). Проценты начисляются на остаток задолженности по основному долгу по кредиту Банка России на начало операционного дня. День предоставления кредита Банка России не учитывается при расчете суммы начисленных процентов.

Погашение банком кредита Банка России (кредита овернайт, ломбардного кредита) и уплата процентов по нему производятся в срок, предусмотренный договором, путем предъявления уполномоченным учреждением Банка России инкассового поручения на сумму требований Банка по генеральному кредитному договору и соответствующему требованию Банка России к основному счету банка-заемщика.

Погашение внутридневного кредита осуществляется за счет текущих поступлений денежных средств на основной счет банка в сумме, достаточной для погашения требований Банка России по выданному на данный основной счет банка внутридневному кредиту.

При неисполнении или ненадлежащем исполнении банком обязательств по погашению кредита Банка России и уплате процентов по нему отсрочка платежа не производится, и Банк России начинает процедуру реализации находящихся в залоге ценных бумаг. Одновременно Банк России вправе производить списание денежных средств в объеме требований по кредиту Банка России с банковских счетов банка-заемщика без распоряжения этого банка; на основании инкассового поручения уполномоченного учреждения Банка России банк уплачивает неустойку (пеню), которая начисляется на остаток просроченной задолженности по основному долгу на начало операционного дня за каждый календарный день просрочки до дня удовлетворения требований Банка России по возврату основного долга по кредиту включительно.

Неустойка (пеня) начисляется в размере ставки рефинансирования Банка России (в процентах

годовых), действующей на дату предъявления Банком России соответствующего требования.

Положением N 236-П предусмотрены некоторые особенности применительно к отдельным разновидностям кредитов Банка России: ломбардным кредитам, внутридневным кредитам и кредитам овернайт.

Ломбардные кредиты предоставляются уполномоченным учреждением Банка России на основании следующих документов: заключенного генерального кредитного договора, предусматривающего предоставление банку ломбардных кредитов; заявления на получение ломбардного кредита по фиксированной процентной ставке или заявки на участие в ломбардном кредитном аукционе.

Ломбардные кредиты Банка России предоставляются по заявлениям банков на получение ломбардных кредитов (ломбардные кредиты предоставляются в любой рабочий день по фиксированной процентной ставке, установленной Банком России) или по результатам проведенного ломбардного кредитного аукциона (ломбардные кредиты предоставляются после проведения Банком России аукциона по процентной ставке, определяемой по итогам аукциона и публикуемой в официальном сообщении об итогах проведения аукциона).

Ломбардные кредитные аукционы проводятся Банком России как процентные конкурсы заявок банков на участие в ломбардном кредитном аукционе. Основанием для проведения аукциона является официальное сообщение Банка России о проведении ломбардного кредитного аукциона, в котором устанавливаются: способ проведения аукциона, срок, на который предоставляется кредит, размер максимальной доли неконкурентных заявок на участие в ломбардном кредитном аукционе (в процентах от общего объема заявок, поданных банком) и, при необходимости, другие условия проведения аукциона. Официальное сообщение публикуется в "Вестнике Банка России" и в других средствах массовой информации. Банк России вправе устанавливать ограничения по количеству принимаемых к аукциону заявок одного банка. Установленные Банком России ограничения указываются в официальном сообщении этого Банка о проведении ломбардного кредитного аукциона.

Конкурентные заявки банков, принятые к аукциону, ранжируются по уровню предложенной банками процентной ставки, начиная с максимальной. В случае исчерпания объема кредита, выставяемого на аукцион, Банк России вправе пропорционально сократить сумму каждой конкурентной заявки, в которой указана процентная ставка, принятая Банком России в качестве ставки отсечения, в списке удовлетворенных конкурентных заявок. При этом конкурентные заявки банков могут удовлетворяться частично.

Неконкурентные заявки банков, принятые к аукциону, удовлетворяются по средневзвешенной ставке, сложившейся по итогам проведения ломбардного кредитного аукциона. При этом расчет средневзвешенной ставки осуществляется Банком России по удовлетворенным (частично удовлетворенным) по итогам проведения аукциона конкурентным заявкам банков.

Ломбардные кредитные аукционы проводятся одним из следующих способов: "американский" способ, когда конкурентные заявки, вошедшие в список удовлетворенных конкурентных заявок, удовлетворяются по процентным ставкам, предлагаемым банками в указанных заявках, которые равны или превышают ставку отсечения, установленную Банком России по результатам аукциона; "голландский" способ, когда конкурентные заявки, вошедшие в список удовлетворенных конкурентных заявок, удовлетворяются по минимальной процентной ставке, которая войдет в список удовлетворенных конкурентных заявок банков (т.е. по ставке отсечения, установленной Банком

Росси по результатам аукциона).

Банк России вправе проводить ломбардные кредитные аукционы на иных условиях, устанавливаемых им же и публикуемых в "Вестнике Банка России".

Внутридневные кредиты и кредиты овернайт предоставляются Банком России банку-заемщику на основании заключенного генерального кредитного договора, предусматривающего предоставление таких кредитов.

Внутридневные кредиты предоставляются при предъявлении в течение дня работы подразделения расчетной сети Банка России (уполномоченной РНКО) расчетных документов к основному счету банка в соответствии с законодательством Российской Федерации или договором в сумме, превышающей остаток денежных средств по этому счету.

Кредиты овернайт предоставляются при наличии в конце дня (в конце времени приема и обработки расчетных документов, предъявленных к банковским счетам клиентов Банка России (уполномоченной РНКО)) непогашенного внутридневного кредита Банка России.

Предоставление внутридневных кредитов и кредитов овернайт банкам допускается в пределах лимитов внутридневного кредита и кредита овернайт, рассчитываемых и устанавливаемых Банком России ежедневно по каждому банку.

Величина задолженности по внутридневному кредиту, выданному по основному счету банка в любой момент времени, а также предоставляемый на основной счет банка кредит овернайт не должны превышать установленный Банком России лимит внутридневного кредита и кредита овернайт.

За право пользования внутридневными кредитами с банка взимается плата в пользу Банка России в фиксированном размере. Указанная плата взыскивается на следующий рабочий день после подписания с банком генерального кредитного договора и в дальнейшем - ежемесячно с основного счета банка на основании инкассового поручения уполномоченного учреждения Банка России.

Таковы особенности договоров (разновидностей кредитного договора), с помощью которых оформляются отношения по кредитованию Банком России кредитных организаций (рефинансирование).

3. Потребительский кредит

Выделение договора потребительского кредита в качестве отдельной разновидности кредитного договора продиктовано тем обстоятельством, что указанному договору присущи две весьма существенные особенности: во-первых, в роли заемщика по договору потребительского кредита выступает гражданин, который, получая кредит от банка-кредитора, преследует цель использования полученной суммы кредита для удовлетворения своих личных, семейных, домашних, бытовых и иных потребностей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности; во-вторых, отношения, связанные с потребительским кредитованием, подпадают под действие специального законодательства о защите прав потребителей.

В соответствии со ст. 9 Федерального закона от 26 января 1996 г. N 15-ФЗ "О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" <*> (содержащей нормы об отдельных видах договорных обязательств, включая кредитный договор) в случаях, когда одной из

сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, такой гражданин пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с ГК РФ, а также правами, предоставленными потребителю законодательством о защите прав потребителей и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами.

<*> СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 411.

Позже такой подход к правовому регулированию договорных отношений с участием граждан-потребителей был закреплен в новой редакции Федерального закона "О защите прав потребителей" <*> (п. 1 ст. 1), которым предусмотрено, что отношения в области защиты прав потребителей регулируются ГК РФ, названным Федеральным законом и принимаемыми в соответствии с ним иными федеральными законами и правовыми актами Российской Федерации.

<*> Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. N 2300-1 "О защите прав потребителей" (в ред. Федерального закона от 17 декабря 1999 г. N 212-ФЗ) // Ведомости Верховного Совета РФ. 1992. N 15. Ст. 766; СЗ РФ. 1999. N 51. Ст. 6287.

Применительно к законодательству о защите прав потребителей банк-кредитор в кредитном договоре признается исполнителем, который определяется как "организация независимо от ее организационно-правовой формы, а также индивидуальный предприниматель, выполняющие работы или оказывающие услуги потребителям по возмездному договору", а заемщик - потребителем, под которым понимается "гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности" <*>.

<*> Преамбула Федерального закона "О защите прав потребителей".

В целом же отношения по потребительскому кредитованию граждан в законодательстве о защите прав потребителей квалифицируются как оказание финансовых услуг. Во всяком случае, именно таким образом толкуются соответствующие нормы законодательства о защите прав потребителей в судебной практике. В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 сентября 1994 г. N 7 (в ред. от 21 ноября 2000 г.) "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей" <*> (п. 1) содержится разъяснение, согласно которому отношения, регуливаемые законодательством о защите прав потребителей, могут возникать, в частности, из договоров об оказании финансовых услуг, направленных на удовлетворение личных, семейных, домашних и иных нужд потребителя-гражданина, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в том числе предоставление кредитов, открытие и ведение счетов клиентов-граждан, осуществление расчетов по их поручению и т.п.

<*> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. N 1; 2001. N 2, 12.

Правда, следует оговориться, что такая трактовка кредитного договора (отнесение его к числу договоров об оказании финансовых услуг) должна ограничиваться лишь сферой действия законодательства о защите прав потребителей. С точки зрения гражданского права кредитный договор как отдельный вид договора займа относится к категории договоров о передаче имущества и в этом смысле составляет одну классификационную группу с договорами имущественного найма и ссуды, а не с договорами банковского вклада и банковского счета, которые действительно относятся к категории договоров об оказании финансовых (банковских) услуг.

Выделение категории потребительского кредита характерно и для зарубежного законодательства, где соответствующие отношения зачастую регулируются специальными законами о потребительском кредитовании. Так, по свидетельству А.А. Вишневого, в Англии вопросы потребительского кредита урегулированы Законом о потребительском кредите 1974 г. Раскрывая понятие потребительского кредита по английскому праву, А.А. Вишневский пишет: "Потребительским является кредит, который отвечает двум основным характеристикам: он предоставляется физическому лицу для потребительских целей; его размер не превышает 25000 ф. ст. ... В рамки потребительского кредита укладывается ряд достаточно разнообразных соглашений кредитного характера между клиентом и банком. Так, это может быть лимит овердрафта по текущему или карточному счету, а также специальное соглашение о предоставлении займа... В ряде случаев потребительским может быть кредит, возникающий в процессе договорных отношений, отношений трех сторон - банка-кредитора, поставщика товаров и клиента. Так происходит в случае приобретения товаров с использованием кредитной карты" <*>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право Англии. С. 209 - 210.

Существенными особенностями, как подчеркивает А.А. Вишневский, отличается правовое регулирование договора потребительского кредита: Закон 1974 г. "достаточно подробно регулирует на первый взгляд мелкие детали договора, такие как наименование заголовка документа, размер шрифта договора, степень контраста между шрифтом и бумагой, на которой он напечатан, и др. Договор должен содержать ряд перечисленных в Законе условий, таких как общая сумма кредита, годовая процентная ставка, график выплаты кредита должником. При этом такие условия не должны быть "перемешаны" с другими условиями, а должны располагаться рядом с полем для подписи договора должником... Нарушение кредитором данных требований к форме и содержанию соглашения может в ряде случаев повлечь невозможность принудительного исполнения кредитного договора" <*>.

<*> Вишневский А.А. Банковское право Англии. С. 210 - 211.

Важное значение придается английским Законом о потребительском кредите обязанностям кредитора по представлению заемщику по требованию последнего разнообразной информации, связанной с заключением и исполнением договора потребительского кредита, вплоть до того, что на

кредитора возложена обязанность по представлению по требованию заемщика в семидневный срок информации о том, в какие справочно-кредитные агентства обращался кредитор перед заключением договора потребительского кредита в целях получения сведений о заемщике. Заемщик же наделен правом получить в соответствующем справочно-кредитном агентстве копию файла с информацией о заемщике, которая была передана кредитору. В связи с предоставлением заемщику права досрочного возврата кредита на кредитора возложена обязанность представлять по требованию заемщика в 12-дневный срок сведения о сумме задолженности по кредиту, которая причитается к выплате. При невозврате кредита в срок, предусмотренный договором, кредитор, прежде чем предпринимать какие-либо действия по принудительному взысканию задолженности либо обращению взыскания на обеспечение кредита, должен направить соответствующее сообщение заемщику, который вправе в течение семи дней исполнить свое обязательство <*>.

<*> См.: Там же. С. 211.

Закон о потребительском кредите содержит нормы, препятствующие включению в соответствующие договоры кабальных (для заемщика) условий. При этом договор потребительского кредита может быть признан кабальной сделкой в том случае, если плата за кредит несоразмерно велика либо если в соглашении о кредите имеются иные противоречия понятию о честной торговле. "Что является несоразмерной платой за кредит и в чем противоречие принципам честной торговли, - подчеркивает А.А. Вишневский, - является вопросом факта и исследуется в каждом конкретном случае" <*>.

<*> Там же. С. 212.

Аналогичный специальный Закон о потребительском кредите действует в Германии и применяется к кредитным договорам и договорам о посредничестве при кредитовании между лицом, которое при осуществлении своей промысловой или профессиональной деятельности предоставляет кредит (кредитор) либо посредничает или подыскивает возможность для кредитования (кредитный посредник), и физическим лицом (потребителем), кроме случаев, когда кредит предназначен для промысловой или самостоятельной профессиональной деятельности. При этом под кредитным договором понимается договор, по которому кредитор предоставляет или обязуется предоставить потребителю возмездный кредит в форме займа, соглашение об отсрочке платежа или другой финансовой помощи. Договором о кредитном посредничестве признается договор, по которому кредитный посредник совершает за вознаграждение действия по посредничеству в интересах потребителя или по изысканию для него возможности заключения кредитного договора.

Оферта и акцепт при заключении кредитного договора должны быть сделаны в письменной форме. Причем заявление потребителя должно содержать следующие сведения: о сумме кредита (максимальный предел кредита); об общей сумме всех платежей, уплачиваемых потребителем частями в погашение кредита, в уплату процентов и других расходов; о способе возврата кредита или условиях прекращения договора; о процентной ставке и размере иных возмещаемых расходов при кредитовании; о расходах на страхование риска непогашения кредита; о предоставляемом обеспечении возврата кредита и некоторые другие.

Несоблюдение требований, предъявляемых к форме кредитного договора, а также отсутствие в нем хотя бы одного из названных условий по общему правилу влечет его недействительность. Однако если по указанному кредитному договору заемщик (потребитель) получит сумму кредита или заявит требование о ее предоставлении, кредитный договор признается действительным.

Закон о потребительском кредите предусматривает ответственность заемщика за просрочку платежей по кредитному договору в форме процентов, начисляемых на сумму соответствующей задолженности в размере дисконтной ставки Германского федерального банка, увеличенной на пять пунктов. Данное обстоятельство (наличие ответственности в форме начисления узаконенных процентов), по-видимому, исключает возможность применения договорной неустойки или договорных процентов в случае просрочки исполнения заемщиком своих обязательств.

В порядке исключения из общего правила об очередности погашения денежного обязательства при недостаточности суммы платежа (§ 367 ГГУ) произведенные заемщиком-потребителем платежи по кредитному договору, не достаточные для полного погашения обязательства, срок исполнения которого наступил, сначала погашают издержки кредитора по получению исполнения, затем оставшуюся сумму долга и только в последнюю очередь проценты. При этом кредитор не вправе отказать потребителю в принятии частичных платежей.

Законом о потребительском кредите ограничены права кредитора на расторжение кредитного договора. В частности, кредитный договор, предусматривающий возврат суммы кредита частями (в рассрочку), в случае просрочки заемщика-потребителя может быть расторгнут по инициативе кредитора лишь при том условии, что потребитель просрочил не менее двух следующих друг за другом частичных платежей и в размере не менее 10%, а при сроке действия кредитного договора более трех лет - 5% номинальной суммы кредита. Кроме того, кредитор должен предупредить заемщика о своих действиях по расторжению кредитного договора и предоставить ему двухнедельный срок для уплаты просроченной задолженности.

Весьма примечательными (и полезными для регулирования российского имущественного оборота) представляются содержащиеся в германском Законе о потребительском кредите правила о взаимосвязанных сделках. Согласно этим правилам договор купли-продажи образует взаимосвязанную сделку с кредитным договором, если кредит служит финансированию покупной цены и оба договора следует рассматривать в экономическом единстве (которое признается имеющим место, если при подготовке или заключении кредитного договора кредитор пользовался содействием продавца).

Волеизъявление потребителя, направленное на заключение взаимосвязанного договора купли-продажи, обретает силу только в том случае, если потребитель не заявит в установленном порядке об отзыве своего волеизъявления, направленного на заключение договора купли-продажи. В случаях, когда на момент отзыва потребителем своего волеизъявления на заключение договора купли-продажи сумма кредита уже передана продавцу, то в отношениях с потребителем (в части правовых последствий такого отзыва) кредитор вступает в права и обязанности продавца по договору купли-продажи.

Потребитель вправе отказаться от возврата кредита (перечисленного продавцу в целях оплаты приобретенного товара) при наличии обстоятельств, дающих ему право на отказ от исполнения обязательств, вытекающих из договора купли-продажи.

Названные законоположения о взаимосвязанных сделках распространяют свое действие также на отношения, возникающие при предоставлении кредитов для финансирования уплаты

вознаграждения по иным договорам, отличным от договоров о передаче вещей (т.е. договорам о выполнении работ или об оказании услуг).

Нормы, содержащиеся в германском Законе о защите прав потребителей, носят императивный характер, что исключает возможность обхода соответствующих законоположений. Согласно данному Закону условия, ухудшающие положение потребителя по сравнению с предписаниями указанного Закона, являются недействительными. Более того, этот Закон подлежит применению и в тех случаях, когда его положения обходятся путем иных формулировок.

Весьма полезными для развития и совершенствования российского законодательства в области потребительского кредита представляются положения Директивы Европейского Совета от 22 декабря 1986 г. N 87/102/EWG "Об унификации правовых и административных положений государств-членов о потребительском кредите" (далее - Директива) <*>.

<*> Приведена в кн.: Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 211 - 221 (неофициальный перевод Р.И. Каримуллиной).

Согласно указанной Директиве кредитные договоры, заключаемые в письменной форме (потребитель получает один экземпляр письменного договора), должны содержать следующие условия: о фактическом годовом проценте; условия, при которых фактический годовой процент может быть изменен; о сумме, количестве и периодах (моментах) осуществления платежей, которые потребитель должен совершить для погашения кредита, уплаты процентов и возмещения других расходов, а также по мере возможности - об общей сумме всех этих платежей; об элементах расходов, которые не учитываются при расчете фактического годового процента, но подлежат возмещению потребителем при наступлении определенных обстоятельств, а также перечень таких обстоятельств.

Названными условиями далеко не исчерпывается круг существенных условий договора потребительского кредита. В приложении N 1 к Директиве содержится примерный перечень существенных условий договора потребительского кредита применительно к отдельным его видам, которые рекомендуется предусматривать в национальных законодательствах государств - членов ЕС.

Например, для кредитных договоров, связанных с финансированием приобретения определенных товаров и услуг, предусмотрен круг существенных условий, в которые включены: описание товаров или услуг, которые являются предметом договора; цена, выплачиваемая немедленно, и цена, выплачиваемая в рамках кредитного договора; величина первого платежа, количество и размеры частичных платежей и сроки их осуществления; указание на то, что при досрочном возврате кредита потребитель имеет право на соразмерное уменьшение расходов по кредиту; наименование того, кто является собственником товара, и указание на то, при каких условиях потребитель становится собственником товара; детальные условия о предполагаемых способах обеспечения; период времени, предоставляемый потребителю для отказа от договора, и некоторые другие.

В кредитных договорах, исполняемых с помощью кредитных карт, должны содержаться следующие существенные условия: предполагаемая максимальная величина кредита; условия возврата кредита или порядок определения таких условий; предполагаемый период времени для отказа от договора.

Конткоррентные кредитные договоры должны предусматривать максимальную величину

кредита или порядок ее определения, условия использования и возврата кредита, предполагаемый период времени для отказа от кредита.

Особое внимание уделено в Директиве кредитным договорам, направленным на приобретение потребителями товаров, работ и услуг. Имеются в виду случаи, когда потребителю выдается кредит в рамках предварительного соглашения, достигнутого между кредитором и продавцом (исполнителем) товаров (услуг), которым предусматривается предоставление кредитов клиентам конкретного продавца (исполнителя) в целях приобретения его товаров (услуг). Если товары (услуги), к которым применяется кредитный договор, не предоставлены потребителю либо предоставленные продавцом (исполнителем) товары (услуги) не соответствуют условиям договора купли-продажи (оказания услуг), потребитель наделяется правом заявить возражения (относительно возврата кредита) против кредитора (ст. 11 Директивы).

На фоне стремительного развития правового регулирования потребительского кредита в европейских государствах особенно заметно отставание российского законодательства о защите прав потребителей в этой области. Распространение общего законодательства о защите прав потребителей на отношения, связанные с банковским кредитованием граждан, должно рассматриваться лишь как первый шаг в этом направлении.

Действующий Федеральный закон "О защите прав потребителей" не содержит ни одной нормы, рассчитанной на применение к договорам потребительского кредита. Данный вывод косвенным образом подтверждает и то обстоятельство, что в одном из последних (наиболее удачном и полном) комментариев законодательства о защите прав потребителей <*> нам не удалось обнаружить каких-либо "следов", свидетельствующих о практическом применении этого законодательства к отношениям, связанным с потребительским кредитованием граждан. Это прекрасно понимают и сами авторы, которые, комментируя законоположения о правовом регулировании отношений в области защиты прав потребителей, подчеркивают, что "классическое гражданское законодательство не рассчитано и не должно быть рассчитано на регулирование всех вопросов, связанных с защитой прав потребителей. В этих условиях появилась настоятельная необходимость в дальнейшем развитии и совершенствовании специального законодательства о защите прав потребителей, концентрирующего правовые нормы, обеспечивающие приоритет интересов потребителей в их взаимоотношениях с изготовителями, продавцами и исполнителями на рынке товаров и услуг". В связи с этим содержащиеся в ГК РФ и Законе о защите прав потребителей положения, как считают авторы комментария, "будут дополняться и раскрываться в законодательных актах, опосредующих отношения в самых различных сферах деятельности (при предоставлении транспортных, страховых, банковских и других услуг)" <***>.

<*> См.: Зименкова О.Н., Левшина Т.Л., Тобис В.И., Шерстобитов А.Е. Закон о защите прав потребителей: Комментарий к закону и практике его применения. М., 2004.

<***> Там же. С. 41 - 42 (автор соответствующего комментария - А.Е. Шерстобитов).

Представляется, что в ряду насущных законопроектов в области защиты прав потребителей одним из первых должен стоять проект Федерального закона "О потребительском кредите".

4. Вексельное "кредитование"

В последние годы в банковской практике получило широкое распространение так называемое вексельное кредитование, когда в заключаемом сторонами кредитном договоре помимо традиционных условий, предусматривающих обязательство банка по выдаче определенной суммы кредита заемщику и обязательство последнего по возврату суммы кредита и уплате процентов за пользование денежными средствами, содержится оговорка о том, что кредит в обусловленной сумме выдается простыми векселями банка-кредитора. Появление в имущественном обороте названной договорной конструкции, по-видимому, объясняется жесткой позицией Банка России в отношении возможного порядка исполнения обязательства банка-кредитора по выдаче кредита (только путем зачисления суммы кредита на банковский счет заемщика), а также некоторыми соображениями, кроющимися в налоговом законодательстве.

По этому поводу, например, Л.Г. Ефимова пишет: "Чтобы обойти правило о зачислении кредита на расчетный счет заемщика, кредитные организации стали выдавать так называемые вексельные кредиты. Договор вексельного кредита содержит единственное отличие от обычной типовой формы кредитного договора: банк обязуется предоставить клиенту кредит не деньгами, а простыми векселями банка, суммарный номинал которых соответствует сумме обещанного кредита" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 527 - 528.

Первоначальная реакция судебно-арбитражной практики на вексельное "кредитование" состояла в том, что подобные кредитные договоры нередко признавались недействительными, поскольку передача ценных бумаг (векселей) не могла составлять предмет обязательства на стороне банка по кредитному договору, а поэтому соответствующие кредитные договоры признавались противоречащими положениям ст. 819 ГК РФ о кредитном договоре. Как правильно отмечается в юридической литературе, приведенное суждение содержит логическую ошибку. "Если договор вексельного кредита не соответствует диспозиции ст. 819 ГК РФ, - замечает Л.Г. Ефимова, - то отсюда не следует, что он противоречит закону. Последний не содержит нормы, которая бы запрещала такого рода сделки. Поэтому логично было бы предположить, что рассматриваемый договор имеет иную правовую природу" <*>.

<*> Там же. С. 528.

В судебно-арбитражной практике можно было встретить и иные подходы к оценке договоров вексельного "кредитования": такие договоры нередко признавались нормальными кредитными договорами, по которым обязательство банка-кредитора по предоставлению кредита считалось исполненным с момента фактического платежа по выданным векселям; в других случаях такие договоры квалифицировались как купля-продажа векселей с отсрочкой их оплаты и т.п.

Так, по одному из дел по спору о недействительности договора вексельного кредитования арбитражный суд, принимая решение об отказе в иске, исходил из того, что между сторонами заключен договор купли-продажи векселей, по которому обязательства по передаче товара (векселей)

продавцом (банком) выполнены, а покупатель (заемщик) не произвел оплату переданного товара. Апелляционная и кассационные инстанции согласились с квалификацией указанного договора как договора купли-продажи ценных бумаг, однако, отменяя решение арбитражного суда, основывались на том, что указанный договор (как договор купли-продажи) не может быть признан заключенным из-за несогласования сторонами его существенных условий (предмета, количества товаров).

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в порядке надзора отменил принятые судебные акты по данному делу и направил его на новое рассмотрение, предложив арбитражному суду прежде всего определить правовую природу спорного договора, имея в виду, что указанный договор о кредитовании векселями не подпадает под определение договора купли-продажи, приведенное в ст. 454 ГК РФ, но в то же время не является и кредитным договором <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 11. С. 48 - 50.

В дальнейшем, определяя правовую природу договора о кредитовании векселями, судебнo-арбитражная практика остановилась на том, что такой договор, не являясь кредитным договором, может быть признан договором смешанным (п. 3 ст. 421 ГК), в котором содержатся элементы различных договоров, в том числе и договора займа (в части обязательства лица, получившего векселя банка, возвратить денежную сумму, составляющую их номинальную стоимость с соответствующими процентами). А поскольку в соответствующей части договор о кредитовании векселями подчиняется правилам о договоре займа, являющемся реальным договором, было признано, что вопрос о "возврате кредита" (т.е. об уплате денежной суммы, составляющей номинальную стоимость выданных векселей) банк-"кредитор" вправе поставить только после погашения вексельных обязательств, вытекающих из выданных им векселей <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1998. N 10. С. 49 - 50.

Данная позиция нашла поддержку и в юридической литературе. Так, Л.Г. Ефимова, комментируя соответствующий судебный акт, принятый Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, обратила внимание на содержащиеся в нем выводы, "во-первых, о соответствии этого договора действующему законодательству, во-вторых, о его смешанном характере... Обязательство банка предоставить кредит в силу ст. ст. 815, 818 ГК РФ оказывается преобразованным в вексельное обязательство. Следовательно, кредит необходимо считать предоставленным, а заемщика - обязанным платить проценты и возвращать долг только в момент оплаты указанных векселей" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 528.

По этому же поводу В.Г. Голышев указывает: "...вексель не является деньгами в собственном смысле слова, а его способность выполнять отдельные функции денег не превращает его в денежное средство. Следовательно, вексель в соответствии со ст. 819 ГК РФ не может выступать в качестве предмета кредитного договора. Вексельный кредит имеет отличную от кредита денежного правовую

природу... Очевидно, что сделка, именуемая вексельным кредитом, имеет смешанный характер, поскольку в силу специфики своего предмета не относится ни к одному из поименованных в ГК договоров" <*>.

<*> Гольшев В.Г. Указ. соч. С. 28 - 29.

Р.И. Каримуллин относительно тех случаев, когда "банк настаивает на предоставлении им кредитов в форме выдачи простых векселей, векселедателем по которым выступает он сам", пишет: "Но сама по себе выдача векселей... не влечет каких-либо юридических последствий для предоставления кредита. Реальную возможность по использованию заемного капитала заемщик получает позже, в момент оплаты векселей. Поэтому, строго говоря, предоставление кредита не знает такой формы, как выдача собственных простых векселей" <*>.

<*> Каримуллин Р.И. Указ. соч. С. 26.

В то же время названный автор допускает возможность ситуации, когда кредитным договором предусмотрена "передача заемщику чеков или переводных векселей, по которым заемщик может получить деньги у третьего лица". "Разница между передачей денег и указанных ценных бумаг, - утверждает Р.И. Каримуллин, - будет такая же, какая существует между исполнением обязательства лично и с поручением. Поэтому надлежаще исполненное обязательство кредитора может быть признано только в момент их оплаты третьим лицом, когда у последнего появляется реальная возможность для распоряжения капиталом" <*>.

<*> Там же. С. 29.

Нет сомнения в том, что обязательство, вытекающее из векселя, не может рассматриваться в качестве кредитного или иного вида заемного обязательства. Разнообразный набор отличительных признаков вексельного обязательства (практически во всех его основных элементах) дает все основания для его квалификации в качестве самостоятельного типа гражданско-правовых обязательств <*>. Однако вряд ли возможно согласиться с квалификацией договора о вексельном кредитовании в качестве смешанного договора, в котором имеются элементы вексельного и заемного обязательств, как это делает, например, Л.Г. Ефимова. В таком договоре (в момент его заключения) на стороне банка нет вексельного обязательства перед заемщиком (данное обязательство появляется позже из факта выдачи векселей), банк принимает на себя обязательство выдать векселя, суммарная номинальная стоимость которых и составит размер "кредита", якобы предоставляемого заемщику. Это договорное обязательство не охватывается каким-либо договором, регулируемым ГК.

<*> Подробнее об этом см.: Белов В.А. Очерки по вексельному праву. М., 2000. С. 83 - 85; Витрянский В.В. Указ. соч. С. 286 - 305.

Что касается обязательства на стороне заемщика, то, на наш взгляд, оно не может быть признано заемным обязательством по той причине, что указанное обязательство состоит в уплате банку номинальной стоимости выданных заемщику векселей, а не в возврате полученной от займодавца денежной суммы (займа).

Выходит, что договор о вексельном кредитовании не может быть признан смешанным договором, включающим в свое содержание элементы известных и урегулированных законом обязательств (вексельного и заемного). Скорее речь идет об обязательствах, образующих предмет самостоятельного непоименованного договора, одна сторона которого обязуется выдать собственные векселя определенной суммарной номинальной стоимости, а другая - уплатить в установленный срок денежную сумму в размере суммарного номинала полученных векселей и соответствующие проценты.

Дело не меняется от того, что вместо обязательства выдать собственные векселя соответствующая организация обязуется передать (индоссировать) векселя, выданные третьим лицом. Такое обязательство не может быть признано обязательством кредитора в кредитном договоре по предоставлению кредита, исполнение которого возложено кредитором на третье лицо (векселедателя), как полагает Р.И. Каримуллин. Указанное третье лицо обязано платить по выданным им векселям в силу самостоятельного вексельного обязательства, никак не связанного с обязательством кредитора по договору о вексельном кредитовании.

Таким образом, под видом договора о вексельном кредитовании в данном случае, вероятно, выступает непоименованный гражданско-правовой договор, а не договор смешанный, что имеет принципиальное значение для правоприменительной практики. Оставаясь на той позиции, что договор о вексельном кредитовании является смешанным договором, мы должны будем руководствоваться правилом, предусмотренным п. 3 ст. 421 ГК РФ, о том, что к отношениям сторон применяются в соответствующих частях правила об обязательствах, элементы которых содержатся в смешанном договоре. При этом, как подчеркивает М.И. Брагинский, "специальные нормы, которые регулируют договоры, вошедшие в указанную смесь, обладают приоритетом при коллизии с нормами общей части обязательственного права. Однако такой вариант решения, и это предусмотрено все в том же п. 3 ст. 421 ГК, может быть парализован соглашением сторон или существом смешанного договора" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 331.

Признание договора о вексельном кредитовании непоименованным договором приводит к иному порядку его правового регулирования. По этому поводу М.И. Брагинский пишет: "К таким договорам, не укладывающимся в рамки определенного не только вида, но и типа, необходимо применять, на наш взгляд, прежде всего нормы сходного типа договоров, а при его отсутствии - нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры, т.е. статьи, помещенные в разделе III ГК "Общая часть обязательственного права" <*>.

<*> Там же. С. 328.

Очевидно, что договор о вексельном кредитовании по своему предмету и содержанию не укладывается не только в рамки "вида" (кредитный договор), но и "типа" (заемное обязательство), но за этими рамками мы должны констатировать несомненное сходство указанного договора с кредитным договором, отличие между ними обнаруживается лишь в предмете обязательства на стороне кредитора: по кредитному договору кредитор должен совершить действия по предоставлению заемщику денежных средств, составляющих сумму кредита, а по договору о вексельном кредитовании - действия по выдаче векселей, суммарный номинал которых также составляет (в силу соглашения сторон) сумму кредита. В первом случае обязательство кредитора считается выполненным последним с момента предоставления суммы кредита в распоряжение заемщика. Следовательно, во втором случае (имея в виду сходство данных договоров) обязательство кредитора должно признаваться исполненным с момента выдачи векселей, общий номинал которых составляет сумму, предусмотренную договором (а не с момента фактического платежа по векселям, как принято считать в судебно-арбитражной практике и юридической литературе).

К аналогичным выводам приводит и применение к договору о вексельном кредитовании общих положений о договорах и обязательствах. Ведь осуществление платежей по выданным векселям не входит в предмет обязательства кредитора по этому договору, а представляет собой предмет самостоятельного вексельного обязательства. Поэтому моментом надлежащего исполнения банком своего обязательства по договору о вексельном кредитовании должен признаваться момент выдачи заемщику векселей, общий номинал которых составляет сумму, предусмотренную договором. Именно с этого момента (а не со дня фактического платежа по векселям) на стороне заемщика возникает обязательство по возврату (уплате) банку денежной суммы в размере номинальной стоимости выданных векселей с начислением на нее соответствующих процентов.

Получив векселя от банка, заемщик, будучи векселедержателем, может использовать их, не дожидаясь наступления срока платежа по векселям, в том числе в качестве средства платежа за товары, работы и услуги. Во всяком случае, обязательство заемщика по договору о вексельном кредитовании по "возврату кредита" (уплате банку суммы, составляющей суммарный номинал полученных векселей с соответствующими процентами) не должно ставиться в зависимость от предъявления векселей к платежу и исполнения банком (в качестве векселедателя) вексельного обязательства, которое носит самостоятельный характер.

В конце концов предлагаемый подход к квалификации договора о вексельном кредитовании в полной мере соответствует принципу свободы договора, провозглашенному Гражданским кодексом Российской Федерации.

ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ (ФАКТОРИНГ)

Глава IX. ПОНЯТИЕ ФАКТОРИНГА И ЕГО ВИДЫ

1. Происхождение и развитие факторинга

В современной экономической и юридической литературе термином "факторинг" (factoring) обычно обозначают определенную деятельность кредитных и иных организаций по финансированию

участников имущественного оборота, реализующих производимые ими товары (услуги), под обязательство таких участников по передаче прав требований оплаты товаров (услуг) от контрагентов по договорам. При этом, как правило, обращается особое внимание на экономическое существо соответствующих отношений.

Так, уже в первом комментарии норм о договоре финансирования под уступку денежного требования, включенных в ГК (гл. 43), который был подготовлен разработчиками проекта данного Кодекса, А.С. Комаров отметил: несмотря на то что "объектом таких сделок выступает уступка денежных требований, иногда уже просроченных, с экономической точки зрения наиболее характерной чертой данных операций, обозначаемых обычно как "факторинг", представляется именно та их сторона, которая связана с предоставлением финансовых услуг". "Экономическая сторона факторинга, - писал А.С. Комаров, - проявляется в том, что он позволяет повысить ликвидность активов, а также оборотность своего капитала и тем самым рентабельность деятельности предпринимателей, которые пользуются его услугами" <*>.

<*> Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 435 (автор раздела - А.С. Комаров).

Л.А. Новоселова обращает внимание на то, что в современных условиях "все более распространенный характер приобретают отношения, направленные на включение в оборот прав требования уплаты денег (дебиторской задолженности) непосредственно, без закрепления их в ценной бумаге". "Экономический интерес уступающей требования стороны, - подчеркивает Л.А. Новоселова, - как правило, состоит в незамедлительном получении денег, снижении расходов на обслуживание дебиторской задолженности и частичном или полном освобождении от риска неплатежеспособности должника... Финансирующая сторона (фактор) получает вознаграждение за оказанные услуги и в ряде случаев извлекает дополнительный доход в виде разницы между выплаченными кредитором и полученными от должника суммами" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2004. С. 331 - 332.

Е.Е. Шевченко специально отмечает, что "факторинг является экономической категорией - данным термином могут обозначаться отдельные операции, но не сделки (договоры), что подтверждает анализ международного законодательства". "Таким образом, - предостерегает Е.Е. Шевченко, - следует различать факторинговый контракт (договор) как правовую категорию и собственно факторинг как экономическое понятие" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Договор финансирования под уступку денежного требования в системе гражданского права Российской Федерации. М., 2005. С. 7.

По-видимому, именно экономический аспект факторинга имеет в виду Д.А. Медведев, когда указывает на то, что "факторинг - это способ кредитования одного лица другим с условием платежа в форме правопреемства ("покупки" или передачи прав требования к третьему лицу)" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 508 (автор раздела - Д.А. Медведев).

В отечественной литературе не всегда одинаково объясняется происхождение факторинга и, в частности, называются разные периоды его возможного возникновения.

А.С. Комаров, например, полагает, что источником современных факторинговых операций служит сложившаяся в первой половине XIX в. практика оказания торговыми компаниями, занимавшимися сбытом товаров, их производителям (поставщикам) различных коммерческо-финансовых услуг. "В период становления и бурного развития рыночных отношений, - подчеркивает он, - существенную роль в предпринимательской сфере и, в частности, в торговле, как во внутренней, так и внешней, играли комиссионные (торговые) агенты, которые и назывались факторами. Практически в их функции входила не только реализация товаров, производимых принципалом, но и предоставление ему денежных авансов и кредитование его производства... На более позднем историческом этапе некоторые комиссионные агенты отказались от коммерческих функций и сосредоточились на финансовых сторонах обслуживания своих клиентов. Постепенно факторы перешли также к прямой покупке у поставщика его платежных требований (выставленных покупателям счетов-фактур). Именно в этот период, считается, родился современный факторинг" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 436.

Л.А. Новоселова полагает, что отдельные элементы факторинговых операций появились еще в XIII - XIV вв., однако широкое развитие факторинга относится к началу XX в. и было вызвано "усилением инфляционных процессов, что требовало ускорения реализации продукции и перевода капитала из товарной в денежную форму. Именно эти причины привели к вытеснению факторингом коммерческого кредита в вексельной форме. Наибольшее распространение, - продолжает Л.А. Новоселова, - подобные операции получили в США в 40 - 50-х годах; осуществлялись они в основном крупными банками... Однако официально в США правительственный орган по контролю за денежным обращением признал факторинговые операции законным видом банковской деятельности лишь в 1963 году" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 332 - 333.

Наиболее полный анализ истории происхождения и развития факторинга (по материалам зарубежных исследований) проведен Е.Е. Шевченко, который говорит о нескольких теориях происхождения факторинга, выдвинутых в зарубежной науке, и в связи с этим приходит к

следующему выводу: "Расхождение во мнениях о времени возникновения факторинга обусловлено тем, что деятельность факторов претерпела значительные изменения со средних веков, кроме того, современный факторинг в силу различий между англосаксонской и романо-германской правовой системой имеет разное юридическое понимание в зарубежных странах, относящихся к той или другой системе" <*>. Сам Е.Е. Шевченко считает, что "исследование истории возникновения данной деятельности целесообразней проводить с XVIII века, поскольку наблюдавшееся именно в это время активное развитие бизнеса факторов предопределило появление современного факторинга" <***>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 7 - 8.

<***> Там же. С. 8.

Е.Е. Шевченко предлагает выделять три этапа "в истории становления и развития факторинговых отношений: на первом из них факторы занимались реализацией товара собственника, перечисляя выручку по мере поступления платежей от покупателей; на втором - они, оставив эту деятельность, стали предоставлять исключительно услуги по инкассации платежей по поставленным товарам, страхованию риска их неоплаты покупателями и по ведению счетов по обслуживаемым долгам (управлению кредитом); на третьем - вышеуказанные услуги дополнялись услугой по финансированию поставщика, реализующего товар с отсрочкой оплаты, в момент продажи в счет причитающихся с покупателей платежей" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 9 - 10.

Характеризуя процесс возникновения факторинга, А.С. Комаров подчеркивает, что "отношения, которые возникли как чисто торговая деятельность, переродились в финансовую операцию по предоставлению и гарантированию кредита и стали составной частью деятельности коммерческих банков" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 436 - 437.

Вместе с тем, как отмечает Е.Е. Шевченко, указанная "трансформация факторинга, приведшая к возникновению особых договорных отношений, была обусловлена особенностями исторического и экономического развития Великобритании и США" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 12.

Имеется в виду, что в XVIII в. сбыт товаров, импортируемых Великобританией в Америку, обеспечивался американскими торговыми посредниками и агентами (факторами), которые наряду с продажей товаров британских товаропроизводителей и представительством интересов последних оказывали им различные финансовые услуги (бухгалтерский учет оплачиваемых фактором счетов,

инкассация платежей, досрочная оплата реализуемых товаров и т.п.). Постепенный отказ факторов от роли торговых агентов и посредников, продвигающих товары британских товаропроизводителей на американском рынке, и переход к финансовому обслуживанию соответствующих операций (в частности, финансирование товаропроизводителей в счет уступки ими прав требований к приобретателям товаров) и послужили основной причиной появления факторинга как одного из самостоятельных видов коммерческой деятельности. Как подчеркивает Е.Е. Шевченко, "деятельность фактора на позднем этапе развития факторинговых отношений превратилась в бизнес, сущностью которого стало извлечение прибыли исключительно из владения и размещения денежных средств, аккумулированных ранее" <*>.

<*> Там же. С. 20.

Если первоначальное развитие факторинга определялось исключительно особенностями американской экономики, то в дальнейшем (с середины XX в.) факторинг получил широкое распространение и развитие в странах Западной Европы. Данное обстоятельство в литературе нередко объясняется послевоенной экспансией американского капитала в Европу и экономическим развитием европейских стран, а также обострением конкуренции среди товаропроизводителей, реализующих свои товары в европейских странах, и развитием в силу этого коммерческого кредита <*>.

<*> См.: Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 22.

Применение факторинга в европейских странах не могло не повлечь за собой его определенную трансформацию в целях приспособления к договорным отношениям в системе континентального права. Так, Е.Е. Шевченко по этому поводу пишет: "Если в Северной Америке практиковался в основном так называемый "факторинг старой линии" (old style factoring, non-recourse factoring), предусматривающий оказание всех услуг, традиционно предоставляемых факторами, то в европейских странах большей популярностью стали пользоваться разновидности данной конструкции, включающие оказание только некоторых из услуг в различном сочетании" <*>.

<*> Там же. С. 23.

Например, в Германии, по свидетельству Л.Ю. Василевской, весьма распространен такой вид факторинга, как "неполный факторинг", при котором в отличие от договора полного факторинга финансовый агент не перенимает делькредерную функцию. "По господствующему в литературе и судебной практике мнению, - подчеркивает Л.Ю. Василевская, - этот вид факторинга относится к нетипичному договору займа... в сочетании со специфической обеспечительной уступкой требования" <*>.

<*> Василевская Л.Ю. Факторинг в России и Германии: особенности договорных конструкций //

Использование в отношениях по факторингу не всего комплекса финансовых услуг, оказываемых фактором и характерных для американского факторинга, а лишь определенных услуг в различных сочетаниях привело к появлению значительного числа всевозможных видов факторинга, применяемых в реальном имущественном обороте.

Первые попытки внедрения факторинга в России обычно связывают с появившимся в годы перестройки письмом Госбанка СССР от 12 декабря 1989 г. N 252 "О порядке осуществления операций по уступке поставщиками банку права получения платежа по платежным требованиям за поставленные товары, выполненные работы и оказанные услуги", в соответствии с которым банкам разрешалось осуществлять на договорных началах торгово-комиссионные (факторинговые) операции. Вместе с тем, как отмечается в литературе <*>, названное письмо Госбанка СССР "охватывало лишь случаи переуступки просроченных требований - уступка производилась только после получения поставщиком от банка плательщика извещения о помещении платежных требований в картотеку N 2 (расчетные документы, не оплаченные в срок)" <***> и никак не могло служить стимулом к широкому применению факторинга в отечественном имущественном обороте.

<*> См.: Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М., 2001. С. 565; Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 333; Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 36; и др.

<***> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 333 - 334.

Видимо, о появлении факторинга в нашей стране (в том числе как одного из элементов системы российского договорного права) можно говорить лишь с момента вступления в силу части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (1 марта 1996 г.), содержащей правила о договоре финансирования под уступку денежного требования (гл. 43, ст. ст. 824 - 833).

Данное обстоятельство - наличие кодифицированного правового регулирования договора финансирования под уступку денежного требования - ставит российскую правовую систему в совершенно особое положение по отношению ко многим зарубежным правовым системам, которые не включают специальных правил, направленных на регулирование договора факторинга. На это неоднократно обращалось внимание в отечественной юридической литературе. Так, Е.А. Суханов пишет: "Несмотря на широкое использование факторинга в предпринимательском обороте, специальные нормы о договоре факторинга в большинстве развитых правовых порядков отсутствуют, а для его регулирования используются общие нормы обязательственного права, прежде всего о цессии (в континентальном европейском праве). С этой точки зрения ГК представляет здесь самый передовой современный опыт, хотя и не всегда буквально следует всем сложившимся представлениям о факторинге" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. С. 232 (автор раздела - Е.А. Суханов); см. также: Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 36 - 37.

Л.Ю. Василевская подчеркивает, что, например, в Германском гражданском уложении и Германском торговом уложении отсутствует легальное определение факторинга и факторинговых операций, а в судебной практике при разрешении соответствующих конфликтных ситуаций обычно ссылаются на общие положения об обязательствах и на правила об основных правах и обязанностях продавца и покупателя по договору купли-продажи прав требования <*>.

<*> См.: Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 46 - 47.

Впрочем, как обоснованно отмечается в отечественной юридической литературе, "на сегодняшний момент ни российское федеральное законодательство, включая ГК РФ, ни правовая система РФ в целом не содержит определение понятия "факторинг". Вместе с тем ГК РФ установлена договорная конструкция финансирования под уступку денежного требования (ст. ст. 824 - 833), основу которой составляет зарубежный факторинг" <*>. Причем договор финансирования под уступку денежного требования определен в ГК таким образом, "чтобы он охватывал достаточно широкий круг отношений, связанных с данным видом финансовых сделок в предпринимательской сфере", что позволяет "деловой практике не быть скованной жесткими правовыми рамками и достаточно гибко развиваться без оглядки на то, что она окажется без надлежащей правовой базы" <***>. Поэтому в литературе принято употреблять термины "факторинг" и "финансирование под уступку денежного требования" (с известными оговорками) как равнозначные или взаимозаменяемые <***>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 64.

<***> Комаров А.С. Указ. соч. С. 445.

<***> См., например: Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 341; Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 563; и др.

2. Существо и виды факторинга

В юридической литературе существо факторинга обычно раскрывается путем указания на характерные черты соответствующей финансовой операции.

Например, А.С. Комаров определяет факторинг как "правовое отношение между финансовым институтом ("фактором") и предприятием, продающим товары или услуги ("клиентом"), в соответствии с которым фактор покупает дебиторскую задолженность клиента (с правом обратного требования к клиенту или без такового) и в связи с этой задолженностью контролирует предоставляемые клиентом своим контрагентам кредиты, а также осуществляет бухгалтерский учет торговых операций клиента". "Таким образом, - пишет А.С. Комаров, - факторинг имеет следующие основные функции: ведение соответствующих бухгалтерских операций; контроль за предоставленным коммерческим кредитом, включая получение платежей; защита от кредитных рисков (в случае факторинга "без оборота"), а также финансирование текущей деятельности клиента" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 437.

Л.А. Новоселова указывает: "Под факторингом, как правило, понимается продажа недокументированной, т.е. не закрепленной в ценной бумаге, дебиторской задолженности для целей финансирования и других целей. Выделяют следующие виды факторинга: открытый и закрытый (конфиденциальный), с правом регресса или без права регресса, внутренний и внешний" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 335.

Л.Г. Ефимова отмечает, что "при факторинге торговая дебиторская задолженность продается цедентом (поставщиком) цессионарию (фактору) в возмещение авансов или кредита и предоставленных фактором услуг в таких областях, как бухгалтерский учет, инкассация дебиторской задолженности и защита от неисправности должников" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 565.

Е.Е. Шевченко раскрывает сущность конструкции факторинга, сравнивая его с отношениями платежного кредита. "В отличие от платежного кредита, денежная сумма при котором предоставлялась покупателю при появлении у него затруднений по оплате продукции, - пишет Е.Е. Шевченко, - фактор осуществляет финансирование поставщика независимо от таких обстоятельств. Если использование платежного кредита было направлено на обеспечение непрерывности потока платежей, то применение факторинга имеет целью прежде всего обеспечение непрерывности развития производства и увеличение оборота хозяйствующего субъекта, хотя в принципе поставщик может направить полученные средства также на погашение своей кредиторской задолженности" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 60.

Если же рассмотреть существо факторинговых отношений в качестве договора, имея в виду некую абстрактную договорную модель, складывающуюся из международно-правового регулирования факторингового контракта, законодательства зарубежных стран и правовых норм российского законодательства о договоре финансирования под уступку денежного требования, то можно выделить некоторые общие черты, характерные для договора факторинга.

Во-первых, договор факторинга представляет собой обязательственное правоотношение, возникающее между финансовым агентом (фактором) и продавцом (поставщиком) товаров или услугодателем (клиентом, должником), по которому финансовый агент покупает у клиента права требования последнего по отношению к его контрагентам по договорам об уплате задолженности за поставленные (переданные) товары или оказанные услуги, тем самым финансируя деятельность клиента. Причем в данном случае речь идет не о какой-либо отдельной возмездной уступке конкретного права требования, а о передаче определенной дебиторской задолженности (полностью

или частично).

По этому поводу А.С. Комаров пишет: "Все договоры о факторинге включают в себя оговорку в пользу фактора, в соответствии с которой клиент обязуется передавать фактору всю дебиторскую задолженность, отраженную в его бухгалтерии, что делает невозможным для клиента вступить в аналогичные отношения с другим фактором. Этот принцип, представляющий собой существенный элемент факторинговых отношений и лишаящий клиента возможности передать своему финансовому агенту только сомнительные долги или те, в отношении которых он опасается, что они не будут уплачены, на практике действует не так строго, поскольку контрагенты договариваются о том, что договор будет действовать только в отношении, например, поставок лишь определенной продукции. Но и в этом случае все долги, относящиеся к таким поставкам, должны быть предметом уступки" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 437.

Во-вторых, договор факторинга может включать (а международный факторинговый контракт обязательно включает) обязанности финансового агента по оказанию клиенту дополнительных бухгалтерских и иных финансовых услуг по обслуживанию соответствующей дебиторской задолженности, а именно: ведение бухгалтерского учета, предъявление счетов к платежу и т.п. Впрочем, финансовый агент, приобретающий у клиента дебиторскую задолженность, сам должен быть заинтересован в принятии на себя таких обязанностей, что позволяет ему осуществлять контроль за деятельностью клиента (в части соответствующей дебиторской задолженности) и следить за платежеспособностью его должников.

В-третьих, клиент по договору факторинга должен определенным образом гарантировать своему финансовому агенту существование передаваемой последнему дебиторской задолженности и действительность соответствующих прав требования. В этих целях, в частности, клиент должен представлять финансовому агенту доказательства отгрузки товаров контрагентам (оказания им услуг), сообщать ему сведения о возможных возражениях должников, которые могут быть противопоставлены требованиям о взыскании с них задолженности, информировать его о любых иных обстоятельствах, способствующих (препятствующих) получению долга. Иначе говоря, "между финансовым агентом и его клиентом должны быть созданы тесные отношения сотрудничества и взаимного доверия" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 438.

В-четвертых, отношения между финансовым агентом и клиентом носят возмездный характер, финансовому агенту должна быть обеспечена возможность получения вознаграждения за услуги по финансированию деятельности клиента. Эта цель достигается разными способами в зависимости от применяемых форм финансирования деятельности клиента, например, при финансировании путем оплаты счетов клиента за отгруженные товары (оказанные услуги) соответствующие платежи могут производиться финансовым агентом с определенным дисконтом, составляющим его вознаграждение, в других случаях в договоре может быть предусмотрено вознаграждение в виде определенной ставки оплаты услуг финансового агента.

В-пятых, уступка дебиторской задолженности финансовому агенту по договору факторинга может также применяться в качестве способа обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом по возврату предоставленного финансирования в форме займа. В этом случае финансовый агент из средств, полученных в счет погашения уступленной ему дебиторской задолженности, вправе удержать лишь сумму долга клиента, обеспеченную уступкой, а также свое вознаграждение.

В-шестых, в сфере правового регулирования договора факторинга особое место занимают правила, определяющие юридические последствия для договора факторинга различных запретов и ограничений на уступку требований, вытекающих из договоров, заключенных клиентом с его контрагентами, которые нередко предусматриваются соответствующими договорами. При таких условиях уступка клиентом дебиторской задолженности финансовому агенту представляет собой нарушение условий договоров с его контрагентами и должна влечь применение к клиенту предусмотренных законом и договором мер ответственности. Однако данное обстоятельство не должно затрагивать судьбу договора факторинга и делать недействительными передаваемые по нему права требования.

В-седьмых, заключение договора факторинга затрагивает интересы третьих лиц (например, кредиторов клиента), которые также могут претендовать на соответствующие права требования. При конфликте интересов финансового агента и третьих лиц преимущественное право в отношении требований клиента к его контрагентам по договорам должно предоставляться, как правило, финансовому агенту.

В юридической литературе называются многочисленные и разнообразные виды факторинга.

По принципу дихотомии факторинг обычно делят на следующие пары: внутренний или внешний; открытый или закрытый (конфиденциальный); с правом регресса или без права регресса; полный или факультативный; с полным сервисом или агентский.

Под внутренним факторингом понимаются факторинговые отношения, все участники которых - финансовый агент, клиент (поставщик, услугодатель), покупатель (услугополучатель) - осуществляют свою деятельность на территории одного государства. В случае, когда хотя бы один из участников указанных отношений осуществляет свою деятельность на территории другого государства, говорят о международном факторинге.

При открытом факторинге предусматривается обязанность клиента или финансового агента уведомить контрагента клиента (должника) о состоявшейся уступке права требования финансовому агенту с указанием всех необходимых почтовых и банковских реквизитов последнего. В этом случае обязательство контрагента клиента (должника) по уплате задолженности за полученные от клиента товары (оказанные им услуги) непосредственно финансовому агенту возникает не только в силу уступки клиентом последнему своего права требования, но и при обязательном условии уведомления должника. При закрытом (конфиденциальном) факторинге контрагент клиента (должник) не ставится в известность о произведенной клиентом уступке права требования финансовому агенту, в силу чего он исполняет свое обязательство клиенту (поставщику, услугодателю), который в свою очередь должен передать полученную задолженность финансовому агенту. Однако в случае просрочки уплаты задолженности контрагент клиента (должник) обычно уведомляется финансовым агентом о состоявшейся уступке права требования, и с этого момента у него возникает обязанность по уплате задолженности непосредственно финансовому агенту.

О факторинге с правом регресса (регрессном факторинге) говорят в том случае, когда

финансовый агент наделяется правом на получение от клиента денежной суммы, которая по каким-либо причинам, за исключением недействительности уступленного клиентом права требования к должнику, не могла быть получена от должника (например, неплатежеспособность последнего). При факторинге без права регресса (безоборотном факторинге) клиент несет ответственность перед финансовым агентом лишь за недействительность уступленного права требования, а в остальных случаях неисполнения должником своего обязательства по уплате задолженности все отрицательные последствия несет финансовый агент, который тем самым принимает на себя риск неплатежа по уступленному ему праву требования. Безоборотный факторинг (в отличие от регрессного факторинга) иногда именуют "истинным", "классическим" факторингом <*>.

<*> См., например: Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 24.

Дифференциация факторинга на полный и факультативный обычно проводится исходя из объема уступаемой клиентом финансовому агенту дебиторской задолженности: при полном факторинге клиент уступает финансовому агенту всю дебиторскую задолженность по отношению ко всем или к определенным должникам; при факультативном факторинге клиент уступает лишь часть дебиторской задолженности по выбору финансового агента.

В тех случаях, когда факторинг дифференцируют на факторинг с полным сервисом и агентский факторинг, имеют в виду, что в первом случае между финансовым агентом и клиентом (поставщиком, услугодателем) заключается договор рамочного типа, по которому клиент под предоставляемое ему финансирование обязуется уступать свои права требования финансовому агенту по мере их возникновения в упрощенном порядке (факторинг с полным сервисом), а финансовый агент оказывает клиенту услуги по бухгалтерскому учету и обработке его счетов; во втором же случае финансовый агент не осуществляет какого-либо контроля за дебиторской задолженностью клиента, каковой сам получает платежи от должников в пользу финансового агента (агентский факторинг).

Иногда в юридической литературе выделяют и другие виды факторинга (с использованием того же принципа дихотомии) в зависимости от содержания условий соответствующих договоров. Например, предлагается дифференцировать все факторинговые операции на дящиеся, когда финансирование клиента осуществляется систематически по мере возникновения уступаемых прав требования, и разовые, когда речь идет об однократном финансировании <*>.

<*> См.: Там же. С. 25 - 26.

В качестве отдельных разновидностей факторинга называются также "полуоткрытый" факторинг (должник уведомляется о состоявшейся уступке права требования лишь в момент платежа), инкассовый факторинг (финансовый агент контролирует погашение задолженности должником и инкассирует поступающую выручку) и некоторые другие особые факторинговые операции.

Вместе с тем во всех перечисленных случаях нельзя говорить о видах договора факторинга, рассуждая об абстрактной модели этого договора. Скорее речь идет о различных сочетаниях разных факторинговых услуг, встречающихся в реальном имущественном обороте, а не о классификации

договоров факторинга.

3. Международный факторинг

Как отмечалось, отношения, связанные с заключением и исполнением международных факторинговых контрактов, в том числе с уступкой денежных требований в рамках вытекающих из них обязательств, регулируются Конвенцией УНИДРУА о международном факторинге <*>. Несмотря на весьма незначительный круг государств - непосредственных ее участников (ратифицировавших Конвенцию), названная Конвенция оказывает серьезное влияние в целом на правовое регулирование факторинга, в частности, она послужила основой для разработки правил, регламентирующих договор финансирования под уступку денежного требования, включенных в российский ГК.

<*> International Institute for the Unification of Private Law. The Factoring Contract. Documents 1 - 34. Rome, 1988.

Конвенция определяет факторинговый контракт как контракт, заключенный между одной стороной, называемой поставщиком, и другой стороной (финансовым агентом), по которому поставщик должен уступать финансовому агенту денежные требования, вытекающие из контрактов (договоров) купли-продажи товаров, заключаемых между поставщиком и покупателями товаров (должниками), за исключением договоров купли-продажи товаров, приобретаемых покупателями преимущественно для личного, семейного и домашнего использования. Финансовый агент принимает на себя по меньшей мере две из следующих обязанностей:

- финансирование поставщика, включая заем и предварительный платеж;
- ведение учета (бухгалтерских книг) по причитающимся суммам;
- предъявление к оплате денежных требований;
- защита от неплатежеспособности должников (п. 2 ст. 1 Конвенции).

По факторинговому контракту финансовому агенту могут уступаться денежные требования, вытекающие не только из договоров купли-продажи (поставки) товаров, но и из договоров оказания возмездных услуг, о чем свидетельствует положение о том, что применяемые в Конвенции понятия "товар" и "продажа товаров" охватывают также услуги и их предоставление (п. 3 ст. 1 Конвенции). Поэтому под понятие "поставщик", обозначающее одну из сторон факторингового контракта, подпадает не только поставщик по договору поставки или продавец по договору купли-продажи товаров, но и исполнитель (услугодатель) по договору оказания возмездных услуг.

Сфера действия Конвенции о международном факторинге ограничена случаями, когда уступаемые по факторинговому контракту денежные требования вытекают из договора купли-продажи (поставки) товаров (оказания возмездных услуг), заключенного между поставщиком и должником, осуществляющими предпринимательскую деятельность на территории различных государств, которые (как и государство, где осуществляет свою деятельность финансовый агент) являются участниками этой Конвенции, либо указанный договор и факторинговый контракт регулируются правом государства - участника Конвенции.

Вместе с тем стороны факторингового контракта, а также договора купли-продажи (поставки) товаров (оказания возмездных услуг), формально подпадающих под действие Конвенции о международном факторинге, могут своим соглашением исключить ее применение. При этом стороны вправе исключить применение всей Конвенции целиком, а не отдельной ее части (ст. 3).

В Конвенции о международном факторинге содержится целый ряд правил, обеспечивающих широкие возможности уступки поставщиком денежных требований финансовому агенту. Так, Конвенция исходит из того, что условия факторингового контракта, предусматривающие передачу финансовому агенту существующих или будущих денежных требований даже в тех случаях, когда указанные требования не были сторонами надлежащим образом конкретизированы и не могут быть признаны по этой причине недействительными. В ситуации, когда факторинговым контрактом предусмотрено, что будущие денежные требования передаются поставщиком финансовому агенту по мере их возникновения, заключения какого-либо дополнительного соглашения об их уступке не требуется (ст. 5 Конвенции).

Не влияет на действительность уступки требования финансовому агенту по факторинговому контракту даже то обстоятельство, что договором, заключенным между поставщиком и должником, предусмотрен запрет на уступку возникающих из него требований, что, однако, не исключает ответственности поставщика перед контрагентом по договору за нарушение условия договора о запрете уступки права требования (п. п. 1 и 3 ст. 6 Конвенции).

Факторинговым контрактом может быть предусмотрена уступка поставщиком всех принадлежащих ему прав требования, вытекающих из соответствующего договора, при сохранении за поставщиком прав на поставляемые товары (ст. 7 Конвенции).

Должник, уведомленный надлежащим образом о передаче по факторинговому контракту финансовому агенту денежных требований поставщиком, обязан уплатить долг непосредственно финансовому агенту, если только ему не будет известно о преимущественном праве на этот платеж, принадлежащем другому лицу. Вместе с тем в случае предъявления финансовым агентом должнику требования об уплате долга, образовавшегося перед поставщиком и вытекающего из договора купли-продажи (поставки) товаров (оказания возмездных услуг), должник вправе применить по отношению к финансовому агенту все предусмотренные этим договором средства защиты, которыми он мог бы воспользоваться, если бы соответствующее требование было предъявлено к нему поставщиком. Должник также вправе заявить финансовому агенту о праве на зачет требований к поставщику, в пользу которого возникла дебиторская задолженность (ст. ст. 8 и 9 Конвенции).

По общему правилу неисполнение или ненадлежащее исполнение, в том числе просрочка исполнения, поставщиком своих обязательств перед должником, вытекающих из договора купли-продажи, не дают право должнику требовать возврата сумм, уплаченных ими финансовому агенту (такие требования могут быть предъявлены должником к поставщику).

И все же в двух случаях (в порядке исключения) должник, обладающий соответствующим требованием по отношению к поставщику, нарушившему свои обязательства, вправе потребовать именно от финансового агента возвращения уплаченной ему суммы, а именно когда финансовый агент:

- не исполнил свое обязательство перед поставщиком по совершению платежа, связанного с уступкой требования;
- произвел такой платеж, зная о неисполнении или ненадлежащем исполнении поставщиком

своих обязательств перед должником.

Важно отметить, что Конвенция о международном факторинге предусматривает возможность переуступки финансовым агентом права требования, полученного от поставщика, другому финансовому агенту, за исключением случаев, когда такая уступка права требования не допускается по условиям факторингового контракта. При этом содержащиеся в Конвенции правила распространяются и на последующую уступку права требования (ст. ст. 11 - 12).

А.С. Комаров, оценивая значение Конвенции о международном факторинге и факт ее принятия на международной конференции в Оттаве в мае 1988 г., указывает на то, что "в этой Конвенции удалось не только дать по отдельным вопросам унифицированное регулирование, учитывающее опыт и практику различных национальных систем права и соответствующее требованиям современного международного экономического оборота, но и предложить решение некоторых вопросов, не решенных до сих пор на уровне отдельных национальных правовых систем" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 442.

Правда, далеко не все отечественные правоведы разделяют мнение А.С. Комарова о важном значении Конвенции о международном факторинге. Например, Л.Г. Ефимова отмечает, что "указанная Конвенция имеет ограниченное применение. Во-первых, она распространяется только на часть операций по финансированию под уступку требований, охватываемых понятием факторинга. Эта Конвенция не распространяется на продажу потребительской задолженности, а также на коммерческие долговые обязательства, не являющиеся денежными и не вытекающие из контрактов купли-продажи товаров (ст. 1). Во-вторых, она ратифицирована незначительным числом государств и, следовательно, применяется на небольшой территории (Российская Федерация к ней не присоединялась)" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 562 - 563.

Л.А. Новоселова подчеркивает, что Конвенция о международном факторинге "не охватывает целый ряд операций, обычно определяемых как факторинговые (например, закрытый факторинг - когда должник не уведомляется об уступке, финансирование производится без предоставления перечисленных в Конвенции дополнительных услуг либо с оказанием только одной из них). Очевидно, что в Оттавской конвенции 1988 года и не ставилась задача охватить все виды факторинговых операций, в связи с чем данное в ней определение не может рассматриваться как всеобъемлющее, в целом определяющее природу факторинговых контрактов" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 338 - 339.

Е.Е. Шевченко объясняет неширокое распространение Конвенции о международном факторинге <*> имеющимися различиями между англосаксонской и континентальной правовыми системами, однако, отмечает он, несмотря на то что Конвенция о международном факторинге "имеет

относительно малую территорию действия, тем не менее данный международный акт обладает большим значением, поскольку служит "примером разумного правотворчества", ориентируясь на который отдельные страны могут разрабатывать свое внутреннее законодательство" <*>. Более того, по мнению Е.Е. Шевченко, "с учетом специфики факторинга в международной торговле из положений Конвенции можно вывести определение внутреннего факторинга" <***>.

<*> В настоящее время Конвенция действует на территории шести государств - участников Конвенции: Франции, Италии, Нигерии, ФРГ, Венгрии и Латвии.

<***> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 41.

<****> Там же. С. 42.

Если говорить о месте факторинга в международном торговом обороте, то следует отметить, что факторинговыми контрактами охватываются далеко не все сделки, связанные с финансированием под услугу денежных требований. В частности, в качестве отдельных операций по уступке дебиторской задолженности, не подпадающих под действие правил о факторинговых контрактах, обычно называют такие операции, как форфейтинг, рефинансирование (второе финансирование), секьюритизация, проектное финансирование.

Под форфейтингом понимается финансовая операция, существо которой составляет покупка (продажа) документарной дебиторской задолженности, выраженной, как правило, в оборотных документах (переводные и простые векселя, аккредитивы и т.п.) и сопровождаемой процессом дисконтирования. В случаях, когда покупается (продается) недокументарная дебиторская задолженность, последняя обычно подкрепляется банковской гарантией. В юридической литературе нередко подчеркивается сходство между факторингом и форфейтингом. Например, по мнению Л.Г. Ефимовой, форфейтинг - "финансовая операция, аналогичная факторингу" <*>. Более осторожно высказывается по этому вопросу Л.А. Новоселова: "Указанные сделки по своей природе сходны с факторингом, но в том случае, когда речь идет о передаче документарной задолженности, отношения, как правило, регламентируются специальными правилами (в частности, нормами вексельного права)" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 566.

<***> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 339.

Термином "рефинансирование" ("вторичное финансирование") обычно обозначают сделку между первым и последующим цессионарием (например, между банками), имеющую своей целью (или предусматривающую возможность) дальнейших переуступок права требования.

Понятием "секьюритизация" охватывается широкий круг сделок, связанных с объединением кредитором активов (в том числе нерыночных) в массу дебиторской задолженности, которая переводится специализированной финансовой организацией в ценные бумаги. Подобные сделки "совершаются между финансовыми учреждениями с целью улучшения состояния счетов, накопления капитала за счет извлечения более высокого дохода из ценных бумаг и снижения финансовых затрат

по обслуживанию задолженности" <*>.

<*> Там же.

Под проектным финансированием понимаются сделки, связанные с предоставлением организатору проекта (исполнителю, подрядчику) денежных средств на основе займа с условием возврата заемных средств за счет будущих доходов от реализации проекта финансирующей стороне, которой также уступаются права требования к будущим контрагентам организатора проекта (например, покупателям продукции). Особенность такой уступки права требования состоит в том, что "она представляет собой оптовую уступку будущей дебиторской задолженности, которая обычно оформляется как предоставление обеспечения и основывается на предполагаемой способности возратить заемные средства за счет доходов, полученных при осуществлении проекта" <*>.

<*> Там же. С. 340.

Широкое применение в коммерческом обороте названных и иных форм финансирования под уступку дебиторской задолженности позволило Л.А. Новоселовой сделать вывод о том, что "в международной торговой практике факторинг рассматривается как одна из разновидностей операций по финансированию под уступку денежного требования. Факторинг охватывает широкий круг операций, связанных с уступкой дебиторской задолженности, не оформленной оборотными документами, для целей финансирования или некоторых иных целей. Единые критерии для выделения этих операций из круга иных сделок, связанных с использованием в коммерческой деятельности дебиторской задолженности для целей купли-продажи или обеспечения, пока не выработаны" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 341.

Серьезное влияние на дальнейшее развитие международного факторинга может оказать Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, разработанная Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и принятая в 2001 г., но не вступившая до настоящего времени в силу <*>.

<*> United Nations convention on the assignment of receivables in international trade (New York, 2001).

Для вступления в силу Конвенции требуется ее ратификация либо присоединение к ней пяти государств. В настоящее время Конвенция подписана только тремя странами (Люксембург, Мадагаскар и США).

Согласно п. 1 ст. 38 Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной

торговле указанная Конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к любому международному соглашению, которое уже заключено или может быть заключено и которое прямо регулирует сделки, каковые в противном случае регулировались бы указанной Конвенцией. Вместе с тем в той же ст. 38 (п. 2) содержится правило, устанавливающее приоритет Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле над Конвенцией УНИДРУА о международном факторинге (Оттавской конвенцией). В соответствии с названным правилом Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле имеет преимущественную силу над Конвенцией о международном факторинге. И только в той мере, в которой Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле не применяется к правам и обязательствам должника, она не препятствует применению Конвенции о международном факторинге в отношении прав и обязательств должника.

В связи с этим обращают на себя внимание некоторые положения Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, которые могут существенно изменить (после вступления Конвенции в силу) правовое регулирование международного факторинга.

В частности, в силу ст. 8 названной Конвенции предметом уступки являются не отдельные права требования, а дебиторская задолженность, в том числе ее отдельные статьи, части или неделимые интересы в дебиторской задолженности либо будущая дебиторская задолженность, при том условии, что соответствующая дебиторская задолженность определена индивидуально либо другим способом, позволяющим ее идентифицировать в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка, в момент уступки или (в случае, когда уступается будущая дебиторская задолженность) в момент заключения первоначального договора. В отсутствие договоренности об ином уступка одной или более частей будущей дебиторской задолженности имеет силу без необходимости совершения дополнительного акта передачи для уступки каждой дебиторской задолженности.

Согласно ст. 9 Конвенции уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность. Данное правило не освобождает цедента от ответственности перед контрагентом по договору, предусматривающему запрет на уступку соответствующей дебиторской задолженности, однако указанный контрагент не может добиваться расторжения договора или сделки об уступке дебиторской задолженности только на основании нарушения запрета на уступку. А лицо, не являющееся стороной соответствующего договора (например, цессионарий), не может нести ответственность только на том основании, что оно знало о договоренности сторон о запрете на уступку дебиторской задолженности.

Аналогичным образом регулируется Конвенцией передача прав, обеспечивающих платежи по уступленной дебиторской задолженности, каковые переходят к цессионарию без дополнительного акта по их передаче. И только на тот случай, когда в силу закона соответствующее обеспечительное право может передаваться лишь на основании специального акта передачи, предусмотрена обязанность цедента передать указанное обеспечительное право и любые поступления цессионарию (ст. 10 Конвенции).

В Конвенции имеется весьма интересное правило, регламентирующее действия цедента и цессионария по уведомлению должника о состоявшейся уступке дебиторской задолженности. Согласно п. 1 ст. 13 Конвенции, если цедент и цессионарий не договорились об ином, они или каждый из них могут направить должнику уведомление об уступке дебиторской задолженности и инструкцию о порядке ее погашения (платежную инструкцию), однако после направления

уведомления такую инструкцию может направлять должнику только цессионарий.

Данное конвенционное положение (учитывая его приоритет над правилами, содержащимися в Конвенции о международном факторинге) открывает возможности для использования в международном торговом обороте так называемого закрытого (конфиденциального) факторинга, применение которого исключается Конвенцией о международном факторинге, устанавливающей обязанность должника по совершению платежа финансовому агенту лишь при условии письменного уведомления о состоявшейся уступке требования (ст. 8 Конвенции).

И еще одно положение Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле способно оказать существенное влияние на развитие международного факторинга. В названной Конвенции подтверждается право должника в ответ на требование цессионария ссылаться на возражения или на свое право на зачет, каковые он мог использовать против цедента, если бы уступка требования не была совершена (п. 1 ст. 18 Конвенции). Вместе с тем Конвенция (ст. 19) содержит правило о том, что должник может в подписанной письменной форме договориться с цедентом не ссылаться в отношении цессионария на указанные возражения или право на зачет. Такая договоренность лишает должника права ссылаться в отношении цессионария на соответствующие возражения и право на зачет, каковые он имел против цедента.

Как известно, Российская Федерация не является участницей ни Конвенции о международном факторинге, ни Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (последняя к тому же еще не вступила силу), однако принципиальные положения указанных конвенций не могут не учитываться при толковании норм российского законодательства, регулирующих отношения, связанные с уступкой права требования, а также вытекающие из договора финансирования под уступку денежного требования.

Глава X. ДОГОВОР ФИНАНСИРОВАНИЯ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ

1. Понятие и квалификация договора финансирования под уступку денежного требования

Понятие договора и особенности его правового регулирования

Под договором финансирования под уступку денежного требования понимается такой договор, по которому одна сторона (финансовый агент) передает или обязуется передать другой стороне (клиенту) денежные средства в счет денежного требования клиента (кредитора) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом товаров, выполнения им работ или оказания услуг третьему лицу, а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование. Денежное требование к должнику может быть уступлено клиентом финансовому агенту также в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом. Обязательства финансового агента могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки (п. п. 1 и 2 ст. 824 ГК).

Договор финансирования под уступку денежного требования регулируется ГК в качестве самостоятельного гражданско-правового договора, о чем свидетельствует то обстоятельство, что законодатель сосредоточил все правила об этом договоре в отдельной главе Кодекса - гл. 43

"Финансирование под уступку денежного требования".

Правда, в отличие от регламентации иных самостоятельных гражданско-правовых договоров, которым также посвящены отдельные главы ГК, особенность правового регулирования договора финансирования под уступку денежного требования состоит в том, что законодателем недостаточно четко определены характерные черты этого договора, отличающие его от иных известных договоров и позволяющие однозначно определить сферу применения договора финансирования под уступку денежного требования. Такой подход в определенной мере объясняется стремлением разработчиков проекта ГК создать наиболее благоприятные условия для применения новой договорной конструкции в российском имущественном обороте. Об этом свидетельствует, например, следующее утверждение А.С. Комарова: "Определение договора финансирования под уступку денежного требования сформулировано так, чтобы он охватывал достаточно широкий круг отношений, связанных с данным видом финансовых сделок в предпринимательской сфере. Безусловно, это позволит соответствующей деловой практике не быть скованной жесткими правовыми рамками и достаточно гибко развиваться без оглядки на то, что она окажется без надлежащей правовой базы" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 445.

Однако нельзя не признать, что недостаточная четкость и неполнота правового регулирования договора финансирования под уступку денежного требования породили многочисленные проблемы в определении правовой природы договора финансирования под уступку денежного требования, его юридической квалификации и сферы применения.

Приходится согласиться со следующим справедливым выводом Л.А. Новоселовой: "Нечеткость законодательного решения и отсутствие сложившейся правоприменительной практики в российском праве приводят к тому, что в комментариях и научных разработках отношения сторон в договоре факторинга предлагается рассматривать в рамках различных, иногда и несовместимых правовых конструкций" <*>. Обоснованным представляется ее же суждение о том, что "положения, содержащиеся в ст. ст. 826 - 833 ГК РФ, посвящены особенностям сделок уступки, осуществляемых в рамках договоров, описанных в ст. 824 ГК РФ, в то время как взаимоотношения финансового агента и клиента, связанные с "финансированием", т.е. с теми обязательствами, которые принимают на себя финансовый агент и клиент, вообще не регулируются указанными нормами. В частности, ни прямо, ни путем отсылки не определены порядок исполнения обязательств финансовым агентом, меры правовой защиты клиента при невыполнении агентом своих обязанностей и т.д. На основании этих норм невозможно сделать однозначного вывода о том, "элементы" каких договоров (займа, кредита, купли-продажи, агентирования и т.д.) регулируют права и обязанности финансирующей стороны" <***>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 350.

<***> Там же. С. 351.

Вместе с тем, признавая справедливость отмеченных упреков в адрес законодателя, связанных с недостаточно четким и полным регулированием договора финансирования под уступку денежного

требования, а также своевременность и обоснованность вносимых правоведами предложений о дополнении гл. 43 ГК необходимыми нормами, направленными на устранение пробелов в правовом регулировании указанного договора, как представляется, необходимо позаботиться о том, чтобы наши теоретические суждения и выводы не разрушали бы конструкцию договора финансирования под уступку денежного требования как самостоятельного гражданско-правового договора и не выходили бы тем самым за пределы, очерченные волей законодателя.

В связи с этим трудно согласиться, например, со следующим суждением Л.А. Новоселовой: "Нормы Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре финансирования в силу их цели - установления специальных правил об уступке, совершаемой в рамках определенного круга сделок, - не должны рассматриваться как правила о новом, самостоятельном типе договора, существующем наряду с другими договорами, на основании которых право требования денежных сумм в качестве оплаты за товары, работы и услуги передается другой стороне против предоставления денег или обязательства их предоставить. Вывод о наличии самостоятельного вида договора - договора финансирования под уступку денежного требования, - несмотря на наличие отдельной главы в Гражданском кодексе Российской Федерации, представляется не соответствующим характеру правового регулирования этих отношений. Более правильно, по нашему мнению, рассматривать положения гл. 43 ГК РФ как общие правила об уступке, применимые ко всем видам договоров, независимо от использованной сторонами конструкции (купли-продажи, займа, кредита и т.д.), если характер отношений сторон подпадает под определения, содержащиеся в ч. 1 ст. 824 ГК РФ" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 354 - 355.

Но ведь в гл. 43 ГК регулируется именно договор финансирования под уступку денежного требования как самостоятельный гражданско-правовой договор. В этой главе не содержится и намек на волю законодателя придать нормам, направленным на регулирование договора финансирования под уступку денежного требования, значение неких общих положений, которые распространяли бы свое действие на иные гражданско-правовые договоры, по которым вместо денежного обязательства должника (например, по возврату займа, кредита, коммерческого кредита) предусматривается возможность уступки денежного требования, каковым должник обладает по отношению к своему дебитору (контрагенту по договору), как полагает Л.А. Новоселова.

Подобные приведенному теоретические рассуждения могут повлечь за собой серьезные практические последствия, в частности, в виде изменения (опять же вопреки воле законодателя) принципиальной схемы правового регулирования соответствующих правоотношений. В настоящее время, исходя из самостоятельной сущности договора финансирования под уступку денежного требования, не распространяющего своего действия на иные гражданско-правовые договоры, соответствующие договоры о займе, кредите и др., предусматривающие в качестве встречного предоставления со стороны покупателя (заказчика) уступку денежного требования, должны квалифицироваться в качестве смешанных договоров, к которым (в силу п. 3 ст. 421 ГК) подлежат применению нормы о заключенном сторонами договоре, а в части обязательства по уступке денежного требования - правила о переходе прав кредитора к другому лицу (ст. ст. 382 - 390 ГК).

Если же допустить квалификацию таких правоотношений в качестве договора факторинга (что и предлагается некоторыми авторами без каких-либо указаний на этот счет в законе), то придется отказаться от применения в данном случае правил о смешанном договоре и согласиться с тем, что

возникнет конкуренция норм, с одной стороны, о договоре, заключенном сторонами, а с другой - о договоре факторинга. Кроме того, у участников имущественного оборота появится прекрасная возможность обходить некоторые законоположения об уступке прав требования (ст. ст. 382 - 390 ГК) путем применения норм о договоре финансирования под уступку денежного требования, например положения, содержащегося в п. 1 ст. 388 ГК, которое позволяет сторонам договора ограничивать уступку прав требования, вытекающих из этого договора.

Другой путь развития учения о договоре финансирования под уступку денежного требования состоит в том, чтобы по всем возможным теоретическим вопросам, связанным с определением правовой природы этого договора и его правовой квалификацией (при всех недостатках правового регулирования указанного договора), предлагались бы решения, не отступающие от воли законодателя, сформулировавшего правила о договоре финансирования под уступку денежного требования как самостоятельном гражданско-правовом договоре.

Как известно, основным недостатком правового регулирования договора финансирования под уступку денежного требования, не позволяющим дать четкую правовую квалификацию этого договора, в юридической литературе признается то обстоятельство, что российское законодательство (в отличие, например, от Конвенции о международном факторинге) не предусмотрело в качестве одного из обязательных признаков договора финансирования под уступку денежного требования необходимость принятия на себя финансовым агентом обязанностей по ведению бухгалтерского учета для клиента или оказанию последнему иных финансовых услуг.

Так, Л.А. Новоселова пишет: "Сложность разграничения договоров финансирования и иных договорных конструкций в российской практике в значительной степени возникла из-за исключения дополнительных критериев, которые в международной практике признаются существенными для определения деятельности как факторинговой. Гражданский кодекс Российской Федерации не признает существенными для договора финансирования условия об оказании фактором клиенту дополнительных услуг, в то время как именно предоставление этих услуг и определяет характер данного договора как договора об обслуживании клиента".

На это обстоятельство (правда, без отрицания за договором финансирования под уступку денежного требования значения самостоятельного договора) обращается внимание практически во всех публикациях, посвященных договору финансирования под уступку денежного требования. Например, Л.Г. Ефимова также подчеркивает, что "в отличие от Оттавской конвенции ГК РФ позволяет сконструировать факторинг как простую куплю-продажу денежного требования, которая исполняется путем совершения цессии. Оттавская конвенция, напротив, предполагает, что этого недостаточно. Наряду с передачей права требования под обещанное финансирование на финансового агента возлагается ряд дополнительных обязательств по обслуживанию клиента в связи с переданным им правом требования". "Отмеченная выше особенность российского законодательства, - заключает Л.Г. Ефимова, - представляет собой его недостаток и создает серьезные проблемы правоприменительной практике" <*>. Однако она не ставит под сомнение тот факт, "что этот договор является самостоятельной гражданско-правовой конструкцией, целью которой является предоставление финансовым агентом клиенту денежных средств в собственность с обязательством возврата в виде соответствующих поступлений от уступаемых прав требования" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 587.

<***> Там же. С. 586.

Несмотря на очевидный пробел в правовом регулировании договора финансирования под уступку денежного требования - законодательное возложение на финансового агента (в императивном порядке) обязанности по оказанию клиенту определенных финансовых услуг действительно упростило бы отграничение данного договора от иных гражданско-правовых договоров, - наличие указанного пробела в законодательстве, на наш взгляд, никак не может служить основанием для отказа в признании договора финансирования под уступку денежного требования самостоятельным гражданско-правовым договором.

В данном случае речь идет о положении, содержащемся в п. 2 ст. 824 ГК, согласно которому обязательства финансового агента по договору финансирования под уступку денежного требования могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки.

Принимая во внимание волю законодателя, определившего договор финансирования под уступку денежного требования в качестве самостоятельного гражданско-правового договора, а также необходимость в связи с этим его отграничения от иных гражданско-правовых договоров, предусматривающих уступку права требования, полагаем возможным следующее толкование данного законоположения.

Смысл приведенной нормы состоит в ее диспозитивном характере: сторонам договора финансирования под уступку денежного требования предоставлено право решать (по их усмотрению) вопрос о возложении на финансового агента обязанности по оказанию клиенту определенных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки по данному договору, либо об освобождении финансового агента от исполнения соответствующей обязанности.

Вместе с тем отношения, складывающиеся между финансовым агентом и клиентом по договору финансирования под уступку денежного требования, должны быть в таком состоянии, которое в принципе допускает возможность ведения финансовым агентом бухгалтерского учета для клиента, обслуживание его счетов, оказание иных подобных услуг со стороны финансового агента, и такая возможность должна находиться в сфере интересов сторон по договору финансирования под уступку денежного требования. Ведь только в этом случае стороны при заключении договора будут обсуждать вопрос о целесообразности (или нецелесообразности) возложения на финансового агента обязанности по оказанию клиенту соответствующих дополнительных услуг.

Если же по характеру отношений сторон, вытекающих из иного договора о предоставлении денежных средств (договора займа, банковского кредита и т.п.), предусматривающего уступку денежного требования, исключается возможность возложения на сторону, предоставляющую денежные средства, каких-либо обязанностей по оказанию контрагенту дополнительных финансовых услуг (к примеру, такой вопрос не ставился (не мог быть поставлен) и не рассматривался (не мог рассматриваться) ни одной из сторон при заключении договора), то соответствующий договор не может быть квалифицирован в качестве договора финансирования под уступку денежного требования.

Таким образом, норму, содержащуюся в п. 2 ст. 824 ГК, не следует толковать как положение, исключающее такой обязательный признак договора финансирования под уступку денежного требования, как принятие финансовым агентом обязанности по оказанию клиенту дополнительных услуг, связанных с уступаемым правом требования, и тем самым позволяющее распространить

действие норм о договоре финансирования под уступку денежного требования на всякий договор, по которому предоставляются денежные средства под уступку денежного требования. Скорее соответствующее законоположение свидетельствует об особом характере отношений между финансовым агентом и клиентом по договору финансирования под уступку денежного требования, делающем возможным для них по своему усмотрению решать вопрос о возложении на финансового агента обязанности по оказанию клиенту дополнительных финансовых услуг, связанных с обслуживанием уступаемого права требования.

Во всяком случае такой подход позволяет отграничить договор финансирования под уступку денежного требования от многочисленных и разнообразных разовых сделок по приобретению (покупке) прав требования, а также от договоров о предоставлении денежных средств, по которым уступка денежного требования предусматривается в качестве встречного предоставления (вместо уплаты долга). Видимо, именно данное обстоятельство (особый характер отношений между финансовым агентом и клиентом по договору финансирования под уступку денежного требования) имел в виду А.С. Комаров, подчеркивая, что "между финансовым агентом и его клиентом должны быть созданы тесные отношения сотрудничества и взаимного доверия" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 438.

Более того, при анализе характерных признаков договора финансирования под уступку денежного требования признак, заключающийся в особом характере взаимоотношений финансового агента и клиента, делающем возможным возложить на финансового агента (пусть и по усмотрению сторон) ведение бухгалтерского учета для клиента, обслуживание его счетов и оказание иных финансовых услуг, следует поставить на первое место, чтобы отграничить договор финансирования под уступку денежного требования от рядовых сделок по приобретению прав требования и от иных договоров, предусматривающих предоставление денежных средств под уступку права требования.

Второй характерный признак этого договора состоит в особенности субъектного состава договора финансирования под уступку денежного требования. Если говорить о стороне финансового агента, то дело заключается не только в том, что в роли указанных контрагентов по договору финансирования под уступку денежного требования могут выступать лишь банки и иные кредитные организации, а также другие коммерческие организации, профессионально занимающиеся соответствующей предпринимательской деятельностью (предъявляемое ст. 825 ГК к последним требование о лицензировании их деятельности осталось нереализованным), а скорее в том, что указанные организации должны быть в состоянии принять на себя обязанность по ведению для клиента бухгалтерского учета и предоставлению ему иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки (п. 2 ст. 824 ГК).

Особенность субъектного состава договора финансирования под уступку денежного требования на стороне клиента состоит в том, что этот клиент должен располагать денежным требованием, вытекающим из договора, связанного с передачей товаров, выполнением работ или оказанием услуг (либо иметь реальную возможность обладания таким требованием - "будущим" требованием), т.е. как минимум заключить такой договор с контрагентом в качестве стороны, передающей (поставляющей) товары, выполняющей работы или оказывающей услуги.

Третий необходимый признак договора финансирования под уступку денежного требования

заключается в особенностях предмета данного договора. Если обязательство на стороне финансового агента - предоставление клиенту денежных средств - в этом смысле не отличается оригинальностью, то действиям клиента по указанному договору присущи определенные специфические черты: клиент передает или обязуется передать финансовому агенту денежное требование с наступившим сроком платежа (существующее требование) либо право на получение платежа, которое возникнет в будущем (будущее требование), при том обязательном условии, что указанное требование вытекает из договора о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг и представляет собой требование клиента к контрагенту по такому договору об оплате предоставленного последнему исполнения.

Определенной спецификой, которая может составить четвертый признак договора финансирования под уступку денежного требования, отличаются цели участников этого договора - финансового агента и клиента. Первый из них (финансовый агент), предоставляя денежные средства клиенту, вовсе не рассчитывает на их возврат последним, а нацелен на деятельность по получению платежа на основе уступаемого ему клиентом права требования к его контрагенту по договору. Второй же участник договора финансирования под уступку денежного требования (клиент), изначально получая от финансового агента денежные средства отнюдь не на возвратной основе (как это имеет место, например, по договору займа или банковского кредита), а под уступку денежного требования к контрагенту по договору о передаче товаров, выполнении работ, оказании услуг, преследует цели, направленные на обеспечение финансирования своей деятельности, в том числе связанной с исполнением подобных договоров.

Одна из существенных особенностей договора финансирования под уступку денежного требования (пятый признак этого договора) состоит в том, что он может быть заключен по модели как консенсуального, так и реального договора. На данное обстоятельство неоднократно обращалось внимание в юридической литературе <*>. Так, Е.Е. Шевченко говорит о четырех вариантах соглашения между финансовым агентом и клиентом (с точки зрения его консенсуального или реального характера). Он пишет: "Может быть заключен: а) реальный договор, вступающий в силу с момента осуществления финансирования и обязывающий клиента уступить требование; б) консенсуальный договор, предусматривающий обязательства сторон по финансированию и уступке требования; в) договор, исполняемый обеими сторонами при его заключении; г) реальный договор, вступающий в силу с момента уступки требования и обязывающий финансового агента уплатить его стоимость контрагенту" <***>.

<*> См., например: Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 564; Суханов Е.А. Указ. соч. С. 235; Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 43.

<***> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 84.

Названный признак - возможность заключения договора в зависимости от воли сторон в качестве консенсуального или реального договора - отличает договор финансирования под уступку денежного требования от всех иных близких ему договоров. Например, договор купли-продажи всегда является консенсуальным договором, договор займа может быть заключен лишь как реальный договор, а договор банковского кредита, наоборот, - только в качестве консенсуального договора.

Шестой признак договора финансирования под уступку денежного требования может составить та его особенность, что он является сложным договором, включающим в себя два отдельных вида

соответствующего договора: договор финансирования под уступку денежного требования, осуществляемую в качестве встречного предоставления со стороны клиента, и договор финансирования под уступку денежного требования, совершаемую в качестве обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом. В отношении названных договоров ГК осуществляет дифференцированное правовое регулирование, что и позволяет квалифицировать их в качестве отдельных видов договора финансирования под уступку денежного требования.

Выделенные здесь признаки договора финансирования под уступку денежного требования позволяют говорить о нем как о самостоятельном гражданско-правовом договоре, отличном от иных договоров, в том числе включающих в свой предмет действия сторон по передаче денежных средств или уступке денежных требований.

Правовая квалификация договора

Итак, как было отмечено, договор финансирования под уступку денежного требования, будучи самостоятельным договором, может иметь как реальный, так и консенсуальный характер.

Если стороны при заключении договора финансирования под уступку денежного требования используют модель консенсуального договора, то такой договор является двусторонним, поскольку порождает как права, так и обязанности на стороне обоих контрагентов: финансовый агент обязуется предоставить (передать) клиенту денежные средства, а последний принимает на себя обязательство уступить финансовому агенту соответствующее денежное требование.

В случае, когда сторонами заключается реальный договор финансирования под уступку денежного требования, момент вступления такого договора в силу связывается сторонами либо с фактической передачей финансовым агентом денежных средств клиенту (зачислением на его банковский счет), либо с уступкой клиентом финансовому агенту существующего денежного требования. В обоих случаях такой договор должен квалифицироваться в качестве одностороннего, поскольку обязательство возникает на стороне лишь одного из контрагентов: соответственно клиента, получившего денежные средства от финансового агента, или финансового агента, которому клиент уступил денежное требование, - а на стороне другого контрагента имеется лишь право требования исполнения указанного обязательства.

В связи с этим, например, Л.Г. Ефимова подчеркивает, что "реальный договор является односторонне обязывающим, а консенсуальный - взаимным. Поскольку и в первом и во втором случае исполнение договора одной из сторон зависит от встречного предоставления другой стороны, рассматриваемый договор следует признать каузальной сделкой. Поэтому, если клиент передал финансовому агенту недействительное требование, последний вправе потребовать выплаченные ему суммы как неосновательно полученные. Следовательно, договор под уступку денежного требования всегда носит возмездный характер" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 564.

Возникает вопрос о возможности заключения договора финансирования под уступку денежного требования, вступление которого в силу связывается сторонами как с необходимостью фактической

передачи финансовым агентом денежных средств, так и с уступкой клиентом денежного требования как договора, исполняемого сторонами при его заключении, на чем настаивает, например, Е.Е. Шевченко <*>.

<*> См.: Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 84.

Представляется, что такой договор не может быть квалифицирован в качестве договора финансирования под уступку денежного требования исходя из характера отношений сторон, исключающих возможность возложения на финансового агента каких-либо обязанностей по предоставлению клиенту финансовых услуг, связанных с денежным требованием, являющимся предметом уступки (п. 2 ст. 824 ГК).

В качестве некоего универсального критерия для отграничения договора финансирования под уступку денежного требования от всех иных договоров в юридической литературе нередко используется понятие "цель договора". Например, Л.Г. Ефимова подчеркивает, что "целью договора финансирования под уступку денежного требования (договора финансирования под уступку дебиторской задолженности) является получение соответствующей суммы денег с обязанностью ее возврата, а уступка требования представляет собой лишь способ платежа. В зависимости от того, осуществляется ли уступка требования по типу договора купли-продажи или по типу договора залога, изменяется только порядок расчетов за услуги, оказанные финансовым агентом (ст. 831 ГК РФ)" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 584.

Е.Е. Шевченко полагает, что "целью договора, предусмотренного ст. ст. 824 - 833 ГК РФ, является оказание услуги по финансированию под уступку денежного требования", отмечая при этом, что "уступка требования и предоставление денежных средств не противопоставляются как встречные обязательства (действия) в силу иной целевой направленности" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 81.

Рассматривая вопрос о соотношении договора факторинга и сделки по уступке права требования, Л.Ю. Василевская обращает внимание на то, что "основной целью договора факторинга является финансирование, что нашло отражение в самом названии договора, т.е. речь идет о предоставлении денежных средств либо обязательстве фактора представить их клиенту в будущем; цели же уступки могут быть самыми разными - купля-продажа, дарение и т.п..." <*>.

<*> Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 43.

Однако нельзя не согласиться и со следующим утверждением Л.А. Новоселовой: "Попытки разграничить различные типы договоров по признаку их цели вряд ли можно однозначно отвергнуть."

Вместе с тем... такой критерий, как цель или основная цель договора, является слишком субъективным и неопределенным. Кроме того, для российского права понятие "финансирование" является новым. Если в правовых системах, гораздо чаще использующих это понятие, пока не сложились единые подходы к его определению, то трудно ожидать этого от находящейся в зачаточном состоянии российской правоприменительной практики" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 353.

В связи с изложенным более продуктивным (нежели поиск единого критерия, отграничивающего договор финансирования под уступку денежного требования от всех иных договоров) представляется определение соотношения договора финансирования под уступку денежного требования с другими близкими договорами, предусматривающими передачу денежных средств либо уступку денежного требования.

Прежде всего необходимо отличать договор финансирования под уступку денежного требования (в том числе саму уступку денежного требования, являющуюся элементом предмета этого договора) от всякой иной возмездной сделки по уступке права требования (ст. ст. 388 - 390 ГК). В литературе указание на сходство этих правовых конструкций (иногда до степени смешения) уже стало привычным. К примеру, Л.Г. Ефимова пишет: "Сходство классической цессии, регулируемой главой 24 ГК РФ, и цессии, совершаемой в рамках договора финансирования, по действующему российскому законодательству так велико, что подчас трудно отличить одну сделку от другой... ГК РФ позволяет сконструировать факторинг как простую куплю-продажу денежного требования, которая исполняется путем совершения цессии" <*>. Что касается цессии, совершаемой в рамках договора финансирования под уступку денежного требования, то, по мнению Л.Г. Ефимовой, она представляет собой "особую коммерциализированную разновидность общегражданской уступки права требования, которая, однако, не носит самостоятельного характера, а входит в договор финансирования как его элемент" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 587.

<***> Там же. С. 581.

Л.А. Новоселова полагает, что специальные правила о договоре финансирования под уступку денежного требования (гл. 43 ГК) должны применяться ко всяким сделкам, по которым предметом уступки является денежное право требования кредитора к третьему лицу, вытекающее из предоставления товаров, выполнения работ или оказания услуг, каковое (денежное требование) передается против встречного предоставления денежных средств лицом, которому уступается право <*>.

<*> См.: Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 355 - 356.

Вместе с тем некоторые авторы все же указывают на особенности уступки права требования,

совершаемой по договору финансирования под уступку денежного требования. Так, А.С. Комаров обращает внимание на положение п. 1 ст. 828 ГК, "которое устанавливает правило, прямо противоположное тому, что вытекает из нормы об общегражданской цессии... уступка денежного требования является действительной, если даже это противоречит договору клиента с его должником... Если клиент осуществил уступку требования из договора, в котором установлено, что она запрещена, то он будет нести за это ответственность перед своим контрагентом" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 449.

Л.Ю. Василевская, не соглашаясь с тем, что "договор факторинга отождествляют с уступкой требования", полагает, что "правовой режим этих сделок различен". Она пишет: "Договор факторинга есть договор комплексный, представляющий своеобразный симбиоз взаимосвязанных (в многообразных комбинациях) элементов различных видов обязательств, а уступка требования как сделка имеет, по общему правилу, самостоятельный характер. В договоре факторинга уступка клиентом денежного требования может проводиться как в целях отчуждения требования фактору, так и в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед фактором... В последнем случае смысл денежного требования состоит в привлечении третьего лица (должника) к исполнению обязательства клиента по возврату предоставленных ему денежных средств" <*>.

<*> Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 42.

Всякое сравнение договора финансирования под уступку денежного требования и уступки права требования (цессии), регулируемой общими положениями обязательственного права (ст. ст. 382 - 390 ГК), страдает той методической неточностью, что в таком случае предлагается сравнить несопоставимые понятия, поскольку собственно цессия представляет собой акт передачи (перехода) права требования, не являющийся договором. На это обстоятельство обратил внимание М.И. Брагинский, который по этому поводу пишет: "Цессия выражается в передаче cedentом цессионарию определенного права в силу сделки или на основании закона. Тем самым в первом случае сама передача имеет основанием договор, связывающий cedenta с цессионарием. Но этим договором является не цессия, как нередко полагают, а та сделка, на которую опирается переход, составляющий сущность цессии... Следует особо выделить договоры, для которых переход прав составляет специальный предмет. Один из них - договор финансирования под уступку денежного требования (гл. 43 ГК)" <*>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

-

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 373 - 374.

Именно по той причине, что действия клиента по уступке денежного требования финансовому агенту в рамках договора финансирования под уступку денежного требования составляют один из элементов предмета этого договора и совершаются клиентом во исполнение его обязательства, вытекающего из указанного договора, содержащиеся в гл. 43 ГК нормы, регулирующие уступку денежного требования, носят характер специальных правил, имеющих преимущество перед общими положениями о цессии (ст. ст. 382 - 390 ГК) и подлежащих лишь субсидиарному применению к отношениям по договору финансирования под уступку денежного требования.

Во всех иных случаях уступки права требования в силу сделки, как совершенно обоснованно указывает М.И. Брагинский, "возникает потребность в использовании определенных, не связанных со спецификой вещей норм о купле-продаже - таких, например, которые определяют момент исполнения договора, устанавливают ответственность за различные нарушения, предусматривают порядок выполнения отдельных обязанностей сторонами и др. Без этих норм остается открытым характер юридической связи между цессионарием и цедентом. Это же относится и к нормам о дарении: возможности для одаряемого принять дар, запрещения, ограничения и отмены дарения" <*>.

<*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. С. 373.

Действительно, содержащиеся в ГК нормы о договоре купли-продажи (гл. 30) и о договоре дарения (гл. 32) распространяют свое действие на соответствующие сделки, служащие основанием для уступки права требования, однако они не содержат каких-либо специальных правил, изменяющих правовое регулирование цессии по сравнению с общими положениями обязательственного права (ст. ст. 382 - 390 ГК). Напротив, например, применительно к положениям о купле-продаже в п. 4 ст. 454 ГК предусмотрено, что они могут применяться к продаже имущественных прав лишь в том случае, если иное не вытекает из содержания или характера этих прав.

То обстоятельство, что действия одного из контрагентов (покупателя или клиента) по уступке права требования, а другого (продавца или финансового агента) - по передаче денежных средств входят в предмет договора, сближает договор купли-продажи имущественного права и договор финансирования под уступку денежного требования.

В некоторых правопорядках правовая природа договора факторинга определяется именно как купля-продажа права требования. Так, по свидетельству Л.Ю. Василевской, в судебной практике Германии "при разрешении конфликтных ситуаций между партнерами по договору полный факторинг рассматривается как купля-продажа требований, и при возникновении споров применяются соответственно параграфы 433, 437 и 453 ГГУ, где содержатся нормы об основных правах и обязанностях продавца и покупателя, об обеспечении исполнения обязательства при покупке прав. Доктрина также рассматривает полный факторинг в основном по конструкции договора купли-продажи, выделяя при этом необходимость как заключения обязательственного договора купли-продажи требований, так и вещного договора об уступке права под отлагательным условием покупки фактором соответствующих денежных требований" <*>.

<*> Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 47.

В отечественной юридической литературе предпринимаются попытки разграничения договора финансирования под уступку денежного требования и договора купли-продажи путем использования такого критерия, как цель соответствующего договора. Например, Л.Г. Ефимова пишет: "Целью договора купли-продажи является переход права собственности на его предмет от продавца к покупателю. Отношения по предоставлению денежной суммы в уплату за приобретенный товар носят вспомогательный характер и обслуживают основное обязательство по передаче его в собственность" <*>. Отмечая, что названная цель договора купли-продажи "не совпадает с целью договора финансирования под уступку денежного требования", Л.Г. Ефимова подчеркивает, что "уступка дебиторской задолженности осуществляется в рамках указанного договора для целей финансирования, т.е. получения денег". "Таким образом, - заключает она, - если сравнивать рассматриваемый договор с куплей-продажей, то в отличие от последней передача права требования в рамках договора финансирования носит вспомогательный характер, а передача соответствующей суммы денег - основной" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 583.

<***> Там же. С. 583 - 584.

Эту мысль развивает (довольно своеобразно) Е.Е. Шевченко, который пишет: "Определение целевой направленности договоров лежит в основе разграничения договоров купли-продажи и финансирования под уступку денежного требования. Согласно ст. 1211 ГК РФ решающее исполнение в одном случае предоставляет продавец права (купля-продажа), а в другом - его покупатель (финансирование). Соответственно, целью договора купли-продажи является цель покупателя - переход права требования, а целью договора финансирования - цель продавца - получение денежной суммы (финансирование)" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 270.

Использование для правовой квалификации договоров категории "сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора", применяемой в международном частном праве для определения права, подлежащего применению к соответствующему договору, как это делает Е.Е. Шевченко, не может не вызвать сомнений, хотя бы по той причине, что названный способ определения применимого права может быть использован в международном частном праве лишь в отношении договора, который уже получил надлежащую правовую квалификацию. Иначе как же мы сможем назвать лицо, предоставляющее денежные средства контрагенту по договору за уступаемое ему право требования, финансовым агентом, а не, скажем, продавцом?

Но главная проблема при предлагаемом подходе будет состоять в том, чтобы определить, какой же цели из самостоятельных целей, преследуемых каждой из сторон договора, отдать предпочтение. Видимо, придется спросить об этом у каждого из участников договора. И не факт, что их мнения по

этому вопросу совпадут.

Представляется, что характерные особенности договора финансирования под уступку денежного требования, отличающие его от договора купли-продажи, следует искать в основных элементах этого договора. В частности, можно отметить, что предмет договора финансирования под уступку денежного требования, включающий в себя действия финансового агента по предоставлению клиенту денежных средств и действия последнего по уступке финансовому агенту денежного требования, отличается той особенностью, что финансовый агент не просто покупает соответствующее денежное требование (как это имеет место по договору купли-продажи имущественного права), а финансирует деятельность клиента, имея при этом возможность получить от него всю или часть дебиторской задолженности последнего по договорам о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг. При этом финансовый агент должен быть готов принять на себя обязанности по обслуживанию соответствующей дебиторской задолженности (и быть заинтересованным в этом). Другое дело, что при наличии принципиальной возможности обслуживания финансовым агентом дебиторской задолженности клиента и готовности финансового агента принять на себя соответствующие обязанности стороны при заключении договора финансирования под уступку денежного требования вольны в каждом конкретном случае решать по своему усмотрению вопрос о целесообразности возложения на финансового агента обязанностей по оказанию клиенту такого рода финансовых услуг.

Отмеченные обстоятельства - финансирование деятельности клиента финансовым агентом и наличие у последнего принципиальной возможности контролировать состояние дебиторской задолженности, являющейся предметом уступки, - предопределили отказ в отношении по договору финансирования под уступку денежного требования от некоторых ограничений на уступку права требования, предусмотренных общими положениями обязательственного права о цессии (ст. 388 ГК), а также расширение возможностей уступки права требования за счет уступки будущего денежного требования (п. 1 ст. 826 ГК).

По договору купли-продажи права требования покупателем приобретается только реально существующее право требования. При этом круг приобретаемых прав требования не ограничен денежными требованиями, вытекающими из договоров о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг. В этом случае приоритетному применению подлежат общие положения обязательственного права о цессии, включая предусмотренные ими ограничения на уступку прав требования. Интерес покупателя ограничен приобретением соответствующего конкретного права требования, ему нет дела до состояния дебиторской задолженности продавца. Поэтому в круг обсуждаемых сторонами вопросов при заключении соглашения о возмездной цессии не входит вопрос о целесообразности осуществления покупателем каких-либо дополнительных финансовых услуг.

Весьма популярным в отечественной юридической литературе является взгляд на договор финансирования под уступку денежного требования как на своеобразную разновидность заемно-кредитных обязательств.

Так, Е.А. Суханов, говоря о договоре финансирования под уступку денежного требования, пишет: "Рассматриваемый договор может предусматривать как передачу денег финансовым агентом клиенту (по модели договора займа), так и обязательство передать их (по модели кредитного договора)... В обеих ситуациях финансовый агент, по сути, так или иначе кредитует своего клиента, получая право требования по некоторым его обязательствам в качестве возврата или обеспечения своего кредита. Именно поэтому факторинговые обязательства включены законом в группу

обязательств по предоставлению кредитно-финансовых услуг, а не рассматриваются в качестве особого случая уступки права требования (цессии)" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 233; см. также: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. М., 2003. С. 555 (автор раздела - А.А. Павлов).

Л.Г. Ефимова также обнаруживает в договоре финансирования под уступку денежного требования элементы договора займа (кредита), однако не сводит значение этого договора к разновидности заемно-кредитных обязательств. Она пишет: "По договору финансирования под уступку денежного требования клиент получает от финансового агента денежные средства в собственность с обязательством возврата. В этой части предметы указанных договоров совпадают. Однако по договору займа (кредита) сумма долга заранее определена, за исключением процентов. По договору финансирования под уступку денежного требования возврат полученных денег осуществляется за счет текущих поступлений от предпринимательской деятельности клиента" <*>. Общий же вывод Л.Г. Ефимовой состоит в том, что "договор финансирования под уступку денежного требования содержит элемент кредитования клиента, однако этот договор не может быть сведен к разновидности договора займа или кредитного договора" <***>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 586.

<***> Там же. С. 586. Аналогичная позиция высказана Л.Ю. Василевской и Л.А. Чеговадзе (см.: Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 45; Чеговадзе Л. Факторинг - сделка под уступку имущественного права // Хозяйство и право. 2001. N 12. С. 57).

Е.Е. Шевченко также подчеркивает близость договора финансирования под уступку денежного требования к договору займа и кредитному договору до степени их смешения в случае уступки денежного требования в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом. Он пишет: "Сходство данных договоров заключается и в однотипности оказываемых услуг, а именно финансовых услуг. Данное сходство проявляется в том, что в обоих случаях контрагенту предоставляются денежные средства в собственность, поэтому, как и при займе, на денежные средства, полученные клиентом по договору финансирования, может быть обращено взыскание по его обязательствам перед финансовым агентом и другими кредиторами. Договор финансирования под уступку денежного требования может иметь... консенсуальный характер. Соответственно в таком договоре... клиент, как правило, вправе требовать от финансового агента исполнения обязательства по финансированию. В этом видится сходство договора, предусмотренного ст. ст. 824 - 833 ГК РФ, с кредитным договором" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 281.

Отличие договора финансирования под уступку денежного требования от договора займа и

кредитного договора Е.Е. Шевченко видит лишь в том, что "данный договор предусматривает передачу денежных средств без условия о возврате", однако в случае уступки денежного требования в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом "финансирование осуществляется с обязательством по его возврату. Именно такой договор затруднительно отграничить от кредитного договора, предусматривающего уступку как обеспечительную сделку" <*>. По мнению Е.Е. Шевченко, "договор, предусматривающий передачу одной стороной денежных средств другой стороне с условием их возврата, обеспечиваемого уступкой требования, можно было бы однозначно квалифицировать как кредитный договор" <***>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 282 - 284.

<***> Там же. С. 285.

В принципе можно согласиться с определением факторинговой деятельности (в широком смысле) как одной из форм кредитования, имея в виду экономические аспекты этой деятельности. Однако когда речь идет о самостоятельном гражданско-правовом договоре финансирования под уступку денежного требования и его юридической квалификации, необходимо сосредоточить внимание на характерных особенностях этого договора, отличающих его от иных гражданско-правовых договоров и, в частности, от договора займа и кредитного договора (как одного из видов договоров займа).

Во-первых, существо правоотношений по договору финансирования под уступку денежного требования состоит не в предоставлении денежной суммы с условием ее возврата в установленный договором срок и уплаты процентов за пользование денежными средствами, составляющими как прирост от использования денежных средств в имущественном обороте, так и вознаграждение лица, их предоставившего, как это имеет место в заемно-кредитных правоотношениях, а именно в финансировании деятельности клиента под уступку денежного требования (дебиторской задолженности).

Во-вторых, смысл деятельности финансового агента, предоставляющего денежные средства клиенту, заключается не в размещении денежных средств в целях получения прироста в виде процентов на соответствующую денежную сумму, а в приобретении у клиента денежных требований, вытекающих из заключенных последним договоров о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг. Именно поэтому финансовый агент должен быть всегда готов (и заинтересован в этом) к принятию на себя обязанностей по ведению для клиента бухгалтерского учета, обслуживанию его счетов и оказанию иных финансовых услуг. В отличие от этого деятельность займодавца (кредитора) по договору займа (кредитному договору) и его интерес ограничены получением от заемщика денежной суммы в размере предоставленного займа и процентов, начисленных на указанную сумму.

В-третьих, существо обязательства клиента перед финансовым агентом по договору финансирования под уступку денежного требования состоит именно в уступке действительного денежного требования (реально существующего или будущего), а не в возврате полученных в порядке финансирования денежных средств с уплатой предусмотренных договором процентов, как это имеет место по договору займа или кредита. Даже в тех случаях, когда по договору финансирования под уступку денежного требования соответствующее денежное требование

уступается клиентом финансовому агенту в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, на стороне клиента нет обязательства по возврату полученных денежных средств, клиент несет ответственность перед финансовым агентом лишь за остаток долга, который не был получен финансовым агентом путем предъявления уступленного ему денежного требования непосредственно должнику - контрагенту клиента по договору о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг.

Конечно же, предмет договора финансирования под уступку денежного требования включает в себя элементы договора займа и кредитного договора (как, впрочем, и договора купли-продажи). При желании в нем можно обнаружить и элементы других договоров, в особенности это касается договора финансирования под уступку денежного требования, осуществляемую в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, где, очевидно, присутствуют элементы договора залога, поручения, комиссии и агентского договора. На данное обстоятельство неоднократно обращалось внимание в юридической литературе.

Например, Л.Г. Ефимова, сравнивая договор финансирования под уступку денежного требования с договором залога, признает, что "целью договора залога как способа обеспечения исполнения обязательств является предоставление залогодержателю права на удовлетворение его требований по обеспечиваемому обязательству за счет стоимости заложенного имущества" и что указанная цель "не совпадает с целью договора финансирования под уступку денежного требования (договора финансирования под уступку дебиторской задолженности)" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 583.

Л.Ю. Василевская считает необходимым отграничить договор факторинга от договора поручения и агентского договора. Она пишет: "Наиболее значительное сходство данных договоров наблюдается при скрытом факторинге, поскольку в подобной ситуации фактор выступает юридически как агент, хотя иные элементы сделки факторинга, безусловно, отличаются от агентского договора. В частности, в отличие от принципала по агентскому договору (доверителя по договору поручения) клиент по договору факторинга получает предварительный платеж за счет средств фактора, а не после того, как агент получит сумму долга от должника. Кроме того, агент (поверенный) действует в пользу принципала (доверителя), фактор же действует прежде всего в личных интересах" <*>.

<*> Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 45.

Вместе с тем обнаруживаемые в предмете договора финансирования под уступку денежного требования элементы, присущие различным договорам, в сочетании с уступкой денежного требования, регулируемой специальными правилами, и дают то новое качество, которое позволяет говорить о договоре финансирования под уступку денежного требования как о самостоятельном гражданско-правовом договоре и отдельном типе договорных обязательств.

Во всяком случае именно на таком подходе основана воля законодателя, включившего в ГК нормы о договоре финансирования под уступку денежного требования и разместившего их в

отдельной гл. 43 "Финансирование под уступку денежного требования".

Следуя указанной воле законодателя, мы в дальнейшем сосредоточим свое внимание на анализе договора финансирования под уступку денежного требования в качестве самостоятельного договора, имеющего свой субъектный состав, свое содержание и специально регулируемый порядок исполнения вытекающих из него обязательств.

2. Субъектный состав договора

Непосредственными участниками (сторонами) договора финансирования под уступку денежного требования являются финансовый агент и клиент. При этом в гл. 43 ГК имеются специальные правила, содержащие требования, предъявляемые лишь к одной стороне названного договора. Имеется в виду ст. 825 ГК "Финансовый агент", согласно которой в качестве финансового агента договоры финансирования под уступку денежного требования могут заключать банки и иные кредитные организации, а также другие коммерческие организации, имеющие разрешение (лицензию) на осуществление деятельности такого вида.

Для банков и иных кредитных организаций возможность выступать в роли финансового агента по договорам финансирования под уступку денежного требования без какого-либо специального разрешения (лицензии) вытекает не только из ст. 825 ГК, но и из Федерального закона "О банках и банковской деятельности" <*> (ст. 5), наделяющего кредитные организации правом осуществлять сделки по приобретению права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме.

<*> В редакции Федерального закона от 3 февраля 1996 г. N 17-ФЗ. См.: СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492.

Что касается иных коммерческих организаций, обладающих в отличие от банков и иных кредитных организаций общей правоспособностью, то, несмотря на сохранившееся положение ст. 825 ГК о необходимости иметь лицензию на осуществление ими деятельности по финансированию под уступку денежного требования, они, так же как и кредитные организации, в настоящее время могут выступать в качестве финансовых агентов по договорам финансирования под уступку денежного требования без какого-либо специального разрешения (лицензии). Причем надо полагать, что коммерческие организации обладали таким правом и ранее, непосредственно с момента введения в действие части второй ГК (1 марта 1996 г.). Ведь согласно ст. 10 Федерального закона от 26 января 1996 г. N 15-ФЗ "О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" <*> до установления условий лицензирования деятельности финансовых агентов (ст. 825 ГК) сохранялся существовавший тогда порядок осуществления их деятельности, а в силу п. 1 ст. 49 ГК коммерческие организации, за исключением унитарных предприятий и иных видов организаций, предусмотренных законом, могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом.

<*> СЗ РФ. 1996. N 5. Ст. 411.

Окончательно этот вопрос был решен с введением в действие Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности" <*>, который не включил в предусмотренный им перечень видов лицензируемой деятельности (ст. 17) деятельность по финансированию под уступку денежного требования. Правда, то обстоятельство, что при этом законодатель не исключил требование о лицензировании деятельности финансовых агентов из ст. 825 ГК, заставляет некоторых авторов говорить о сохраняющейся возможности введения лицензирования указанной деятельности.

<*> СЗ РФ. 2001. N 3 (ч. 1). Ст. 3430.

Так, Е.Е. Шевченко обращает внимание на существующее противоречие между законодательством о лицензировании и ст. 825 ГК и полагает, что указанное "противоречие заключается не в том, что одними актами устанавливается лицензионный порядок, а другими нелицензионный, а в том, что первым предполагается введение в силу правила о лицензировании, в то время как с учетом положений нового закона о лицензировании смысл в таком несколько теряется". "Введение разрешительного порядка осуществления финансирования под уступку денежного требования, - считает Е.Е. Шевченко, - в настоящее время все же возможно, если Правительство РФ разработает и введет в действие условия лицензирования для такой деятельности, а практика пойдет по пути применения ст. 825 ГК, а не Закона о лицензировании N 128-ФЗ" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 128 - 129.

Представляется, однако, что вопросы лицензирования определенных видов деятельности относятся к сфере публично-правового регулирования, поэтому существующее противоречие между нормой ст. 825 ГК и законодательством о лицензировании должно однозначно решаться в пользу последнего. Поэтому введение лицензирования деятельности по финансированию под уступку денежного требования путем определения в подзаконном акте Правительства РФ порядка выдачи соответствующих лицензий финансовым агентам представляется совершенно невозможным, как, впрочем, и формирование судебной практики, основанной исключительно на ст. 825 ГК и противоречащей Федеральному закону "О лицензировании отдельных видов деятельности".

Вместе с тем возможность введения лицензирования деятельности финансовых агентов (путем внесения соответствующих изменений в названный Федеральный закон) не может быть полностью исключена. В связи с этим вызывают особый интерес рассуждения правоведов по поводу целесообразности такого шага.

К примеру, Л.А. Новоселова утверждает следующее: "Целесообразность осуществления лицензирования собственно деятельности финансовых агентов действительно вызывает сомнения... Сами по себе возмездные сделки уступки дебиторской задолженности в коммерческой практике не порождают никаких специфических рисков, превышающих обычный предпринимательский риск... Для покупки права уплаты денежных средств, возникшего из договора займа (из неосновательного обогащения и т.п.), лицензии не требуется. Не ясно, почему для покупки "недокументированного"

права требования денежной суммы за товары, работы и услуги такое разрешение требуется" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 361.

На наш взгляд, при обсуждении вопроса о целесообразности лицензирования деятельности финансовых агентов необходимо учитывать то, что всякая коммерческая организация, осуществляющая деятельность по финансированию под уступку денежного требования, должна быть готова принять на себя обязанности по ведению бухгалтерского учета для клиента и оказанию ему иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки (п. 2 ст. 824 ГК). Такого рода деятельность должна соответствовать определенным квалификационным требованиям.

Как отмечалось ранее, сделки по возмездному приобретению существующих денежных требований, исключающие возможность возложения на покупателя каких-либо обязанностей по оказанию продавцу соответствующих финансовых услуг, не могут квалифицироваться в качестве договоров финансирования под уступку денежного требования, а должны признаваться договорами купли-продажи прав требования, которые регулируются нормами, содержащимися в гл. 30 ГК. Следовательно, и деятельность коммерческой организации по совершению таких сделок не может квалифицироваться в качестве деятельности финансового агента, и не о ней сейчас идет речь.

А вот деятельность по ведению бухгалтерского учета для другого лица, обслуживанию счетов последнего и оказанию иных финансовых услуг, связанных с дебиторской задолженностью, которая составляет необходимый элемент деятельности финансового агента (даже в том случае, если конкретным договором финансирования под уступку денежного требования оказание клиенту такого рода услуг не предусмотрено), может повлечь за собой (при ее ненадлежащем осуществлении) весьма серьезные негативные последствия как для обслуживаемых финансовым агентом организаций, так и в целом для имущественного оборота. Поэтому к осуществлению деятельности по финансированию под уступку денежного требования (в качестве финансовых агентов) должны допускаться лишь те коммерческие организации, которые соответствуют определенным квалификационным требованиям.

Механизм определения соответствующих квалификационных требований и осуществления контроля за деятельностью финансовых агентов может быть иным, нежели обязательное лицензирование их деятельности (например, саморегулирование деятельности финансовых агентов под контролем уполномоченных государственных органов), но такой механизм должен быть создан.

Что касается второго участника договора финансирования под уступку денежного требования - клиента, то, как отмечалось ранее, в гл. 43 ГК отсутствуют какие-либо специальные требования к этому субъекту договорных отношений. Тем не менее в юридической литературе круг возможных участников договора финансирования под уступку денежного требования (в том числе и на стороне клиента) нередко ограничивается лишь коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями.

Так, например, Е.А. Суханов пишет: "Договоры факторинга используются исключительно в предпринимательском обороте, поэтому их участниками могут быть только коммерческие организации или индивидуальные предприниматели" <*>. Эта же мысль высказывается и Л.Г. Ефимовой: "Учитывая, что для финансового агента деятельность по финансированию под уступку денежного требования носит предпринимательский характер, рассматриваемый договор следует

признать предпринимательской сделкой" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 233 - 234.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 570.

С таким подходом не соглашается Л.А. Новоселова, которая подчеркивает, что законодательство "подобных ограничений не предусматривает. Недостаточная распространенность подобного рода сделок в сфере отношений с участием граждан-победителей не является достаточным аргументом". "Вполне можно представить, - пишет она, - сделку с участием гражданина, не являющегося предпринимателем, по получению кредита при предоставлении в качестве обеспечения требования об оплате проданных им товаров, например ювелирных изделий" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 364.

Аналогичных взглядов придерживается Е.Е. Шевченко, который полагает, что "участие субъектов-непредпринимателей в качестве клиентов в договоре финансирования под уступку денежного требования не исключается. То есть по ГК РФ в роли клиентов могут выступать любые физические и юридические лица. Другое дело, что на практике договор факторинга применяется в основном коммерческими организациями или индивидуальными предпринимателями как клиентами" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 142.

Представляется, что приведенные суждения являются логичным результатом формального подхода к правовой квалификации договора финансирования под уступку денежного требования, когда указанному договору отказывают в признании за ним качеств самостоятельного договора и предлагают считать таковым всякую сделку по предоставлению денежных средств под уступку права требования либо по приобретению денежного требования.

Нам уже приходилось отмечать, что договор финансирования под уступку денежного требования, будучи самостоятельным гражданско-правовым договором, охватывает лишь такие сделки по предоставлению денежных средств под уступку денежного требования, при совершении которых особый характер отношений, складывающихся между финансовым агентом и клиентом, позволяет им решать вопрос о возможности (или о нецелесообразности при наличии такой возможности) возложения на финансового агента обязанностей по ведению для клиента бухгалтерского учета, а также о предоставлении клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки. Очевидно, что такого рода услуги могут предоставляться лишь коммерческим организациям или индивидуальным предпринимателям, осуществляющим предпринимательскую деятельность по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, требующую бухгалтерского учета и надлежащего финансирования, что и достигается в том числе путем заключения соответствующего договора с финансовым агентом.

В примере, приведенном Л.А. Новоселовой (получение гражданином кредита под обеспечение правом требования долга за проданные ювелирные изделия), отношения сторон должны квалифицироваться как кредитный договор, обеспеченный залогом права требования. Причем последний (договор залога) является действительным лишь при том условии, что договором купли-продажи ювелирных изделий не предусмотрено соответствующее ограничение на уступку права требования (ст. 388 ГК). Что же касается норм о договоре финансирования под уступку денежного требования (гл. 43 ГК), то к этим отношениям они не подлежат применению.

Нельзя упускать из виду еще один аспект рассматриваемой проблемы. Распространение сферы действия договора финансирования под уступку денежного требования, предназначенного для обслуживания профессионального коммерческого оборота, на сферу потребительских отношений с участием граждан может привести к серьезным негативным последствиям в деле обеспечения и защиты прав граждан, которым придется столкнуться с профессионалами, специализирующимися на "выбивании" долгов, которые к тому же освобождены от какого-либо контроля в отсутствие требований лицензирования их деятельности.

В качестве уступки клиентом денежного требования обязанным лицом перед финансовым агентом становится должник - контрагент клиента по договору о продаже товаров, выполнении работ или оказании услуг. Несмотря на то что должник не является стороной договора финансирования под уступку денежного требования, его действия по исполнению обязательства, право требования по которому уступается клиентом финансовому агенту, регулируются специальными правилами о договоре финансирования под уступку денежного требования (ст. 830 ГК), определяющими также и некоторые права должника, в частности право предъявить к зачету свои денежные требования, основанные на договоре с клиентом, которые имелись у должника на момент получения уведомления об уступке требования, финансовому агенту (ст. 832 ГК).

Весьма существенное влияние действий должника на взаимоотношения, складывающиеся между финансовым агентом и клиентом по договору финансирования под уступку денежного требования, позволяет говорить о едином комплексе факторинговых отношений, участником которых наряду с финансовым агентом и клиентом является также и должник. На данное обстоятельство неоднократно обращалось внимание и в отечественной юридической литературе.

Так, А.С. Комаров пишет: "Трехсторонний характер отношений при осуществлении факторинговых операций нашел свое отражение в статье 833, которая регулирует взаимоотношения в случае, когда в результате нарушения клиентом своих обязательств перед должником у последнего появляется право требовать возврата уже уплаченных сумм. В положениях этой статьи нашла также отражение приоритетность отношений, обусловленных уступкой требования, по сравнению с первоначальным" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 449 - 450.

Л.Г. Ефимова отмечает, что в факторинговых отношениях при совершении операций по предоставлению финансирования "должно существовать по меньшей мере два договора: договор финансирования под уступку денежного требования и основной договор на поставку продукции (выполнение работ, оказание услуг). Соответственно, в результате совершения договора финансирования под уступку денежного требования возникают две группы отношений: внутренние и

внешние. Внутренние отношения возникают между сторонами договора: финансовым агентом и клиентом... Внешние правоотношения складываются между финансовым агентом и третьим лицом, которое является должником клиента по заключенному между ними договору" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 570.

Представляется, однако, что о трехстороннем характере отношений, возникающих между финансовым агентом, клиентом и должником, можно говорить лишь условно, имея в виду, что между финансовым агентом и клиентом существует самостоятельный договор финансирования под уступку денежного требования, исполнение которого (в части обязательств клиента) приводит к замене стороны-кредитора в обязательстве, вытекающем из договора о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг (в части уступленного права требования), и в силу этого к необходимости для должника исполнять свое обязательство финансовому агенту.

3. Форма и порядок заключения договора

В гл. 43 ГК отсутствуют какие-либо специальные правила, которые определяли бы особые требования к форме договора финансирования под уступку денежного требования. В юридической литературе высказывалось мнение о необходимости руководствоваться общими нормами о форме уступки права требования. Например, А.С. Комаров по этому поводу пишет: "Регулирование, включенное в главу 43, представляет собой специальные нормы по отношению к нормам общей части обязательственного права об уступке требования (ст. ст. 382 - 390). Таким образом, эти положения общей части применяются к отношениям по договору о финансировании под уступку требования, если в данной главе не содержится иного регулирования. В частности, нормы, касающиеся формы уступки требования (ст. 389), предопределяют форму данного договора" <*>. Аналогичный подход можно обнаружить и у Е.А. Суханова, который утверждает: "Форма договора факторинга подчиняется общим правилам о форме, в которой должна быть совершена уступка права требования (ст. 389 ГК)" <***>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 445.

<***> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 233.

Л.А. Новоселова, рассматривая вопрос о форме договора финансирования под уступку денежного требования, выделяет требования, предъявляемые к форме основного договора, и требования, предъявляемые к форме сделок уступки, совершаемых в рамках основного договора. По ее мнению, основной договор должен совершаться в письменной форме в силу п. 1 ст. 161 ГК, поскольку одной из его сторон (финансовым агентом) является юридическое лицо. Кроме того, Л.А. Новоселова указывает на то, что "основной договор может содержать условие о принятии финансовым агентом (банком или иной кредитной организацией) обязанности по кредитованию клиента, в частности, в виде принятия на себя обязательства предоставить денежные средства в срок и на условиях, предусмотренных договором". "В этих случаях, - полагает Л.А. Новоселова, - к

отношениям сторон, связанным с кредитованием, применима норма ст. 820 ГК РФ, согласно которой кредитный договор должен быть заключен в письменной форме, и несоблюдение этого требования влечет недействительность кредитного договора" <*>. Что же касается собственно уступки денежного требования, то по этому поводу автор пишет: "Оформление сделок уступки в рамках договора факторинга должно производиться в соответствии с требованиями ст. 389 ГК РФ, возможность применения которой к отношениям сторон при факторинге диктуется соотношением норм гл. 24 и 43 ГК РФ" <***>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 367.

<***> Там же.

Согласно ст. 389 (п. п. 1 и 2), о которой в данном случае идет речь, уступка требования, основанного на сделке, совершенной в простой письменной или нотариальной форме, должна быть совершена в соответствующей письменной форме, уступка требования по сделке, требующей государственной регистрации, должна быть зарегистрирована в порядке, установленном для регистрации этой сделки, если иное не установлено законом.

Как можно видеть, договор финансирования под уступку денежного требования и является тем самым договором, на основе которого (в рамках которого) совершается уступка денежного требования. Указанный договор должен быть заключен в простой письменной форме по той причине, что в нем участвует юридическое лицо (финансовый агент), как это предусмотрено п. 1 ст. 161 ГК. При этом договор финансирования под уступку денежного требования может быть заключен как путем составления одного документа, подписанного сторонами, так и путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК).

Какие-либо иные правила, определяющие требования к форме других договоров (например, положения ст. 820 ГК о форме кредитного договора, как полагает Л.А. Новоселова), не могут применяться к договору финансирования под уступку денежного требования в силу отсутствия указаний на этот счет в гл. 43 ГК.

Что же касается собственно сделок по уступке денежных требований, то по общему правилу при наличии договора финансирования под уступку денежного требования таковые (сделки по уступке) вообще не подлежат специальному оформлению. Даже в тех случаях, когда речь идет об уступке будущего требования (не говоря уже об уступке существующего требования), соответствующее денежное требование должно быть определено в договоре клиента с финансовым агентом таким образом, чтобы имелась возможность идентифицировать указанное требование не позднее чем в момент его возникновения, и оно считается перешедшим к финансовому агенту после того, как возникло само право на получение с должника денежных средств. Какого-либо дополнительного оформления уступки денежного требования в этих случаях не требуется (ст. 826 ГК). Так что правила о форме уступки права требования, содержащиеся в ст. 389 ГК, должны быть соблюдены финансовым агентом и клиентом при заключении самого договора финансирования под уступку денежного требования.

В гл. 43 ГК не содержится также специальных правил, которые регламентировали бы порядок заключения договора финансирования под уступку денежного требования. Следовательно,

отношения, складывающиеся между сторонами при заключении указанного договора, подчиняются общим правилам о заключении гражданско-правовых договоров (гл. 28 ГК).

При заключении договора финансирования под уступку денежного требования, как и всякого иного гражданско-правового договора, должно быть достигнуто соглашение по всем существенным условиям этого договора. Следуя положениям п. 1 ст. 432 ГК, к числу существенных условий договора финансирования под уступку денежного требования мы должны отнести условия о предмете этого договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

В юридической литературе все существенные условия названного договора нередко сводят лишь к условию о предмете договора. Например, А.А. Павлов пишет: "Круг существенных условий договора финансирования ограничивается лишь условием о предмете. Отсутствие в конкретном договоре иных условий не влечет признания его незаключенным и должно восполняться с помощью общих правил об обязательствах (гл. 22 ГК)" <*>.

<*> Павлов А.А. Указ. соч. С. 556.

В связи с этим необходимо обратить внимание на то, что в тех случаях, когда закон называет какие-либо условия договора в качестве существенных или необходимых для договоров данного вида и одновременно устанавливает диспозитивные нормы для восполнения указанных условий при их отсутствии в конкретном договоре, данные условия не утрачивают характер существенных условий договора, но приобретают новое качество их определимости с помощью диспозитивных норм. Ведь стороны могут своим соглашением исключить применение соответствующих диспозитивных норм, и тогда недостижение ими соглашения по указанным существенным условиям договора повлечет за собой признание договора незаключенным.

Кроме того, заключение именно договора финансирования под уступку денежного требования, который является сложным договором, имеющим отдельные виды, и не отличается полнотой правового регулирования, требует от сторон активной позиции и инициативы в выработке условий договора. Поэтому круг условий этого договора, относительно которых стороны могут заявить о необходимости достижения соглашения, здесь может быть шире, нежели при заключении любого гражданско-правового договора. С учетом этого и следует рассматривать вопрос о существенных условиях договора финансирования под уступку денежного требования.

В юридической литературе высказаны различные мнения о предмете договора финансирования под уступку денежного требования.

Так, Е.А. Суханов утверждает следующее: "Предметом договора финансирования под уступку денежного требования может быть:

- передача денежного требования финансовому агенту в обмен на предоставление клиенту денежных средств;

- уступка клиентом фактору своего денежного требования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, имеющегося у клиента перед фактором (обычно по кредитному договору фактора с клиентом). В этом случае требование может переходить к фактору только при условии

невыполнения клиентом своего основного обязательства" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 233.

Л.Г. Ефимова пишет: "Объектом обязательства, возникающего из договора финансирования под уступку денежного требования, является соответствующее действие, совершения которого вправе потребовать кредитор. Соответственно, финансовый агент передает или обязуется передать денежные средства либо займы, либо в качестве встречного эквивалента за право требования платежа. Следовательно, обязательство финансового агента носит денежный характер. В свою очередь клиент передает или обязуется передать финансовому агенту денежное требование клиента к третьему лицу" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 570.

А.А. Павлов, комментируя положения о договоре финансирования под уступку денежного требования, определяет предмет указанного договора следующим образом: "Предметом рассматриваемого договора являются, с одной стороны, денежные средства, передаваемые клиенту, а с другой - денежное требование клиента к третьему лицу, которое либо уступается финансовому агенту, либо служит способом обеспечения исполнения обязанности клиента" <*>.

<*> Павлов А.А. Указ. соч. С. 556.

Е.Е. Шевченко предлагает понимать под предметом договора финансирования под уступку денежного требования "не столько само финансирование, сколько финансирование под уступку денежного требования - уступка требования здесь является неотъемлемой частью услуги, оказываемой финансовым агентом" <*>.

<*> Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 152.

На наш взгляд, предметом договора финансирования под уступку денежного требования следует признать действия финансового агента по передаче денежных средств клиенту и действия последнего по уступке финансовому агенту соответствующего денежного требования. Однако с методологической точки зрения более приемлемым представляется определять предмет договора финансирования (а стало быть, и круг существенных условий этого договора, относящихся к его предмету) дифференцированно применительно к различным видам договора финансирования под уступку денежного требования.

К примеру, в ситуациях, когда обязательство на стороне одного из контрагентов по договору (финансового агента или клиента) носит реальный характер, действия указанного контрагента (соответственно по передаче денежных средств или по уступке денежного требования) остаются за

рамками договора, и, следовательно, предмет договора финансирования под уступку денежного требования составят действия лишь одного из контрагентов.

В случаях, когда по договору финансирования под уступку денежного требования денежное требование уступается в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, предмет договора расширяется за счет дополнительных действий финансового агента по представлению отчета клиенту о получении платежа с должника и передаче клиенту суммы, превышающей размер задолженности клиента, обеспеченный уступкой денежного требования, и действий клиента по уплате финансовому агенту остатка долга, не погашенного должником при предъявлении ему уступленного денежного требования.

Аналогичным образом (дифференцированно применительно к отдельным видам договора) следует определять и иные существенные условия (например, по признаку их необходимости для договоров данного вида) договора финансирования под уступку денежного требования.

Скажем, если речь идет о договоре финансирования под уступку денежного требования, осуществляемую в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, то очевидно, что в таком договоре должны содержаться условия о сроках и порядке представления финансовым агентом отчета о получении платежа от должника по уступленному денежному требованию. В договоре, предусматривающем передачу будущего требования, уступка которого обусловлена наступлением определенного события, должны обязательно присутствовать условия, позволяющие идентифицировать указанное события, а также определяющие порядок вступления уступки денежного требования в силу после наступления соответствующего события.

Если по договору финансирования под уступку денежного требования финансовый агент принимает на себя обязанности по ведению для клиента бухгалтерского учета либо предоставлению ему иных услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, существенными условиями такого договора должны быть признаны (опять же по признаку их необходимости) условия, определяющие объем и порядок оказания соответствующих финансовых услуг, а также порядок и размер их оплаты клиентом.

Следует еще раз подчеркнуть, что отсутствие в договоре финансирования под уступку денежного требования какого-либо условия, признаваемого существенным условием этого договора, при невозможности его восполнения путем применения диспозитивной нормы влечет за собой только то последствие, что указанный договор не может считаться заключенным (п. 1 ст. 432 ГК).

4. Содержание и исполнение договора

Общие положения о содержании договора

Как известно, содержание всякого гражданско-правового договора составляют права и обязанности сторон договора. Права и обязанности сторон по договору финансирования под уступку денежного требования могут быть определенным образом классифицированы с учетом особенностей данного договора. Так, в зависимости от степени обязательности включения в содержание договора финансирования под уступку денежного требования все обязанности сторон (и соответствующие им права требования контрагента) могут быть дифференцированы на основные обязанности и обязанности факультативные. К первой группе должны быть отнесены обязанности финансового

агента по предоставлению клиенту денежных средств и обязанности последнего по уступке денежного требования; ко второй группе - обязанности финансового агента по ведению для клиента бухгалтерского учета, а также предоставлению клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки.

В зависимости от основания возникновения обязанности финансового агента и клиента могут быть разделены на обязанности, вытекающие из договора финансирования под уступку денежного требования (обязанности по финансированию, а также по уступке денежного требования), и обязанности, возникающие в связи с исполнением (неисполнением или ненадлежащим исполнением) должником обязательства по уступленному праву требования. Последняя категория обязанностей обнаруживает себя, например, в случаях, когда договор финансирования под уступку денежного требования заключается с условием об ответственности клиента за неисполнение или ненадлежащее исполнение должником денежного требования, являющегося предметом уступки (оборотный факторинг), либо с условием об уступке денежного требования в целях обеспечения обязательства клиента перед финансовым агентом (обеспечительный факторинг).

Заслуживают быть выделенными в самостоятельную категорию обязанностей и так называемые кредиторские обязанности финансового агента и клиента по договору финансирования под уступку денежного требования, связанные в основном с уступаемым правом требования.

Обязанности финансового агента

Основная обязанность финансового агента состоит в финансировании клиента, являющегося одновременно стороной в договоре о передаче товаров, выполнении работ либо оказании услуг и в силу этого располагающего денежным требованием к контрагенту (или возможностью стать обладателем такого требования в будущем).

ГК (гл. 43) не детализирует эту обязанность финансового агента и не устанавливает порядок ее исполнения, определяя ее в самой общей форме как обязанность передать клиенту денежные средства в счет денежного требования последнего к третьему лицу (п. 1 ст. 824 ГК). Не уделяется должное внимание данной обязанности клиента и в юридической литературе.

Например, Л.Г. Ефимова обращает внимание на то, что "обязательство финансового агента носит денежный характер", а также подчеркивает, что в отношениях по договору финансирования под уступку денежного требования имеет место "предоставление финансовым агентом клиенту денежных средств в собственность с обязательством возврата в виде соответствующих поступлений от уступаемых прав требования", указывая, однако, на то, что "договор финансирования под уступку денежного требования... не может быть сведен к разновидности договора займа или кредитного договора" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 570, 586.

Е.А. Суханов, напротив, подчеркивает, что "финансирование может осуществляться в виде передачи (перечисления) клиенту денежных сумм в обмен на состоявшуюся уступку (единовременно или отдельными частями) либо в виде открытия ему КРЕДИТА (выделено нами. - В.В.),

обеспеченного возможной в будущем уступкой права требования" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 236.

По мнению А.А. Павлова, в рамках договора финансирования под уступку денежного требования отношения сторон "могут строиться как по модели займа (когда финансовый акт передает денежные средства клиенту), так и по модели кредитного договора (финансовый агент обязуется передать клиенту указанные денежные средства)" <*>.

<*> Павлов А.А. Указ. соч. С. 555.

Л.А. Новоселова, рассматривая вопрос о юридической природе отношений по договору финансирования под уступку денежного требования, указывает на то, что "характеристика рассматриваемых отношений как отношений заемных или кредитных ошибочна", однако применительно к конструкции договора, по которому уступка денежного требования осуществляется в целях обеспечения обязательства клиента перед финансовым агентом, признает, что "конструкция свидетельствует о наличии между сторонами отношений по займу (кредиту)" <*>.

<*> Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 371, 373.

В конечном счете нам важна не столько оценка правовой природы обязательства финансового агента по финансированию клиента, сколько определение правовых норм, которыми может регулироваться исполнение этого обязательства.

Если признать, что финансирование клиента по договору финансирования под уступку денежного требования осуществляется финансовым агентом по правилам о займе или кредите (гл. 42 ГК), то в этом случае мы должны допустить возможность прямого регулирования соответствующих правоотношений нормами о договоре займа и кредитном договоре. Данное обстоятельство будет означать, в частности, что в рамках консенсуального договора финансирования под уступку денежного требования финансовый агент получит по сути неограниченные возможности отказа от предоставления клиенту предусмотренных договором денежных средств, а клиент - от их получения (п. п. 1 и 2 ст. 821 ГК).

Представляется, однако, что наделение сторон договора финансирования под уступку денежного требования правом неограниченного одностороннего отказа от исполнения договора не входило в планы законодателя. Иначе в гл. 43 ГК появились бы правила, допускающие применение к обязательству финансового агента по финансированию клиента норм о кредитном договоре. В силу же отсутствия таковых можно сделать только один вывод: обязательство финансового агента, вытекающее из договора финансирования под уступку денежного требования, по финансированию клиента носит самостоятельный характер и не подчиняется нормам о договоре займа и кредитном договоре. Поскольку гл. 43 ГК не содержит специальных правил, направленных на регламентацию данного обязательства, порядок исполнения финансовым агентом обязательства по финансированию

клиента (предоставлению последнему денежных средств) должен регулироваться лишь общими положениями обязательственного права об исполнении обязательств и, в частности, денежных обязательств.

Договором финансирования под уступку денежного требования на стороне финансового агента могут быть предусмотрены дополнительные (факультативные) обязанности (при неперменной возможности их осуществления, проистекающей из особого характера отношений сторон) по ведению для клиента бухгалтерского учета, а также по предоставлению клиенту иных финансовых услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки (п. 2 ст. 824 ГК).

Как верно отмечает Е.А. Суханов, "такие услуги становятся целесообразными в случаях, когда отношения сторон факторингового договора не сводятся к однократной уступке требования взамен предоставления кредита" <*>. Действительно, при стабильных взаимоотношениях финансового агента с клиентом, посредством которых обеспечивается финансирование деятельности последнего, принятие финансовым агентом на себя обязанностей по ведению бухгалтерского учета и оказанию клиенту иных финансовых услуг выгодно обеим сторонам: клиент избавляется от необходимости нести дополнительные расходы на организацию обслуживания счетов (в части уступаемой дебиторской задолженности), а финансовый агент, осуществляющий такого рода обслуживание клиента, может контролировать ситуацию и реально влиять на снижение степени риска неисполнения должниками их обязательств или их неплатежеспособности.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 233.

По договору финансирования под уступку денежного требования, по которому денежное требование уступается в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, имеются особые обязанности: финансовый агент обязан представить отчет клиенту (о полученных платежах по уступленному праву требования), а также передать ему сумму, превышающую сумму долга клиента, обеспеченную уступкой требования (если таковая имеется) (п. 2 ст. 831 ГК).

В связи с этим А.С. Комаров подчеркивает, что "денежное требование может выполнять не только основную свою роль - имущественного эквивалента, получаемого в обмен на реальные денежные средства (при "покупке" требования финансовым агентом), но также и роль обеспечения исполнения другого обязательства, существующего между клиентом и его финансовым агентом. Денежное требование в последнем случае реально перейдет к финансовому агенту лишь тогда, когда не будет исполнено обязательство, по отношению к которому уступка требования имела обеспечительный характер" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 446.

Надо полагать, что речь идет все-таки не о каком-то другом обязательстве, существующем между лицами, выступающими в роли финансового агента и в роли клиента по договору финансирования под обеспечительную уступку денежного требования, а об обязательстве клиента перед финансовым агентом, которое вытекает из этого договора и связано с предоставлением клиенту

денежных средств. По этому поводу Е.А. Суханов, например, пишет: "Уступка требования, совершаемая в обеспечение исполнения кредитного обязательства клиента перед фактором, всегда совершается во исполнение консенсуального договора, а обязательство по ее совершению носит дополнительный (акцессорный) характер" <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 235.

Правда, как отмечалось ранее, вытекающее из договора финансирования под уступку денежного требования (даже при обеспечительной уступке) обязательство по финансированию клиента не может быть квалифицировано в качестве кредитного обязательства. Своеобразие обязательства по предоставлению финансовым агентом денежных средств клиенту проявляется в том числе и в особом (субсидиарном) порядке его исполнения. Ведь финансовый агент, предоставивший денежные средства клиенту, не вправе потребовать от последнего их возврата, а должен предъявить уступленное ему денежное требование (даже если уступка обеспечивала исполнение обязательства клиента перед финансовым агентом) должнику. И только в том случае, если денежные средства, полученные финансовым агентом от должника, оказались меньше суммы долга клиента перед финансовым агентом, обеспеченной уступкой требования, финансовый агент может потребовать непосредственно от клиента уплаты остатка долга (п. 2 ст. 831 ГК).

На стороне финансового агента имеются также некоторые "кредиторские" обязанности по отношению к должнику клиента, связанные с уступаемым денежным требованием. Согласно ст. 830 ГК должник обязан произвести платеж финансовому агенту лишь при том условии, что он получил письменное уведомление об уступке денежного требования данному финансовому агенту и в указанном уведомлении определено подлежащее исполнению денежное требование, а также указан финансовый агент, которому должен быть произведен платеж. Кроме того, по просьбе должника финансовый агент обязан в разумный срок представить должнику доказательство того, что уступка денежного требования финансовому агенту действительно имела место.

Неисполнение либо ненадлежащее исполнение финансовым агентом названных "кредиторских" обязанностей может иметь то последствие, что должник в этом случае получает право произвести по соответствующему требованию платеж не финансовому агенту, а клиенту во исполнение своего обязательства перед ним.

Обязанности клиента

Основная обязанность клиента по договору финансирования под уступку денежного требования состоит в уступке соответствующего права требования финансовому агенту в обмен на предоставленное последним финансирование.

Денежное требование, составляющее предмет уступки по договору финансирования под уступку денежного требования, должно соответствовать определенным законодательным параметрам.

Во-первых, указанное денежное требование представляет собой право требования клиента к третьему лицу об оплате переданных ему товаров, выполненных работ или оказанных услуг по соответствующему договору, заключенному между ними, в котором клиент выступает в роли

продавца (поставщика) товара, исполнителя (подрядчика) работ или услуг, а третье лицо (контрагент клиента по договору) является покупателем товаров или заказчиком работ либо услуг (п. 1 ст. 824 ГК).

Данный признак исключает из круга денежных требований, которые могут быть предметом уступки по договору финансирования под уступку денежного требования, права требования, вытекающие из иных договоров (например, требование займодавца о возврате указанной суммы и уплате процентов по договору займа) или внедоговорных обязательств.

Во-вторых, предметом уступки, под которую предоставляется финансирование, может служить как денежное требование, срок платежа по которому уже наступил (существующее требование), так и право на получение денежных средств, которое возникнет в будущем (будущее требование) (п. 1 ст. 826 ГК).

Отмеченный признак денежного требования, уступаемого по договору финансирования под уступку денежного требования (возможность уступки финансовому агенту будущего требования), отличает уступку, совершаемую в рамках указанного договора, от уступки права требования, регулируемой общими положениями обязательственного права, которыми допускается передача лишь права требования, принадлежащего кредитору (п. 1 ст. 382 ГК).

Правда, в юридической литературе понятие "будущее требование", которое может быть предметом уступки по договору финансирования под уступку денежного требования, трактуется по-разному. Так, А.С. Комаров призывает различать два вида денежных требований, которые могут служить предметом уступки по указанному договору: "...во-первых, денежное требование, срок платежа по которому уже наступил, то есть уже существующая у клиента дебиторская задолженность, отраженная в его бухгалтерских документах, и во-вторых, право на получение будущих долгов, то есть платежные обязательства контрагентов клиента, вытекающие, например, из уже заключенных им договоров на поставку товаров, срок платежа за которые еще не наступил" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 447; см. также: Суханов Е.А. Указ. соч. С. 235.

Против такого толкования понятия "будущее требование" выступает, например, А.А. Павлов, который пишет: "Различие между существующими и будущими требованиями основывается на моменте заключения первоначального договора... права, вытекающие из договоров, заключенных до либо в момент уступки, относятся к существующим, даже если их исполнение поставлено в зависимость от истечения определенного срока или наступления определенного условия. Соответственно, будущими должны признаваться требования, которые возникнут из договоров, заключенных после заключения договора финансирования" <*>.

<*> Павлов А.А. Указ. соч. С. 558 - 559; см. также: Шевченко Е.Е. Указ. соч. С. 178.

Представляется, что в наших рассуждениях о понятиях "существующее требование" и "будущее требование" мы должны исходить из их специального (целевого) использования в рамках гл. 43 ГК. По общим положениям обязательственного права право требования кредитора и обязанности должника составляют содержание обязательства и должны считаться возникшими и существующими

с момента возникновения самого обязательства (заключение договора). Соответственно, будущими требованиями могут считаться права требования по обязательствам, которые еще не возникли (договор еще не заключен).

Вместе с тем в целях гл. 43 ГК под существующим требованием понимается только такое обязательство, "срок платежа по которому уже наступил" (п. 1 ст. 826). Следовательно, часть существующих требований (как они трактуются по общим положениям обязательственного права, а именно требования по возникшему и существующему обязательствам), срок исполнения которых еще не наступил, в рамках гл. 43 ГК обозначается понятием "будущие требования". Однако содержание данного понятия (в целях гл. 43 ГК) этим не ограничивается. Ведь под понятием "будущее требование" понимается "право на получение денежных средств, которое возникнет в будущем" (п. 1 ст. 826 ГК).

Очевидно, понятие "будущие требования" (в его целевом значении, используемом в гл. 43 ГК) включает в себя: 1) требования, вытекающие из заключенных договоров, срок платежа по которым еще не наступил; 2) требования, вытекающие из заключенных договоров, по условиям которых исполнение обязанности должника по осуществлению платежа обусловлено определенными обстоятельствами (например, оплата товаров после их поставки) и таковые еще не наступили; 3) требования, которые появятся в будущем в результате возникновения самого обязательства, т.е. после заключения договора, каковой в настоящий момент отсутствует.

Главное же в определении того, какие денежные требования передаются финансовому агенту, состоит в обязательном соблюдении сторонами договора финансирования под уступку денежного требования содержащегося в п. 1 ст. 826 ГК правила о том, что денежное требование, являющееся предметом уступки, должно быть определено в договоре клиента с финансовым агентом таким образом, который позволит идентифицировать существующее требование в момент заключения договора, а будущее требование - не позднее чем в момент его возникновения. Как верно заключает Л.Г. Ефимова, "важно только, чтобы в момент возникновения каждого... права требования оно могло быть идентифицировано как переданное по договору о финансировании" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 574.

Одна из основных обязанностей клиента по договору финансирования под уступку денежного требования состоит в том, что он должен передать финансовому агенту действительное денежное требование. Согласно п. 2 ст. 827 ГК денежное требование, являющееся предметом уступки, признается действительным, если клиент обладает правом на передачу денежного требования и в момент уступки этого требования ему не были известны обстоятельства, вследствие которых должник вправе его не исполнять.

При этом уступка финансовому агенту денежного требования признается действительной даже в том случае, когда соглашением, заключенным между клиентом и его должником, предусмотрены запрет или ограничения на уступку права требования. Данное обстоятельство, однако, не освобождает клиента от ответственности перед должником за нарушение соответствующего соглашения (ст. 828 ГК).

Договор финансирования под уступку денежного требования, как договор, используемый в коммерческом обороте, и в силу общей презумпции возмездности всякого гражданско-правового

договора (ст. 423 ГК) является возмездным договором. Поэтому, несмотря на отсутствие в гл. 43 ГК специальных правил об оплате клиентом услуг, оказываемых ему финансовым агентом, соответствующая обязанность клиента бесспорно входит в содержание обязательства по договору финансирования под уступку денежного требования. На данное обстоятельство неоднократно обращалось внимание в юридической литературе.

Так, А.С. Комаров пишет: "Договор о факторинге предусматривает способ и размер вознаграждения фактора за предоставляемые им услуги. По существу речь идет о комиссии, размер которой определяется на основе суммы переданных долгов... Размер такой комиссии в разных странах колеблется между 0,75 и 3,5%. К этой ставке добавляется также кредитный процент по авансовым платежам, осуществляемым фактором" <*>.

<*> Комаров А.С. Указ. соч. С. 438.

Е.А. Суханов указывает: "Оплата услуг финансового агента определяется соглашением сторон в зависимости от риска, который несет фактор, определяемого, в частности, характером деятельности клиента и его должников и рядом других обстоятельств. Она может устанавливаться в форме процентов от стоимости уступаемого требования; в твердо определенной сумме; в виде разницы между реальной (рыночной) ценой требования и его ценой, предусмотренной в соответствующем договоре, и т.д." <*>.

<*> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 235 - 236.

Л.Г. Ефимова обращает внимание на то, что "нельзя сделать вывод, что само денежное требование, переданное финансовому агенту, должно служить платой за услуги, оказанные им клиенту", и приходит к выводу о том, что "роль встречного эквивалента предоставленным клиенту финансовым услугам должно выполнять не само уступленное право требования, а иное благо" <*>.

<*> Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 584 - 585; см. также: Новоселова Л.А. Указ. соч. С. 369 - 371.

Добавим к сказанному, что условие о размере оплаты услуг финансового агента по договору финансирования под уступку денежного требования относится к числу существенных условий данного договора. Вместе с тем его отсутствие в тексте договора может быть восполнено диспозитивным правилом о том, что в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги (п. 3 ст. 424 ГК).

Круг обязанностей клиента по договору финансирования под уступку денежного требования расширяется в случаях, когда договор заключается с условиями об уступке денежного требования в целях обеспечения обязательства клиента перед финансовым агентом (обеспечительный факторинг) или об ответственности клиента за неисполнение или ненадлежащее исполнение должником

денежного требования, предъявленного финансовым агентом (оборотный, регрессный факторинг).

В первом случае (обеспечительный факторинг) на стороне клиента имеется обязанность погасить остаток долга финансовому агенту, если денежные средства, полученные последним от должника, не покрывают всю сумму долга клиента перед финансовым агентом, обеспеченную уступкой требования (п. 2 ст. 831 ГК).

Во втором случае (оборотный факторинг) клиент несет ответственность перед финансовым агентом не только за действительность переданного ему требования, являющегося предметом уступки, но и за его исполнение должником (п. 3 ст. 827 ГК). При таких условиях клиент, уступая право требования финансовому агенту, принимает на себя своеобразное "поручительство" за исполнение должником своего обязательства перед финансовым агентом.

Так называемые кредиторские обязанности клиента в отношениях с должником особо отчетливо обнаруживают себя в ситуациях, когда обязательство клиента по договору финансирования под уступку денежного требования носит консенсуальный характер либо предметом уступки являются будущие требования. В первом случае клиент должен принимать все необходимые меры для поддержания соответствующего денежного требования к должнику в надлежащем состоянии вплоть до его передачи финансовому агенту.

В случае же, когда предметом уступки по договору финансирования под уступку денежного требования является будущее требование, оно считается перешедшим к финансовому агенту лишь после того, как возникло само право на получение с должника денежных средств, а если уступка денежного требования обусловлена определенным событием, она вступает в силу после наступления этого события (п. 2 ст. 826 ГК).

Следовательно, будущее требование (или право на получение платежа по ранее возникшему обязательству) должно сначала возникнуть на стороне клиента, и только после этого оно будет считаться перешедшим финансовому агенту. Данное обстоятельство в свою очередь служит предпосылкой того, что клиентом уже в рамках заключенного договора финансирования под уступку денежного требования и во исполнение вытекающего из него обязательства должны быть приняты все меры, обеспечивающие возникновение будущего денежного требования (права на получение платежа по ранее возникшему обязательству): заключение договора о передаче товаров, работ или услуг с определенным контрагентом, исполнение указанного договора с целью получения права требования платежа с контрагента-должника и т.п.

Права и обязанности должника

Должник - контрагент клиента по договору о передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг, на котором лежит обязанность платежа по денежному требованию, составляющему предмет уступки по договору финансирования под уступку денежного требования, конечно же, не является субъектом (стороной) названного договора. Вместе с тем действия должника, в том числе по исполнению своего обязательства по денежному требованию, переданному финансовому агенту, влекут за собой весьма серьезные правовые последствия для непосредственных участников договора финансирования под уступку денежного требования - финансового агента и клиента.

В связи с изложенным особенности исполнения должником обязательства по переданному финансовому агенту денежному требованию и связанные с указанным исполнением права и

обязанности должника регулируются правилами о финансировании под уступку денежного требования (гл. 43 ГК).

Согласно названным правилам, несмотря на то что запрет и ограничения на уступку денежного требования, предусмотренные соглашением между должником и клиентом, в случаях, когда такая уступка совершается в рамках договора финансирования под уступку денежного требования, признаются недействительными, должник наделяется правом привлечь клиента к ответственности за нарушение условий соглашения (ст. 828 ГК).

На должника возлагается обязанность произвести платеж финансовому агенту при том условии, что он был надлежаще уведомлен клиентом или финансовым агентом о состоявшейся уступке денежного требования по договору финансирования под уступку денежного требования. При этом должник вправе истребовать от финансового агента доказательства того, что уступка денежного требования действительно имела место. В случае невыполнения финансовым агентом обязанности по предоставлению должнику соответствующих доказательств должник сохраняет право исполнить свое обязательство клиенту и тем самым прекратить указанное обязательство его надлежащим исполнением (ст. 830 ГК).

Заслуживает внимания также предоставление должнику права в случае предъявления финансовым агентом уступленного ему клиентом права требования к платежу прекратить соответствующее обязательство путем зачета встречного денежного требования, основанного на договоре с клиентом, при том условии, что соответствующее требование имелось у должника к моменту, когда им было получено уведомление о состоявшейся уступке денежного требования финансовому агенту. Не могут быть предъявлены к зачету те требования должника к клиенту, которые возникли в связи с нарушением соглашения о запрете либо об ограничении уступки права требования (ст. 832 ГК).

Особый характер носят отношения, складывающиеся между должником, финансовым агентом и клиентом, при возврате должнику денежных сумм, уплаченных им по денежному требованию, предъявленному финансовым агентом, в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением клиентом своего обязательства перед должником. Согласно ст. 833 ГК в случае нарушения клиентом своих обязательств по договору, заключенному с должником, последний не вправе требовать от финансового агента возврат сумм, уплаченных ему по уступленному денежному требованию, если должник вправе получить такие суммы непосредственно с клиента.

И все же в двух случаях соответствующее требование должника о возврате уплаченных сумм может быть адресовано финансовому агенту: 1) когда финансовый агент не исполнил свое обязательство перед клиентом по предоставлению последнему денежных средств, предусмотренных договором финансирования под уступку денежного требования; 2) когда финансовый агент, напротив, произвел соответствующий платеж клиенту в счет уступаемого денежного требования, зная о том, что последний допустил нарушение своего обязательства по договору, заключенному с должником.

ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА СОЗДАНИЕ КОЛЛЕКТИВНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ

Многоступенчатая классификация договоров, первая ступень которой построена путем использования признака их результата, позволяет прежде всего выделить договоры, направленные на передачу имущества (1), на выполнение работ (2), на оказание услуг (3). Подобное деление сохраняет

значение применительно не только к договорам, но и к гражданским правоотношениям в целом. Подтверждением может служить ст. 2 Гражданского кодекса РФ. Указав на регулирование гражданским законодательством отношений между теми, кто занимается предпринимательской деятельностью либо с их участием, приведенная статья усматривает смысл подобной деятельности в том, что она является самостоятельной, осуществляемой на свой риск, притом направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в качестве предпринимателей в установленном законом порядке.

Когда у участников гражданского оборота появляются встречные интересы, связанные с приобретением товаров, выполнением работ или оказанием услуг, они заключают между собой договоры, которые соответствуют признакам какой-либо из таких групп. Имеются в виду договоры купли-продажи, аренды, аренды помещения или оборудования, подряда, поручения, комиссии и др. Не исключено, что при заключении конкретного договора набор входящих в его состав отдельных элементов будет отвечать особенностям, присущим одновременно договорам, которые входят в разные группы. И тогда налицо вариант смешанных договоров, которым посвящена ст. 421 ГК.

Все, о чем шла речь выше, отнюдь не исключает существования договоров за пределами приведенной группировки. По этой причине, в частности, появлялись в разное время высказывания в пользу выделения большего числа крупных групп договоров. Имеются в виду главным образом договоры, отличительной чертой которых является то, что их предмет составляет совместная деятельность.

К такому выводу приходил, в частности, М.В. Гордон, полагавший, что "особую группу договоров должны составить отношения по поводу совместной хозяйственной деятельности" <*>.

<*> Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве // Уч. зап. Харьковского юрид. ин-та. Вып. 5. Харьков, 1954. С. 823.

Предпосылки для выделения именно этой, еще одной, группы договоров многократно отмечались в литературе. В.И. Синайский, например, усматривал потребность в таких договорах в том, что "отдельных усилий лица, в особенности физического, далеко не всегда достаточно для достижения намеченных им целей, не всегда к тому же лицо располагает и большими средствами, необходимыми для дела. Вот почему отдельные лица (безразлично, физические или юридические) стремятся действовать сообща, соединяя в той или другой комбинации свои средства и свои силы" <*>.

<*> Синайский В.И. Русское гражданское право: Обязательственное, семейное и наследственное право. Вып. II. Киев, 1915. С. 183.

По этому же поводу А.Ф. Федоров полагал: "Единоличные силы человека подчас оказываются недостаточными для различных затруднений в деле осуществления намеченных целей; так, например, у одного может быть капитал, но нет умения открыть и вести задуманное дело, а у другого, наоборот, может быть такое умение, но нет нужного капитала; между тем соединение таких лиц в состоянии

дать и капитал, и потребное уменье. С другой стороны, торговые товарищества вызываются к жизни также современными экономическими условиями, обеспечивающими больше выгоды предприятиям, располагающим более значительным капиталом. Правда, оборотный капитал можно увеличить также при помощи кредита; но, с одной стороны, кредитом все пользуются в торговой сфере, а потому его благодетельное действие теряет значение в отношении к расширению оборотного капитала отдельных торговых предприятий сравнительно с другими аналогичными предприятиями; с другой же стороны, насколько касается размеров кредита, им легче пользоваться опять-таки тем предприятиям, которые обладают большим наличным капиталом. Равным образом, ввиду возможных всякого рода случайностей, должно быть вполне понятным стремление разложить риск по предприятию привлечением к последнему участия нескольких лиц на тех или других началах, определяющих долю имущественного участия в предприятии" <*>.

<*> Федоров А.В. Торговое право. Одесса, 1911. С. 411 - 412.

Можно указать и на мнение, высказанное В.С. Максимовым: "Единственным средством скопления в одних руках значительных капиталов и сложения с одного лица всей тяжести риска является соединение имущественных средств нескольких лиц. При такой форме предприятия достигается большее обеспечение его от случайностей, связанных с личностью единичного предпринимателя, риск не концентрируется на одном уровне, а распределяется между рядом хозяйств, опытность и знание одного соединяются с капиталом другого; один знает лучше, как получить доход, но не имеет нужных к тому средств, другой имеет средства, но не умеет ими пользоваться.

Такое соединение может представляться тесным личным и имущественным союзом небольшого числа лиц, исполненных взаимного друг другу доверия, потому что эти лица рискуют всем своим состоянием" <*>.

<*> Максимов В.С. Законы о товариществах. М., 1911. С. 173.

Как видно из уже приведенного, понятие "договор о совместной деятельности" имеет весьма широкое содержание. При этом один из ее видов составляет совместная деятельность по созданию коллективных образований, построенных на началах членства. И не случайно в приведенных выше положениях, сформулированных в трудах В.И. Синайского, А.Ф. Федорова и В.С. Максимова, речь идет о совместной деятельности, сводящейся к созданию таких образований, притом, как показано было последним из авторов, речь идет о различных их видах.

Именно такого рода совместную хозяйственную деятельность имел в виду и В.Н. Шретер, когда в первые годы после революции обращал внимание на то, что "товарищеское объединение нескольких лиц для совместного достижения определенной хозяйственной цели встречается уже в самой глубокой древности. Идея товарищеского соглашения там, где сил одного не хватает для разрешения какой-либо жизненной задачи, сама по себе настолько проста и естественна, что всюду, где мы встречаем человека в общности, мы встречаем и договор товарищества. Нет такого законодательства в прошлом, которое не знало бы товарищества" <*>.

<*> Шретер В.Н. Советское хозяйственное право. М.; Л., 1928. С. 149.

Составители проекта Гражданского уложения Российской империи в своем комментарии обращали внимание на то, что "объединения, основанные на договоре, представляют большое разнообразие. Нет, можно сказать, такой стороны человеческой деятельности, преуспению коей не способствовало бы соединение воедино усилий и средств тех лиц, которые поставляют ее себе задачей" <*>.

<*> Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. СПб., 1898. С. 308.

Договоры о создании коллективных образований, будучи разновидностью договоров о совместной деятельности, обладают определенной спецификой, и по указанной причине такие договоры заслуживают быть выделенными в этой группе.

Подобно другим договорам, зачисленным в группу договоров о совместной деятельности, договоры, направленные на создание коллективных образований, в свою очередь предполагают проведение в таких рамках дальнейшей внутренней классификации. На этот раз за основу принимаются различия в природе создаваемого коллективного образования: идет ли речь об образованиях, не обладающих гражданской правосубъектностью, либо об образованиях - юридических лицах <*>. Для каждой из указанных подгрупп устанавливается свой особый правовой режим <***>. Все это предполагает регулирование соответствующих договоров как общими нормами о договорах (сделках), так и нормами специальными.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Монография Н.Н. Пахомовой "Гражданско-правовая теория корпоративных отношений" включена в информационный банк согласно публикации - Налоги и финансовое право, 2005.

-

<*> По поводу различия в природе этих двух видов коллективных образований высказывались в последнее время не вполне совпадающие точки зрения, в ряде случаев связанные с более общим вопросом - о системе права. См., в частности: Белых В.С. Объекты предпринимательской деятельности. Екатеринбург, 2002. С. 31 и сл.; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 769; Кашанина Т.В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ). М., 1999. С. 58 и сл.; Ровный Д.В. Понятие и признаки предпринимательства (гражданско-правовой аспект). Иркутск, 1998. С. 11 и сл.; Якушев В.С. Правовое регулирование внутривозвратных отношений // Межвузовский сборник научных трудов: Вопросы совершенствования хозяйственного законодательства. Вып. 68. Свердловск, 1978. С. 113 и сл.; Пахомова Н.Н. Гражданско-правовая теория корпоративных отношений. Екатеринбург, 2005 (гл. III); Грешников И.П. Субъекты гражданского

права: юридическое лицо в праве и законодательстве. СПб., 2002 и др.

-

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

-

<*> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1997. С. 320 и сл.

Среди построенных на началах членства образований особое место занимают различные виды товариществ (обществ). Как отмечал в годы действия ГК 1922 г. В.Ю. Вольф, товарищество представляет собой объединение физических или юридических лиц на добровольных началах, происходящее при их образовании (1), направленное на осуществление субъектами соответствующего объединения результата во имя общей цели (2), достижение общей цели общими силами, включая помимо прочего внесение взносов (3), осуществление общей цели на началах равноправия (4). Последнее позволило автору считать товарищей выступающими как "совладельцы", как "хозяева общего дела" <*>.

<*> Вольф В.Ю. Основы хозяйственного права. М., 1928. С. 36.

Более широкий круг признаков товариществ был определен еще ранее применительно к Своду законов гражданских Российской империи и проекту Гражданского уложения.

Один из них - намерение лиц быть товарищами (*animus contrahendae societatis*). Именно с этим признаком, вернее с его отсутствием, связывал В.И. Синайский невозможность рассматривать в качестве товарищей рабочих и лицо, которое их наняло, даже в тех случаях, когда рабочий сверх получения жалованья пользуется участием в прибылях <*>. Другой признак, носящий в еще большей мере обобщающий характер, был выделен в проекте Гражданского уложения как такой, который "служит средством приобретения, средством получения прибыли" <***>. В этих пределах было проведено четкое разграничение в рамках соответствующей конструкции различных видов товариществ, из которых "одни устраиваются по индивидуалистическому началу (товарищества полное и на вере), а другие - по корпоративному (акционеров и с переменным составом)" <****>.

<*> См.: Синайский В.И. Указ. соч. С. 183 и сл.

<***> Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. С. 307.

<****> Там же.

Глава XI. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА СОЗДАНИЕ НЕПРАВОСУБЪЕКТНЫХ КОЛЛЕКТИВНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ

1. Договоры простого товарищества

Общие положения о договорах простого товарищества. Действующий Гражданский кодекс РФ разграничивает хозяйственные товарищества и общества - коммерческие организации, соответственно наделенные правами юридического лица (включая полные товарищества, товарищества на вере (коммандитные товарищества)), и хозяйственные общества (акционерные общества, общества с ограниченной и с дополнительной ответственностью), а также противостоящие им, не обладающие гражданской правосубъектностью простые товарищества (ст. ст. 66 и 1041 ГК).

Правовой формой отношений, выделенных в названии гл. 55 действующего ГК ("Простое товарищество"), как раз и выступает одноименный договор. В открывающей эту главу Кодекса ст. 1041 ("Договор простого товарищества") приводится следующее определение рассматриваемого договора: "По договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели".

Сфера применения простого товарищества не только ранее, но и теперь, несмотря на развитие конкурирующих с ним различных видов коллективных образований, наделенных правами юридического лица, продолжает быть весьма широкой, охватывая как сферу предпринимательских, так и находящихся за пределами этой сферы отношений. Последнее связано, в частности, со свободой создания соответствующих образований, особым характером складывающихся в подобных случаях внутренних и внешних отношений. Значение может иметь и специальный порядок определения налоговой базы по доходам, полученным участниками договора простого товарищества (имеются в виду специальные на этот счет правила, содержащиеся в Налоговом кодексе <*>, в Положении по бухгалтерскому учету "Информация об участии в совместной деятельности" ПБУ 20/03 <***> (Положение применяется к случаям, когда договор об участии в совместной деятельности предусматривает извлечение выгод или доходов) и др.). Все это дало, например, Н.М. Щукиной в диссертации, посвященной простому товариществу, возможность назвать в качестве примеров использования соответствующей конструкции договоры о совместной эксплуатации, совместной переработке нефти с последующей реализацией готовой продукции, о сотрудничестве и совместной деятельности по строительству и дальнейшей эксплуатации выстроенного помещения, о совместной заготовке леса на корню, его переработке и сушке, о совместном производстве и реализации летательных аппаратов малой авиации, о совместной организации в городе эфирного телевизионного канала, о совместной деятельности по строительству дома жилищным кооперативом, о совместной работе по созданию сезонных запасов по образованию материальных ресурсов, о совместной деятельности по закупке и реализации сахара и др. <***>.

<*> Речь идет о статьях Налогового кодекса: ст. 180 "Особенности исполнения обязанностей налогоплательщика в рамках договора простого товарищества (договора о совместной деятельности)", ст. 251 "Доходы, не учитываемые при определении налоговой базы", ст. 278 "Особенности определения налоговой базы по доходам, полученным участниками договора простого товарищества".

<*> Утверждено Министерством финансов РФ 24 ноября 2003 г. (Российская газета. 2004. 28 янв.).

<***> См.: Щукина Н.М. Содержание и юридическая природа договора простого товарищества по российскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 45 - 46.

Есть все основания согласиться с мнением, высказанным непосредственно перед принятием действующего Гражданского кодекса: указанный договор "применяется обычно в случаях, когда двум или более предприятиям необходима сложная кооперация (производство, долговременное финансовое сотрудничество и многоплановое коммерческое взаимодействие)".

Включение в легальное определение договора указания на "совместную деятельность" послужило в литературе и судебной практике поводом для отождествления договоров о простом товариществе с договорами о совместной деятельности. Соответственно, было признано: "Значение договора простого товарищества, его место в гражданском обороте, в первую очередь, обусловлены тем, что это - единственный предусмотренный ГК договор, регулирующий совместную деятельность его участников" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 652.

На наш взгляд, такой вывод, как постараемся показать ниже, является спорным. Представляется более обоснованной иная точка зрения, в силу которой договор простого товарищества - лишь одна из разновидностей договоров о совместной деятельности. Об этом можно судить уже по тому, что такими же самостоятельными, как и договор простого товарищества, являются договоры, направленные на создание образований, которые в отличие от простого товарищества имеют целью учредить юридическое лицо <*>. Что же касается получившего широкое распространение в современной литературе и судебной практике термина "договор о совместной деятельности", подразумевая под ним только договор простого товарищества, то определенное объяснение этому можно найти в самой истории развития рассматриваемого правового института в послереволюционный период. Речь идет о том, что в ГК 1922 г. соответствующий раздел именовался "Простым товариществом". И хотя легальное определение указанного договора в этом Кодексе (ст. 276) включало указание на осуществление сторонами "совместных действий", и в самом определении, и в остальных статьях главы в равной мере речь шла именно о договоре простого товарищества, что давало возможность признать его в том смысле, который придавал ему тогдашний ГК, лишь разновидностью договора о совместной деятельности.

<*> Примером могут служить договор о создании акционерного общества (ст. 98 ГК), а также учредительные договоры о других обществах и товариществах (см., в частности, ст. 52 ГК).

В отличие от своего предшественника ГК 1964 г. вообще не упоминал о простом товариществе. Состоявшая из пяти статей глава "Совместная деятельность" позволяла иметь весьма широкое представление об этом договоре. И все же, главным образом в период действия этого Кодекса, в

литературе имели место попытки определенным образом сузить границы соответствующего договора (договора о совместной деятельности). Такая позиция была отражена, например, в одном из тогдашних комментариев к ГК. В нем обращалось внимание на то, что "договор о совместной деятельности является правовой формой, опосредствующей такую организацию совместной деятельности социалистических организаций, в результате которой не возникает субъекта права, наделенного правами юридического лица" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. М., 1982. С. 509 (автор - З.С. Беляева).

Точно так же и В.А. Тархов считал невозможным применение норм соответствующей главы ГК 1964 г. "в случае, если созданное по началам, закрепленным в ГК, образование оказывается обычным юридическим лицом" <*>.

<*> Тархов В.А. Советское гражданское право. Ч. 2. Саратов, 1978. С. 125.

Как отмечала О.Н. Сыродоева, "глава 38 ГК РСФСР 1964 года посвящена договору о совместной хозяйственной деятельности (который, в сущности, представляет собой договор простого товарищества, предусмотренный ГК РСФСР 1922 года). На основе такого договора советские предприятия и организации осуществляли совместное строительство и эксплуатацию объектов производственной инфраструктуры, жилых домов, предприятий торговли и т.п." (Сыродоева О.Н. Акционерные общества США и России. М., 1996. С. 11).

В принятых впоследствии кодификационных актах в целом проявилась тенденция возврата к особой конструкции договора простого товарищества. Так, в Основах гражданского законодательства 1991 г. вслед за легальным определением договора о совместной деятельности содержалось в скобках указание: "договор простого товарищества". Действующий Кодекс сделал следующий шаг в том же направлении. Упомянув об одном из этих договоров в скобках, он поменял договоры местами, и теперь в скобках оказался договор о совместной деятельности. Тем самым произошло то, что предполагалось сделать предшествующими кодификационными актами: договор о совместной деятельности признан родовым по отношению к договору простого товарищества понятием.

Таким образом, следует, как полагаем, согласиться с В.С. Емом и Н.В. Козловой, которые с полным основанием, имея в виду ст. 1041 ГК, утверждают, что "категорию "совместная деятельность" не следует понимать буквально, а необходимо трактовать как совместные действия товарищей по внесению вкладов и иные их действия по реализации обязательств, возникающих из договора простого товарищества" <*>.

<*> Гражданское право. Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. М., 2000. С. 300.

Можно указать также и на то, что еще ранее, применительно к ГК 1922 г., подчеркивалось: "...простое товарищество, предусмотренное Гражданским кодексом, не образует особого субъекта

права, не является юридическим лицом. В силу договора простого товарищества возникает только внутреннее единство, юридическая связь товарищей между собой. Для всех же третьих лиц простое товарищество как известное внешнее единство не существует. Все сделки третьи лица заключают не с товариществом, а с отдельными товарищами, которые и несут ответственность по сделкам перед третьими лицами" <*>. Из этого был сделан вывод: "Юридический строй этого вида товарищества чрезвычайно несложен и прост. Поэтому такое товарищество и носит наименование простого" <***>.

<*> Гражданское право: Учебник Т. 1 / Под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. М., 1944. С. 220.

<***> Там же.

На еще одно из последствий отсутствия правосубъектности простого товарищества обратила внимание Н.А. Шебанова: "Не признавая простое товарищество юридическим лицом, закон не предоставил ему и права действовать от общего имени (право на фирменное наименование). Поэтому в отношениях с третьими лицами оно рассматривается как группа отдельных лиц, действующих под своими именами или через уполномоченных, представляющих их как индивидуально-определенных лиц. С этой точки зрения присвоение себе простым товариществом символического наименования не имеет юридического значения" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 853.

Отсутствие прав юридического лица означает невозможность выступления простых товариществ в гражданском обороте от собственного имени. Участниками гражданского оборота являются только сами товарищи - те, кого объединяет простое товарищество.

Отмеченное обстоятельство не всегда достаточно четко учитывается законодателем. Примером может служить ст. 4 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. N 39-ФЗ "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений" <*>. В ней предусмотрено: "Инвесторами могут быть физические и юридические лица, создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц, государственные органы, органы местного самоуправления, а также иностранные субъекты предпринимательской деятельности". Тем самым простое товарищество (имеется в виду, что договор о совместной деятельности в данном случае отождествлялся с простым товариществом) оказалось в ряду тех образований, которые действительно являются субъектами гражданского права и имеют по этой причине возможность действовать от собственного имени.

<*> СЗ РФ. 1999. N 9. Ст. 1096.

Договоры простого товарищества обладают рядом и иных особенностей, которые принимаются во внимание законодателем при установлении их правового режима: судами - при определении правовой природы заключенного сторонами договора, явившегося предметом судебного

разбирательства, и сторонами - при выборе соответствующей их интересам договорной модели.

Заслуживает быть выделенной прежде всего специфика формирования имущественного субстрата рассматриваемого коллективного образования на момент его учреждения. Имеется в виду безусловная обязанность товарищей вносить в установленном порядке вклады в общее дело.

С отмеченной особенностью тесно связана и та, которая выражается в специальном режиме, установленном для внесенного участниками имущества, а также для достигнутого совместной деятельностью результата и прежде всего полученных от такой деятельности плодов и доходов. Имеется в виду то, что собственником объединенного таким образом имущества и указанного результата выступает не коллективное образование как таковое (простое товарищество), а сами участники совместной деятельности, связанные соответствующим договором. Это имущество составляет их общую долевую собственность <*>.

<*> В Положении по бухгалтерскому учету "Информация об участии в совместной деятельности" ПБУ 20/03 приведены два примера договоров простого товарищества. В одном случае организации, которым принадлежит здание на праве общей собственности, в соответствии с заключенным между ними договором сдают его в аренду; при этом согласно условиям договора каждый участник несет свою долю расходов (имеются в виду амортизация, оплата коммунальных услуг, текущий ремонт своей части здания и т.п.) и получает свою долю арендной платы. Другим является случай, когда договором простого товарищества предусмотрено, что три организации объединяют ресурсы и усилия для выращивания сельскохозяйственной продукции; притом одна проводит посевную, вторая обеспечивает технологию выращивания сельскохозяйственной продукции, а третья собирает урожай; выращенная таким образом продукция подлежит разделу между участниками согласно условиям договора.

Особенностью договора простого товарищества является и то, что в подобных случаях коллективное образование, учреждение которого составляло цель договора, не будучи юридическим лицом, вместе с тем представляет собой определенную корпоративную структуру. При этом в отличие от договоров, являющихся либо организационными, либо имущественными, рассматриваемый договор построен на сочетании тех и других элементов. Соответственно, существуют определенные основания для вывода о том, что "договор о совместной деятельности не столько регламентирует отношения товарообмена между его сторонами (участниками), сколько определяет их специальную организацию и позволяет им выступать в гражданском обороте совместно" <*>. Все это подтверждает признание определенным элементом договора простого товарищества также и организационных отношений.

<*> Брызгалин А.В. Договоры о совместной деятельности // Право и экономика. 1994. N 11 - 12. С. 5.

Обеспеченная законодателем индивидуализация рассматриваемого договора определяет его место в существующей, носящей юридико-технический характер квалификации гражданско-правовых договоров простого товарищества как одного из видов договоров о совместной деятельности. Следующей за совместной деятельностью особенностью договора простого

товарищества можно считать его направленность на создание соответствующего образования, не являющегося юридическим лицом. Внешняя сторона деятельности такого образования выражается в установлении юридических отношений у третьего лица только с определенным товарищем (товарищами), от имени которого (которых) заключается сделка. Того и другого (других) связывают права и обязанности, а также взаимная ответственность.

Еще в период действия первого из Гражданских кодексов РСФСР отмечалась особенность договора простого товарищества, выражающаяся в его цели <*>. Оценить значимость такой особенности позволяют и общие соображения относительно цели в праве, которые высказывал Р. Иеринг. Указав на соотношение, складывающееся применительно к известной триаде (норма - судебное усмотрение - право), с тем, что "закон - устанавливает норму, судья - применяет ее, право - обнимает собой все нормы", автор счел необходимым особо подчеркнуть: "Я разумею при этом, конечно, не простую форму права: норму, а то, что составляет сущность права, именно цели, осуществляемые им" <***>.

<*> "Цель простого товарищества, - отмечал по этому поводу С.Н. Ландкоф, - должна быть хозяйственной и общей для всех членов товарищества. Хозяйственная цель, т.е. стремление к извлечению прибыли, отличает простое товарищество от других объединений, не направленных на извлечение материальных выгод, как, например, общества, не преследующие целей извлечения прибыли" (Ландкоф С.Н. Товарищества и акционерные общества: Теория и практика. Харьков, 1926. С. 22).

<***> Иеринг Р. Цель в праве. М., 1881. С. 251, 253.

По поводу особенностей цели, которую ставят перед собой стороны рассматриваемого договора, К.П. Победоносцев указывал на то, что "в меновом договоре (купля-продажа, наем и пр.) стороны имеют в виду различные цели, коим соответствует и различное с обеих сторон исполнение. Напротив того, в сообществе стороны имеют в виду одинаковую цель, употребляют для достижения ее одинаковые или различные средства" <*>.

<*> Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М., 1881. С. 500 - 501. О значении цели для квалификации договоров и, в частности, для выделения договоров простого товарищества см.: Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве. М., 2001. С. 106 - 133, 478 и сл.

Во всех кодифицированных актах, принятых после революции, легальное определение договора простого товарищества неизменно включает указание на цель, преследуемую сторонами. При этом в решении законодателем в разное время вопроса о цели имеются некоторые несовпадения.

Так, ГК 1922 г. в ст. 276, на которую уже была произведена отчасти ссылка выше, предусматривал, что стороны должны соединить свои вклады и совместно действовать "для достижения общей хозяйственной цели". Тем самым речь шла о трояких по смыслу ограничительных пределах соответствующей цели. Цель, во-первых, должна быть общей; во-вторых, носить хозяйственный характер (с этим была связана возможность признавать недопустимым заключение

договора простого товарищества, направленного на удовлетворение личных потребностей каждого из товарищей), и, наконец, в-третьих, обеспечивать ее достижение совместными действиями (совместной деятельностью).

В ГК 1964 г. норма, относящаяся к цели, сохранила в своей основной части редакцию легального определения договора, которое содержалось в предшествующем Кодексе. Отличие состояло прежде всего в том, что гражданам была предоставлена возможность заключать договор о совместной деятельности, но только для удовлетворения своих личных бытовых нужд. Второе отличие выразилось во включении в легальное определение договора перечня целей, которым он должен был соответствовать. Сюда вошли строительство и эксплуатация межколхозного либо государственно-колхозного предприятия или учреждения (не передаваемых в оперативное управление организации, являющейся юридическим лицом), возведение водохозяйственных сооружений и устройств, строительство дорог, спортивных сооружений, школ, родильных домов, жилых строений. При том было специально оговорено, что указанный перечень имел значение лишь примерного.

Основы гражданского законодательства 1991 г. предусмотрели обязанность сторон "путем объединения имущества и усилий совместно действовать для достижения общей хозяйственной или другой цели, не противоречащей законодательным актам". Тем самым применительно к цели значение должно было иметь прежде всего указание на общий характер деятельности. Что же касается среди прочего требования о законности действий, то оно носило лишь самый общий характер. Этот общий характер был отражен и в других кодификационных актах. Все они имели в своем составе нормы о запрещении противоречащих закону сделок. Можно указать в этой связи, в частности, еще на ГК 1922 г., в котором ст. 30 предусматривала недействительность сделки, совершенной с целью, противной закону или в обход закону, а равно сделки, направленной к явному ущербу для государства.

Действующий Гражданский кодекс дает весьма распространенное представление о целях договора простого товарищества. Имеется в виду содержащееся в нем указание на то, что соединение вкладов и совместная деятельность направлены на извлечение прибыли или на достижение иной не противоречащей закону цели. Таким образом, цель в этом договоре не должна непременно быть хозяйственной. Следует добавить к этому, что хотя в отличие от Основ гражданского законодательства 1991 г. и ГК 1964 г. действующий Кодекс термина "общая цель" не использует, легальное определение простого товарищества позволяет сделать вывод о единстве целей, на которые направлены совместные действия <*>.

<*> И это при том, что указанный элемент сделки имеет особое значение. Так, в составленном Верховным Судом РФ совместно с верховными судами республик, краевыми, областными и соответствующими судами Обобщении практики рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов, было признано ошибочным решение одного из судов по той причине, что оно было вынесено "без учета цели, преследуемой истицей" (Бюллетень ВС РФ. 2003. N 2. С. 20).

Подтверждением признаваемой арбитражными судами значимости указанной особенности договора простого товарищества может служить и такое дело. Индивидуальное частное предприятие предъявило иск о понуждении товарищества с ограниченной ответственностью исполнить в натуре

обязательство по передаче пяти квартир в многоквартирном доме. Соответствующее обязательство вытекало из заключенного сторонами договора на долевое участие в строительстве многоквартирного дома. Отменяя решение нижестоящего суда, удовлетворившего иск, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ среди прочего обратил внимание на то, что "судом оставлен без исследования вопрос о правовой природе договора... хотя и названного договором на долевое строительство, но не отвечающего такому названию в полной мере. Исследование этого обстоятельства необходимо для определения в случае необходимости последствий неисполнения договорных обязательств" (Вестник ВАС РФ. 1998. N 6. С. 41 - 42).

А.Б. Годес, имея в виду указанную особенность рассматриваемого договора, обращал внимание на то, что "цель должна быть ясно выражена в договоре: на что конкретно направлена совместная деятельность, какой материальный объект должен явиться ее результатом (ближайшая цель) и для удовлетворения каких потребностей он предназначается" <*>.

<*> Годес А.Б. Правовое регулирование совместной деятельности // Советская юстиция. 1996. N 10. С. 57.

Хотя относящееся к цели замечание А.Б. Годеса имело в виду договор простого товарищества, автор все же не обозначил индивидуальные признаки такого договора, связанные с поставленными перед ним целями. Роль в выделении в таких договорах действительно присущих им признаков выражается в том, что, совершая любые юридические акты, к числу которых относятся и сделки, участники гражданского оборота действуют исключительно для достижения связывающей их общей цели. Соответственно, в одном из комментариев к Гражданскому кодексу РСФСР 1964 г. было подчеркнуто: "Содержание договора о совместной деятельности заключается в том, что его участники обязуются совместно действовать для достижения общей хозяйственной цели. Этой общей целью договор о совместности отличается от других договоров гражданского права, стороны которых хотя и объединены единством интересов, но каждая имеет и свои определенные цели" <*>. Столь же четко выразил еще ранее аналогичную мысль С.Н. Ландкоф: "Стремление к извлечению прибыли должно объединять всех членов товарищества, т.е. оно должно быть общим, и не может быть простого товарищества там, где хотя бы один из участников товарищества отказывается по договору от участия в получении прибыли или иной материальной выгоды" <***>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. С. 508 (автор - З.С. Беляева).

<***> Ландкоф С.Н. Указ. соч. С. 28.

Таким образом, общую в договоре цель составляет то, что можно считать его causa. Этим он отличается от большинства других договоров. Имеется в виду, что если, например, в договорах купли-продажи, подряда или перевозки для покупателя целью служит приобретение имущества, для заказчика - получение результата работ, для отправителя или получателя - перемещение груза, то в договоре простого товарищества целью служит получение прибыли.

Единство цели в рассматриваемом договоре влечет за собой и то, что "ни одна из сторон не вправе требовать исполнения в отношении себя лично и соответственно не должна производить исполнение непосредственно в отношении какой-либо другой стороны" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003. С. 763 (автор - И.В. Елисеев).

В отличие от других признаков договора простого товарищества наличие общей цели у участников в равной мере присуще всем видам коллективных образований, в том числе и тем, которые являются юридическими лицами. Это может служить основанием для того, чтобы считать его индивидуализирующим признаком всех договоров о совместной деятельности.

Содержащееся в ст. 1041 ГК требование, не противоречащее цели совместной деятельности, предполагает действие общих норм о недействительности сделок, содержащихся в § 2 гл. 9 ГК, в том числе ст. 168 ("Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам") и ст. 169 ("Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности").

Вывод об особом значении общей для сторон договора простого товарищества цели не исключает того, что целей, о которых идет речь, при этом в равной мере общих, в действительности должно быть по меньшей мере две. Первой из них служит собственно создание коллективного образования. Общий характер указанной цели, достигаемой совместным волевым актом всех участников, составляет заключаемый сторонами договор, на основе которого создается простое товарищество, т.е. неправосубъектное коллективное образование, не вызывает сомнений. Однако эта цель не является самостоятельной. Она представляет собой определенное средство, с помощью которого стороны договора простого товарищества получают возможность совместно, хотя и каждый от своего имени, участвовать в гражданском обороте, добиваясь общего результата. А это как раз и составляет вторую, неразрывно связанную с первой цель.

Для установления особенностей договора простого товарищества значение имело положительное решение вопроса не только о "цене", но и об "интересе". В.И. Серебровский, особо выделяя то, что целью этого договора является соединение лиц, подчеркивал: "...каждый из участников товарищества преследует собственные интересы. Но та общая цель, ради которой данные лица объединились в товарищество, придает их интересам известное единство. Поэтому участники товарищества в отношениях друг к другу именуется в законе не сторонами, как в других договорах, а товарищами. В то время, как в других договорах содержание прав и обязанностей каждой стороны различно (например, покупателя и продавца), права и обязанности каждого из товарищей в основном совпадают с правами и обязанностями других товарищей" <*>.

<*> Гражданское право. Т. 2 / Под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. С. 219.

Можно обратиться в этой связи к ст. 885 Общего имущественного законника для княжества Черногорского в издании 1898 г. Имея в виду простое товарищество, эта статья содержала указание: "Товарищество есть договор, посредством которого двое или более лиц обязуются один перед другим соединить свой труд и работу, свои деньги или другое имущество для достижения какой-нибудь общей цели. Члены товарищества называются удруженицы, удругари, другови, а их совокупность

есть дружина".

Это послужило основанием для сделанного Г.Е. Авиловым вывода: "В совпадении интересов сторон естественным образом проявляется координационный характер данного договора, требующий от товарищей постоянно согласовывать свои действия в процессе его исполнения. Таким образом, договор простого товарищества является основой не только для заключения сделок с третьими лицами, но и для последующих соглашений между самими сторонами" <*>.

<*> Авилов Г.Е. Простое товарищество // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 569.

Единство интересов позволяет противопоставить договор простого товарищества другим договорам, для которых достижение результата - получение имущества, выполнение работ или предоставление услуг - составляет в указанных случаях цель только для одного из контрагентов. Соответственно, в договоре о простом товариществе для всех участников общей является не только сама цель, но и интерес к ее достижению.

Отправляясь от того, что "далеко не всякий контракт о совместной деятельности, о научно-техническом, творческом или ином содружестве, о долевом участии или кооперации, даже предусматривающий объединение вкладов партнеров, действительно является простым товариществом", В.С. Ем и И.В. Козлова сформулировали обобщающий вывод о самой сущности соответствующей правовой конструкции. Имеется в виду, что "договором простого товарищества является... соглашение, участники которого: 1) преследуют единую (общую) цель; 2) совершают действия, необходимые для достижения поставленной цели; 3) формируют за счет вкладов имущество, составляющее их общую долевую собственность; 4) несут бремя расходов и убытков от общего дела; 5) распределяют между собой полученные результаты. Договоры, в которых эти условия отсутствуют, квалифицируются иначе" <*>. В то же время В.В. Чубаров, подчеркивая наличие ряда обязательных признаков рассматриваемого договора, особо выделяет то, что: "а) это соглашение, по которому объединяются два и более лица... б) соглашение между товарищами не приводит к образованию юридического лица... в) соглашение предполагает личное участие (личные действия) каждого из товарищей по достижению общей цели... г) для совместной деятельности товарищи вносят и соединяют свои вклады... д) соглашение заключается для достижения общей цели - извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели (совместное строительство дома, дороги и т.п.)".

-

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) (под ред. О.Н. Садикова) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2004.

-

<*> Гражданское право. Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. М., 2000. С. 307. См. также:

Применительно к ГК 1922 г. В.Ю. Вольф признавал достаточным существование четырех особенностей простого товарищества. В это число автор включил то, что, "во-первых, в основании простого товарищества лежит договор; во-вторых, простое товарищество может ставить перед собой любую хозяйственную цель; в-третьих, вклад может носить как денежный, так и неденежный характер, и, наконец, в-четвертых, хозяйственная деятельность, ради которой товарищи объединяются в товарищество, осуществляется ими совместно, так что все юридические действия совершаются товарищами от имени коллектива товарищей" <*>. При этом особое внимание обращалось на то обстоятельство, что, выступая в гражданском обороте, указанный коллектив не пользуется правами юридического лица, а действует как совокупность объединенных физических или юридических лиц <***>.

<*> Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 341.

<***> См.: Там же.

Определенное значение сохраняют и теперь соображения, высказанные относительно существа договора простого товарищества составителями проекта Гражданского уложения. Имеется в виду признание ими того, что "главное отличие простого товарищества от всех других товариществ заключается... именно в том, что товарищество это существует лишь в отношении товарищей между собою; третьим же лицам оно неизвестно. Эти лица знают только отдельных товарищей, с которыми вступают в сделки и которые, в силу ее же, отвечают перед ними" <*>. Некоторое сомнение связано, пожалуй, с замечанием, относящимся к тому, что "простому товариществу чужды те особые признаки, которые присвоены другим видам товарищества, а потому всякое товарищество, не имеющее сих последних признаков, является простым и с этой точки зрения наименование рассматриваемой формы товарищества простой формой оказалось правильным" <***>. Сомнение, о котором идет речь, касается "запасного характера" простого товарищества. В действительности этот вид коллективных образований подобно другим не только имеет, но всегда имел присущие только ему особенности, обеспечивающие его индивидуализацию.

<*> Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. С. 719 - 921. С. 341.

<***> Там же. С. 342.

2. Товарищество в римском праве

Уже в Институциях Гая в книге третьей в специальном разделе о купле-продаже были выделены особо товарищества (societas) <*>. Здесь прежде всего обращалось внимание на то, что позволяло определить назначение этого образования. Оно заключалось в том, "чтобы вступить в общение всем своим имуществом или ради совершения какой-нибудь сделки, например для покупки и продажи

рабов". Как признавал И.А. Покровский, имея в виду *societas*, "историческое развитие его несомненно пошло от т.н. *consortium*, т.е. соглашения между братьями после смерти их отца не разделяться и продолжать вести хозяйство сообща. Это происхождение отражается и в позднейшем праве в том, что вообще отношения между *socii* носят на себе печать особо *fraternitas* (fr. 63 pr. D. 17. 2); так, например, *socii* отвечают друг перед другом только за такую внимательность и заботливость, которую они проявляют в своих собственных делах - за т.н. *culpa in concreto*, за *diligentia quam suis rebus asidere solet* (таким образом, *socius* вообще небрежный не будет отвечать за свою обычную небрежность, хотя за ту же небрежность перед посторонними он будет отвечать)" <***>.

<*> Построенное на общности интересов сторон, товарищество (*socius*) получало правовую защиту еще до того, как договоры заняли свое место в *ius civile*. Имея в виду этот период договорного права, Л.Г. Гусаков отмечал: "Хотя в законе нет соответствующих им контрактных исков, тем не менее судья не отказывает в защите - по крайней мере права собственности на предметы, доверенные одним лицом другому, и карает как простого вора того контрагента, который присваивает вещи, ему не принадлежащие" (Гусаков Л. Деликты и договоры как источники обязательств в системе гражданского права Древнего Рима // Уч. зап. Императорского Московского ун-та. М., 1896. С. 97). Значительно позднее Цицерон, выступая в суде по спору двух сотоварищей, построил свой иск на установлении в действиях ответчика *delictum, furtum, fraus* (деликты, кражу, обман. - М.Б.) с тем, что "как будто бы совсем не подозревает, что *actio pro socio* (иск из товарищества. - М.Б.) отнюдь не предполагает наличности деликта" (Там же. С. 98).

<***> Покровский И.А. История римского права. СПб., 1911. С. 433.

Римское право предусматривало возможность использования самых различных моделей *societas omnium bonorum*, которое предполагало включение всего имущества каждого из участников в состав общего имущества товарищества. Указанный вид *societas* был рассчитан по самой своей природе главным образом на аграрные и в еще большей степени одновременно на аграрные и семейные отношения. Соответственно, применительно к нему речь шла чаще всего об отношениях сонаследников, т.е. тех, кто особенно тесно связан правовыми отношениями. И лишь затем постепенно, на этот раз в расчете главным образом уже на коммерческие отношения, стали внедряться *societas unius negotiationis (unius rei)*, рассчитанные на случаи, когда "стороны предусматривали по договору долю участия каждого из компаньонов, и товарищи обязывались сделать указанное имущество общей собственностью (*pro quota*)" <*>. В такой связи смысл *societas* последнего вида должен был предполагать акт передачи определенного имущества из индивидуального в общую собственность. Постепенно товарищество в правовой жизни Рима получило распространение в сфере не только частного права (торговля рабами и иные предпринимательские цели), но также и права публичного (*societas publicanorum*). Речь шла главным образом о *societas vectigalium*, которое представляло собой "взятие на откуп государственных доходов" <***>.

<*> Дождев Д.Р. Римское частное право. М., 1997. С. 528.

<***> Каминка А.И. Основы предпринимательского права. СПб., 1911. С. 45 и сл.; см. об этом также: Ельяшевич В. Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве.

Societas постепенно становилось все ближе к современному договору простого товарищества. Не случайно Ю. Барон, сравнивая societas в Древнем Риме с корпорациями, обращал, в частности, внимание на то, что "товарищество не имеет организации, поэтому юридические сделки могут быть предпринимаемы только единогласно всеми socii или поверенным в делах, назначенным всеми товарищами", а также на то, что "товарищи имеют свои доли в общем имуществе, делаются сами должниками и кредиторами по сделкам, заключенным от имени товарищества" <*>.

<*> Барон Ю. Система римского гражданского права. Выпуск первый. Книга I. Общая часть. СПб., 1909. С. 83.

Тот же автор в другом месте своей работы отмечал: "На отношение товарищей к третьим лицам договор товарищества не имеет никакого влияния: оно обсуждается так, как если бы между ними не было никакого товарищества". И далее в качестве общего вывода подчеркивалось: "В области societas не может быть требований и долгов товарищества как такового, а есть только долги и требования отдельных товарищей" <*>. Учитывая указанные обстоятельства, Г.Ф. Шершеневич таким же образом признавал: "Отсутствие свободного труда, недостаточность конкуренции не благоприятствовали развитию в римском быту товарищеских отношений" <***>.

<*> Барон Ю. Система римского гражданского права. Выпуск первый. Книга I. Общая часть. С. 218.

<***> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. СПб., 1908. С. 287.

Уже теперь, имея в виду римское право, Д.В. Дождев обратил внимание на то обстоятельство, что "конструкция товарищества позволяла оформить самые разнообразные отношения, включая наем труда, который в чистом виде римляне находили постыдным. Допустимо, к примеру, такое товарищество, когда один вносит капитал, а многие другие товарищи предоставляют свою рабочую силу, и наоборот, один вносит труд (например, преподавательский), а остальные - деньги, тогда как распределение доходов от предприятия может быть неодинаковым" <*>.

<*> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 530.

Широкое распространение товариществ постепенно охватывало то, что можно было назвать сферой предпринимательских отношений (промышленность и торговля), которые были характерными для римского права последних лет республики и императорского периода. В отличие от этого именно Древнему Риму наиболее соответствовали модели societas omnium bonorum <*> (товарищества, охватывающего все имущества участника).

<*> См.: Дернбург Г. Пандекты. Обязательственное право. М., 1990. С. 409.

По мере развития предпринимательских (торговых) отношений существование в римском праве лишь одной модели - неправосубъектного товарищества оказывалось недостаточным. Такая модель вступала в противоречие прежде всего с интересами кредиторов и тем самым гражданского оборота в целом, недостаточно обеспечивая его устойчивость. К тому времени и получала постепенно признание фигура юридического лица <*>. Именно она стала использоваться для отдельных видов товариществ <***>. Это позволило уже современным авторам сделать вывод, в силу которого термин *societas* в римском праве обладал двумя различными значениями: он обозначал юридических лиц (*universitas personarum*) и вместе с тем случайные и договорные объединения, устанавливающие отношения совместной собственности между своими членами <***>.

<*> И.А. Покровский, проследив развитие конструкции юридического лица в Древнем Риме, приходил к выводу: "Если... юридические лица в римском праве не достигли своего полного развития, тем не менее не только идея юридического лица была римским правом создана, но и дала ей основное практическое выражение: были выработаны понятия правоспособности, не зависимой от лица физического, приемы искусственной дееспособности и даже основные типы юридических лиц (корпорации и учреждения). Новому типу был передан очень тонкий юридический способ, при помощи которого разнообразные социальные образования могли быть введены в нормальную жизнь гражданского общества, - и новый мир широко воспользовался им" (Покровский И.А. История римского права. Пб., 1918. С. 243). Аналогичные взгляды, направленные на постепенное признание существования фигуры юридического лица в римском праве, высказывал К.Н. Анненков (см.: Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. I: Введение и общая часть. СПб., 1899. С. 214).

Отличную от приведенной позицию занимал Н.С. Суворов. Он полагал, что римское право, отказываясь от признания существования юридических лиц, вместе с тем признавало существование в обороте особого рода субъектов гражданского права, совершающих действия наряду с физическими лицами. Имелись в виду те, кого именовали "*personae vice fungi*" или "*privatorum loco habere*" (см.: Суворов Н.С. О юридических лицах по римскому праву. М., 1900. С. 1 - 2).

-

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Римское частное право" (под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского) включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2004.

-

Следует отметить, что некоторые авторы, даже допускавшие признание юридических лиц римским правом, все же отказывались распространять это признание на товарищества (см.: Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С. 112 и 114). Ту же позицию разделял И.Б. Новицкий, по мнению которого "если иногда римские юристы и говорят об имуществе товарищества, то все-таки этим не имеется в виду сказать что-либо большее, чем имущество всех товарищей" (Новицкий И.Б. Римское частное право: Учебник. М., 1948. С. 501). К подобному выводу приходил и Г. Дернбург (см.: Дернбург Г. Указ. соч. С. 415). Точно так же Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на то, что "в

римском праве успели развиться лишь внутренние отношения между членами товарищества" (Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 287). Отвергали юридическую личность товариществ в римском праве и К.П. Победоносцев (см.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. СПб., 1890. С. 501), а также А.О. Гордон (см.: Гордон А.О. Представительство в гражданском праве. СПб., 1879. С. 104).

С.Н. Муромцев, имея в виду последние века республики, связывал возникновение товариществ, представляющих собой "соединение отдельных лиц, с целями общего приобретения и обладания. Общность обладания, которая крылась в товариществе, не получила, впрочем, никакого юридического определения. Взаимные отношения товарищей определялись всецело началами договорного права: право не знало "товарищества как объединенного целого", имело дело с отдельными товарищами в их взаимных отношениях... Юридически товарищество представлялось просто как комбинация известного рода индивидуальных прав и обязанностей из области личного обладания, и, по-видимому, юридическое творчество не могло идти далее, пока оно ограничивалось такими формами имущественного общения, которые порождались исключительно личными интересами. Интересы совершенно иного рода побудили юриспруденцию внести в гражданское право новое понятие, в котором общее обладание получило открытое признание как гражданская форма. Это было понятие фиктивного или юридического лица" (Муромцев С.Н. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 595 - 596).

<*> Имели место случаи, когда созданные как обычные, не обладающие правосубъектностью образования, товарищества трансформировались в товарищества - юридические лица. Указанная трансформация была показана В. Ельяшевичем на примере товариществ откупщиков (*societas publicanorum*). При этом обращалось внимание на то, что "если необходимость располагать большим капиталом в форме инвентаря, служебного персонала, рабов и т.п. предполагала более или менее многочисленный состав этих товариществ, то, с другой стороны, их связь с государственным хозяйством создавала вполне достаточную causa для наделения их правоспособностью. Стремление образований, объединявших откупщиков, к получению прав юридического лица, значительно упрощавшее и облегчавшее их выступление в обороте, было реализовано в первом столетии принципата" (см.: Ельяшевич В. Указ. соч. С. 407, 409 и 431).

<***> См.: Пухан Иво, Поленак-Акимовская Марьяна. Римское право. М., 1999. С. 266.

Среди конкретных вопросов, связанных с определением правового режима товарищества, в римском праве выделялись в основном три. Один из них сводился к следующему: возможно ли заключение договора товарищества, в котором определенный товарищ должен будет получать большую выгоду либо нести меньше убытков по отношению к другим товарищам? Из неодинаковых ответов на указанный вопрос особое распространение получил тот, который допускал подобную возможность при условии, если труд и деятельность определенных участников товарищества можно было считать особенно ценными. Ответ на другой вопрос - о соотношении размеров долей - сводился к признанию необходимым равенства долей участников на случай, если иное не было предусмотрено в достигнутом ими соглашении. Ответ на третий вопрос - о сущности договора - был последовательно связан с признанием личного характера договора. Такое признание должно было проявиться в том, что выход из товарищества, равно как смерть товарища, влек за собой прекращение и самого товарищества. Тем самым был особо подчеркнут личный характер соответствующего образования.

В Институциях Юстиниана товариществу был посвящен отдельный титул XXV в книге третьей.

В нем предусматривалось, в частности, то, что наряду со вступлением в товарищество ради обобщения имущества целью для товарищей могло служить осуществление определенного предприятия (покупка или продажа рабов, масла, вина, хлеба в зерне). К числу новелл в указанном источнике можно было отнести возможность прекращения товарищества среди прочего вследствие конфискации имущества отдельного товарища (специально оговаривалось, что речь идет о случаях, когда конфискации подвергалось все имущество определенного товарища), распространение на отношения между товарищами принципа ответственности не только при обмане, но и вообще за вину (имелась в виду полная небрежность и нерадение, нарушение требования об отношении к общим интересам как к своим собственным) и др. <*>.

<*> См.: Институции Юстиниана. М., 1998. С. 275 и сл.

Более подробно определялось все, что должно было относиться к товариществу, в Дигестах Юстиниана (имеется в виду титул II книги семнадцатой <*>). Подобно Институциям Гая, Дигесты различали создание товарищества ради обобщения имущества, а равно и для определенного промысла (особо выделялась такая цель, как сбор государственных налогов). Допускалось в исключительных случаях Дигестами Юстиниана и неравенство долей (при условии, если лицо принимало на себя обязанность внести больше "труда, умения или дела"). За товарищами считалось признанным право выхода из товарищества при невыполнении в отношении их какого-либо из условий договора. Одновременно предусматривалась возможность исключения из товарищества при определенных допущенных товарищем нарушениях договора. Специально была оговорена необходимость погашения долговых обязательств товарищества, возникавших в период его существования, за счет общего имущества. В указанном источнике приводилось мнение Ульпиана, полагавшего возможными "иски из товарищества". Основанием для них должно было служить существование товарищества как такового. Одного того, что вещь - общая собственность, было недостаточно, поскольку общность имущества могла возникнуть и из совсем других оснований (легата, наследования, дарения и т.п.) <***>.

<*> См.: Дигесты Юстиниана. М., 2003. С. 506 - 598.

<***> См.: Памятники римского права: Законы XII таблиц; Институции Гая; Дигесты Юстиниана. С. 430 - 431.

Учреждение торговых предприятий повлекло за собой признание органического единства товарищества и применительно к внешним отношениям. Это находило свое выражение в том, что претензии к товариществу направлялись по адресу его конторы, но не места нахождения товарищей <*>. Однако все это относилось к более позднему периоду <***>.

<*> См.: Шретер В.Н. Указ. соч. С. 107 и сл.

<***> В литературе имели место и другие высказывания о развитии указанного института в римском праве. Представителем соответствующей группы авторов выступал, в частности, П.Е. Соколовский. В его исследовании (см.: Соколовский П.Е. Договор товарищества по римскому праву.

Киев, 1883) была проведена принципиальная переоценка значения *societas omnium bonorum* уже по той причине, что оно, по мнению автора, "не заключает в себе таких характерных черт, из которых дальнейшим процессом могло быть развитие товарищества как учреждения по преимуществу торгового" (Там же. С. 1). При этом автор считал нужным подчеркнуть, что "Цицерон, изучавший быт и правовое положение товариществ и считавший себя специалистом по всем этим вопросам, ни разу не упоминает о *societas omnium bonorum*" (Там же. С. 10). Речь шла о несовместимости такого рода торговых отношений с составляющей сущность *societas omnium bonorum* - общностью всего принадлежащего каждому из них имущества. Сам П.Е. Соколовский связывал *societas* прежде всего с *actio pro societate* (имелся в виду иск, направленный на имущество) между товарищами на случай ликвидации *societas* по воле одного из них. В свою очередь основой, на которую опирался этот иск, должна была служить самостоятельность, по его природе, договора, заключенного в пользу всех товарищей. Такой договор заключался до того, как возникала необходимость для товарищей сливать все имущество в одну общую массу. При этом признавалось необходимым особо выделить и, более того, в той или иной мере противопоставить *societas omnium bonorum* помимо *actio pro societate*, в частности также *societas unius rei* (товарищество, создаваемое для приобретения одной вещи в общем интересе), а также *societas publicanorum* (товарищество откупщиков - тех, кто приобрел по договору монопольное право на взыскание податей с казны).

Описанное представление о соответствующих правовых конструкциях оказалось более близким современным воззрениям на ту же конструкцию.

3. Развитие российского законодательства о товариществе

В России, подобно ряду других государств, в период средневековья с товариществами связывалось объединение лиц, имевшее личный характер. Таким образом, речь могла идти именно о моделях, которые были близкими ранее использованным в римском праве <*>. Отголоском этому служило, например, упоминание в Псковской грамоте о "сябрах". И лишь отвечая в таком случае особенностям рынка, связанным и на этот раз с развитием промышленности и торговли, усиливалась потребность в образованиях, построенных на объединении имущества, а тем самым и в регулировании участия подобных образований в гражданском обороте.

<*> А.Ф. Федоров обращал внимание на то, что некоторые указания на существование товариществ имелись в памятниках домосковской и Московской Руси. Эти указания, однако, не содержали данных, позволяющих определить, по какой модели создавались также образования (см.: Федоров А.Ф. Указ. соч. С. 423).

Г.Ф. Шершеневич <*> выделил три даты в развитии соответствующих коллективных образований. Это, во-первых, 1 января 1807 г., когда был принят манифест <***>, в котором появились нормы, прямо относящиеся к товариществам таких видов (речь шла о регулировании организации и деятельности полных товариществ и товариществ на вере); во-вторых, 6 октября 1836 г. - день принятия Положения об акционерных компаниях и, наконец, в-третьих, 1887 г. - год, в который появилось новое издание Торгового устава.

<*> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 289.

<***> Имелся в виду манифест Александра I "О дарованных купечеству новых выгодах, отличиях, преимуществах и новых способах к распространению и усилению торговых предприятий".

Вплоть до революции основу законодательства о товариществах составляли два правовых источника. Имелись в виду соответствующие главы в ч. 1 т. X Свода законов ("О товариществе") и в Торговом уставе ("О торговом товариществе").

Первый из источников имел общее значение, распространяя в определенных частях свое действие и на товарищества торговые, и на те, которые не удовлетворяли указанным в Торговом уставе (ст. 56) признакам торговых товариществ (прежде всего основному - созданию товарищества для производства "торговых действий"). Такого рода товарищества в противовес торговым признавались "гражданскими" <*>.

<*> Объясняя отмеченное тем, что определения торгового и гражданского товариществ в равной мере взяты из манифеста, Г.Ф. Шершеневич приходил к выводу, что юридические отличия между торговыми и гражданскими товариществами в целом являются недостаточными (см.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 281 и сл.).

Нормы о гражданских и торговых товариществах не называли ни тех, ни других юридическими лицами. Подобного понятия - "юридическое лицо" - как Свод законов, так и Торговый устав вообще не употребляли <*>. По отмеченной причине речь шла о толковании в указанном смысле соответствующих норм, которое могло служить основой для признания товариществ наделенными гражданской правосубъектностью. При этом если применительно к торговым товариществам положительный ответ не вызывал сомнений, то относительно товариществ гражданских позиции авторов не совпадали <***>. Все же многие авторы допускали возможность наделения гражданской правосубъектностью и тех и других товариществ <****>. Основанием для подобного вывода могла служить общая ст. 2126 Свода законов, в силу которой "товарищества состояются из лиц, соединенных в один состав и действующих в оном под общим наименованием". Тем самым основной признак юридического лица - выступление от собственного имени - все же оказывался налицо.

<*> Это связано было с широко распространенным представлением о юридических лицах как об определенной фикции. Речь идет о концепции, ведущей начало от имевших место еще в XIII веке высказываниях папы Иннокентия IV (см. о теории фикции: Братусь С.Н. Юридические лица в гражданском праве. М., 1947. С. 72 и сл.). Как отмечал Д.И. Мейер, с такого рода взглядами было связано то, что юридические лица объявлялись "костылями, на которых ходит юриспруденция". Сам Д.И. Мейер, будучи решительным противником указанной концепции, приводил аргументы в пользу реальности соответствующей модели (см.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. СПб., 1897. С. 85).

<***> Мнение о признании юридическими лицами только торговых товариществ разделялось многими и прежде всего сторонниками самостоятельности торгового права. Так, А.Ф. Федоров (Федоров А.Ф. Указ. соч. С. 417) обращал внимание на то, что "ввиду наличности самостоятельных имуществ, места жительства и имени (фирм) торговое товарищество имеет все признаки

юридического лица, вылившись в форму компании, общества, торгового дома или просто какой-либо формы в противоположность общегражданскому товариществу, представляющему собою совокупность нескольких отдельных лиц, из которых каждое имеет свое имущество, свою оседлость, свое имя". Соответственно полагал и П.П. Цитович: "...лишь таковое товарищество имеет гражданское знаменование, т.к. только ею может и быть субъект прав и обязанностей" (Цитович П.П. Очерки основных понятий торгового права. Киев, 1886. С. 76).

<***> Так, К.Н. Анненков обращал внимание на то, что, "по мнению большинства наших русских цивилистов и коммерсантов, за юридические лица должны быть почитаемы не только акционерные компании, но и другие различного вида товарищества" (Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. I: Введение и общая часть. С. 234).

С некоторыми оговорками к этому выводу присоединялся и А.О. Гордон: "Хотя закон не особенно последователен, отделяя товарищей от самого товарищества, он в то же время признает за последним характер самостоятельной личности, отдельное, независимое бытие" (Гордон А.О. Представительство в гражданском праве. С. 111).

Уже отмеченное обстоятельство предопределяло невозможность распространения норм указанных глав Свода законов на простые товарищества. Подобный вывод подтверждала позиция обоих источников и в другом вопросе. Речь шла о том, что соответствующие главы и Свода законов, и Торгового устава содержали строго определенный перечень отдельных видов товариществ. Так, в Своде законов (ст. 2128) это были: полные товарищества (1), товарищества на вере (2), акционерные общества и товарищества на паях (3), артельные товарищества (4), - а в Торговом уставе (ст. 55) соответственно полные товарищества (1), товарищества на вере (2), акционерные общества и товарищества на паях (3), артельные товарищества (4) <*>. Простое товарищество ни в одном из двух основных источников, о которых идет речь, не упоминалось.

<*> Артели (как вид товарищества) появились позднее. Притом на них были распространены общие нормы о товариществах. Уже этим предопределялось признание за артелями прав юридического лица, на что достаточно четко указал Закон от 1 июля 1902 г.: "Артель может приобретать имущества, вступать в договоры и обязательства, искать и отвечать по суду" (см. об этом: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 301 и сл.). По той же причине И.В. Алексеев, полагая, что лишь артельное товарищество в дореволюционной России можно считать "предшественником простых товариществ", снабдил это свое утверждение определенной оговоркой: "...с некоторой долей условности" (Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 652).

По поводу приведенного перечня мнения в литературе не во всем совпадали. Наибольшее распространение получило признание перечня товариществ, содержавшегося как в Своде законов, так и в Торговом уставе, незамкнутым <*>. Это означало возможность распространения общего для товариществ правового режима, установленного обоими источниками, на простое товарищество, что, как уже отмечалось, особенностям простого товарищества все же не соответствовало. По указанной причине, как правило, считалось принципиально допустимым учреждение товариществ, которые заведомо не подчинялись нормам Свода законов или Торгового устава. Широкую возможность для

этого открывала позиция Д.И. Мейера, полагавшего: "Существенно для товарищества, только чтобы цель его предусмотрела юридическую сторону: иначе нет договора" <*>.

<*> Имеются в виду, в частности: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 53; Цитович П. П. Указ. соч. С. 92.

<*> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 540.

Положительный ответ на тот же вопрос о значении указанного перечня давал, например, и В.С. Максимов. Он указывал при этом на то, что "помимо названных в Уставе видов товариществ предусматриваются, и в торговом быту действительно встречаются, разного рода другие соединения двух или нескольких лиц для производства общего предприятия, которые, как и прочие, не заключающие в себе ничего законом противного сделке, подлежат судебной, в случае спора, защите сообразно их содержанию, представляющемуся по условиям, зависящим от свободной воли контрагентов, весьма разнообразным. За неимением в законе для подобного рода товариществ или сообществ каких-либо дальнейших определений судебною практикою допускалось, что такие товарищества, но именно и только такие, могут возникать и без письменного договора, а следовательно, и признание их возможно на основании всяких других, допускаемых законом доказательств" <*>. Точно так же, полагая, что "нет оснований считать недопустимым разного рода товарищеские соединения, которые не являются, однако, полными товарищами" и тем самым юридическими лицами, А.И. Каминка в качестве примера такого "соединения" приводил основанное на договоре образование - Нарышкинские железные дороги <*>.

<*> Максимов В.С. Указ. соч. С. 170 - 171.

<*> См.: Каминка А.И. Договор товарищества // Право. 1908. N 12. С. 677.

Развернутое обоснование соответствующего вывода, прямо относящееся именно к простому товариществу, было дано В.И. Синайским. Речь шла о возможности заключения договора на создание товарищества как простого, так и любого другого. При этом в обоснование позитивного на этот счет вывода он сослался на ст. 1528 Свода законов, в силу которой "договор составляется по взаимному согласию договаривающихся лиц, предметом его могут быть или имущество, или действия лица, а его цель не должна быть противной законам, благочинию и общественному порядку" <*>.

<*> Синайский В.И. Указ. соч. С. 185 - 186.

В этой же работе содержалась определенная аргументация в пользу использования наряду с другими видами товариществ и простого товарищества: "Нет сомнения, что признание товарищества лицом способствует ведению дела, упрощает отношения товарищей, облегчает кредит, дает прочность, имя (фирму в торговом праве). Но организация товарищества как юридического лица осложняет самое возникновение товарищества; поэтому совершенно естественно, что товарищество может возникнуть и по типу общения товарищей на внутренней стороне их отношений (простое товарищество)... При простом товариществе каждый товарищ отвечает перед третьими лицами в силу

заключенного им с этими лицами договора" (Там же).

Сходную позицию занимал И.В. Гессен, полагавший: "Помимо обозначенных в ст. 55 Устава торгового трех видов товариществ (автор не считал торговым товариществом артели. - М.Б.), законом предусматриваются и в торговом быту действительно встречаются разного рода соединения двух или нескольких лиц для производственного общественного предприятия, которые, как и все сделки, не заключающие в себе нечто противоречащее закону, подлежат в случае спора судебной защите" (Гессен И.В. Устав торговый. М., 1914. С. 56).

Таким образом, речь шла о правовой защите непоименованных договоров (*contractus innominati*).

Подтверждением служила и практика Сената, исходившая из того, что всякий договор, не противоречащий закону, обязателен и не может быть признан недействительным только потому, что он не подходит ни под одну из указанных в законе категорий.

Наиболее общим являлось, на что уже обращалось внимание, деление товариществ по их назначению на торговые и гражданские. Как отмечал П.П. Цитович, "коренные отличия торгового товарищества отражают в конечном счете особенности самой торговли. Его способности и состоят в том, что торговое товарищество имеет свое имущество, свою оседлость (место жительства), свое имя, фирмы; то и другое и третье - отдельное от имущества, места жительства и имени товарищей" <*>. И далее: в отличие от этого "гражданское товарищество (русского права) нечто совершенно своеобразное. Из всех случаев его появления в законе следует один вывод: гражданское товарищество есть товарищество случайное: оно составляется лишь по поводу отдельной сделки и для этой сделки и, следовательно, существует, пока не окончена исполнением или иначе эта сделка" <***>.

<*> Цитович П.П. Указ. соч. С. 74.

<***> Цитович П.П. Указ. соч. С. 74.

Явная недооценка простого товарищества в литературе в определенной мере соответствовала практике Сената, проявившего негативное отношение к этой конструкции. Имеются в виду соглашения на постройку сообща дома и пользование доходами поровну, соглашения на уборку сообща урожая, принадлежащих каждой из сторон в договоре, о приобретении леса на сруб и др. <*>.

<*> См.: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями... / Составитель И.М. Тютрюмов. СПб., 1911. С. 988. Там же в качестве примера подобной практики содержатся ссылки на решение Сената N 288/1878 г., N 70/1887 г.

Проект Гражданского уложения содержал специальную главу, посвященную товариществу. Разбитая на отдельные разделы, она начиналась с "общих положений". Единственная статья этого раздела предусматривала, что по договору товарищества несколько лиц обязуются друг перед другом совместно участвовать имущественными вкладами или личным трудом в торговом, промышленном или ином предприятии, направленном на получение прибыли. Речь шла об образованиях, для

которых именно извлечение прибыли являлось основной, если не единственной целью деятельности. По оценке А.М. Гуляева, "направленность на достижение прибыли, включенная в определение простого товарищества, содержащаяся в Проекте, не выполняет такой роли, поскольку не было предусмотрено, что отсутствие прибыли служит основанием для прекращения договора о создании такого образования" <*>.

<*> Гуляев А.М. Русское гражданское право. Киев, 1903. С. 471.

В указанной главе Проекта были выделены наряду с разделами, посвященными полным товариществам, товариществам на вере, акционерным товариществам и товариществам с переменным составом, обществам взаимного страхования, городским кредитным обществам, кредитным товариществам и земельным банкам, основанным на "круговом ручательстве" заемщиков, артелям трудовым, также и простые товарищества.

Определение простого товарищества включало указание на то, что им признается такое товарищество, в котором товарищи участвуют в прибылях и убытках по всем сделкам, относящимся к общему предприятию и к заключенным кем-либо из товарищей. Но перед третьими лицами каждый товарищ должен был отвечать лишь в силу заключенного им с этими лицами договора. В приведенном определении предусматривалось, что этот вид товариществ в отличие от всех остальных не должен был признаваться образованием, обладающим гражданской правосубъектностью.

Сопоставляя относящиеся к простым товариществам решения, закрепленные к тому времени в законодательстве разных стран, авторы Проекта при его составлении стремились учитывать особенности различных правовых систем. Например, была отвергнута возможность признания за моделью простого товарищества значения такой, которой следует руководствоваться применительно к любому товариществу, если только оно не обладало признаками, присущими другому выделенному в законе особому ее виду. При обосновании этого вывода обращалось внимание на то, что "простому товариществу чужды те особенные признаки, которые присвоены другим видам товариществ, и потому всякое товарищество, не имеющее сих последних признаков, является простым. Но с этой точки зрения наименование рассматриваемой формы товарищества - простою формой - является вполне правильным" <*>.

<*> Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. Ст. 719 - 921. С. 341.

Специфика договора простого товарищества в Проекте Гражданского уложения выражалась и в том, что этот договор был лишен возможности создавать наделенные правами юридического лица предприятия. При подготовке отдельных норм Проекта большие расхождения в Редакционной комиссии возникали по поводу прав товарищей на имущество, которое составляло предмет их вкладов. В конечном счете были отвергнуты взгляды тех, кто полагал, что в отдельных случаях используемая Проектом применительно к простому товариществу конструкция общей собственности может создать практические неудобства. При этом обращалось внимание на то, что "если такая либо иная форма товарищества может оказаться более соответствующей отношениям сторон, в конечном случае ничто не может им помешать выбрать взамен простого товарищества именно ту форму,

которая кажется им оптимальной" <*>.

<*> Там же. С. 342.

Некоторые нормы Проекта не вполне укладывались в генеральную модель соответствующего вида товариществ. Так, одним из последствий отсутствия гражданской правосубъектности у простого товарищества служило то, что весь комплекс внутренних отношений в нем должен был сводиться к установлению прав и обязанностей только между товарищами или ими же с третьими лицами, исключая тем самым участие в гражданских правоотношениях от своего имени товарищества как такового. Не случайно поэтому в главе "Товарищество" соответствующий подраздел раздела "Простое товарищество" именовался "Отношения товарищей между собой". В то же время в эту главу была включена статья, предусматривавшая, что "товарищество обязано возратить товарищу, действовавшему в пользу товарищества, израсходованные им деньги с процентами со дня израсходования и освободить его от принятых им на себя обязательств, а равно возместить убытки, понесенные товарищем по ведению дел товарищества". Помещенная рядом с приведенной еще одна статья возлагала на товарищей обязанность возместить причиненные товариществу убытки. Тем самым оказалось все же непоследовательно проведенным отличие неправосубъектного товарищества от остальных, являющихся субъектами права. Имеется в виду, что только для последних было характерно наличие двоякого рода внутренних отношений: между товарищами и одновременно между товарищами и товариществом как таковым. Тем самым, если бы Проект Гражданского уложения вступил в силу, применение такого рода норм, как можно было предвидеть, породило бы определенные трудности на практике. Аналогичное сомнение могло быть высказано в этой же связи и в отношении комментария, исходившего от составителей Проекта. Имеется в виду признание ими того, что "между товарищем и товариществом могут возникнуть имущественные отношения, весьма схожие с теми, которые связывают поверенного с доверителем" <*>. Тем самым не было принято во внимание то, что юридическая связь сторон в договоре поручения, как и в любом другом, могла бы возникнуть при участии в нем в качестве стороны только такого коллективного образования, которое наделено гражданской правосубъектностью.

<*> Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. Ст. 719 - 921. С. 366.

Проект допускал использование в качестве вклада прежде всего имущества, притом как недвижимого, так и движимого, выделяя особо деньги. Из неимущественных вкладов был выделен только "личный труд". Можно указать и на то, что была признана допустимой уступка участниками своих прав из договора о создании простого товарищества (этот договор именовался "товарищеским договором") другому лицу, но только с согласия остальных товарищей (речь шла лишь об уступке права на получение доли прибыли, различного рода компенсаций, а также части имущества, причитавшейся в случае ликвидации товарищества товарищу).

Особое внимание уделялось порядку наделения товарищей соответствующими полномочиями на выступление от имени остальных товарищей. Признание простого товарищества лишенным гражданской правосубъектности послужило причиной того, что оказалось достаточным посвятить

внешним отношениям (отношениям товарищей с третьими лицами) лишь одну из 35 статей соответствующего раздела. В ней было предусмотрено, что по заключенной за счет товариществ сделке верителем (т.е. кредитором) и должником в отношении третьего лица становится лишь товарищ, участвующий в заключении сделки.

При оценке самого факта выделения соответствующей главы Проекта обращает на себя внимание и то, что можно было бы назвать "запасным характером" соответствующей модели: "Проект исходит из положения, что простое товарищество составляет одну из форм товарищества, и оно имеет более обширное значение, нежели другие его формы, в том лишь смысле, что в случае отсутствия особых признаков, присвоенных по закону другим формам товарищества, получает применение означенная простая форма" <*>.

<*> См.: Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. Ст. 719 - 921. С. 337.

* * *

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. представлял собой последнюю из российских кодификаций, содержавших специальное, комплексное регулирование товариществ. Оно оказалось близким тому, которое было бы осуществлено, если бы Проект Гражданского уложения был принят.

Прежде всего речь шла о месте, занимаемом товариществом как таковым в этом Кодексе. Подобно Проекту Гражданского уложения, указанный договор был помещен в раздел ГК "Обязательственное право". При этом в гл. X соответствующего раздела ("Товарищество") были выделены: простое товарищество, полное товарищество, товарищество на вере, товарищество с ограниченной ответственностью, акционерное общество (паевое товарищество). Все эти виды товарищества, кроме простого, признавались юридическими лицами, действующими на основе либо договора участников (полное товарищество, товарищество на вере), либо уставов (товарищество с ограниченной ответственностью, акционерное общество).

Сопоставляя простое товарищество с остальными коллективными образованиями, С.Н. Ландкоф обращал внимание на то, что "простое товарищество является объединением договорного типа в отличие от существующих у нас объединений уставного типа (акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью)" <*>.

<*> Ландкоф С.Н. Указ. соч. С. 23.

Простое товарищество сохранило первенство в перечне включенных в ГК 1922 г. видов товариществ. И точно так же, как и в Проекте Гражданского уложения, многие нормы об этом виде товариществ были распространены и на полное товарищество, а также на товарищество на вере.

Определение договора простого товарищества содержало указание на обязанность двух или нескольких лиц друг перед другом соединить свои вклады и совместно действовать для достижения общей хозяйственной цели (ст. 276). Из приведенного определения вытекало, что основу простого

товарищества должен был составить одноименный договор. В Кодексе последовательно отражались основные особенности простого товарищества как образования, лишенного гражданской правосубъектности. Это, однако, не исключало указания в ст. 284 ГК на возможность ответственности товарищей не только друг перед другом, но и перед товариществом. В указанной статье обращалось внимание на то, что товарищ отвечает перед товариществом за неисполнение "товарищеского договора" и своих обязанностей как уполномоченного по общим правилам об ответственности за нарушение обязательств, вытекающих из договора. ГК 1922 г. расширил возможный состав вкладов товарищей. Имеется в виду, что наряду с имуществом был назван не "личный труд", как это имело место в Проекте Гражданского уложения, а "услуги". Заслуживает быть отмеченным и то, что место прибыли, о которой шла речь в Проекте Гражданского уложения, заняла в ГК 1922 г. хозяйственная цель, что также означало установление более широких границ для использования договоров простого товарищества <*>. Изменилось одновременно и само правовое значение цели в договоре простого товарищества. Имеется в виду, что ГК 1922 г. в перечень оснований для принудительного прекращения товарищества включил и такое, как достижение или наступление невозможности достижения цели товарищества (ст. 289 ГК) <***>.

<*> В.Ю. Вольф в этой связи полагал, что "товарищество может поставить себе любую хозяйственную цель, не только ведение торгового или промышленного предприятия, но и совершение единичных хозяйственных операций. Так, например, совместная закупка дров или совместная эксплуатация какой-либо машины может служить предметом деятельности такого товарищества" (Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 37).

<***> Анализируя особенности правового регулирования простого товарищества, С.Н. Ландкоф обращал внимание на диспозитивный характер большинства посвященных этому договору норм Кодекса 1922 г.: "Из всех правил о простых товариществах, предусмотренных Гражданским кодексом, только три из них носят принудительный характер и не могут быть изменяемы по соглашению сторон. Правила эти следующие: 1) деньги, потребляемые и заменимые вещи, как предмет вклада, должны быть передаваемы в общую собственность товарищей (ст. 279); 2) каждый товарищ может лично знакомиться с положением дел товарищества, осматривая его книги и бумаги (ст. 285 ГК), и 3) каждый товарищ имеет право на заявление отказа от участия в товариществе (ст. 291 ГК).

Все же остальные правила закона... не являются обязательными для сторон, вступающих в договоры простого товарищества: они применяются лишь тогда, когда стороны отказались регулировать тот или иной вопрос по своему усмотрению" (Ландкоф С.Н. Указ. соч. С. 62).

Коренные изменения в экономике страны, выразившиеся в вытеснении государственной и кооперативной собственностью частной, привели к тому, что такая правовая форма, как товарищества, наделенные гражданской правосубъектностью, утратили свое значение. Соответственно, посвященные ей нормы этого Кодекса уже к концу 20-х - началу 30-х гг. оставались практически без применения <*>. Не случайно принятыми в 1928 и 1931 гг. актами из числа 45 статей Кодекса, посвященных акционерным обществам, 44 были признаны утратившими силу. Сохранилась лишь одна, и та носила отсылочный характер.

<*> В этой связи подчеркивалось, что, "поскольку к началу 30-х годов частные товарищества вытесняются из экономического оборота целиком, а создаваемые социалистическими организациями акционерные предприятия становятся объектом особого юридического нормирования, с этого времени соответствующий гражданско-правовой институт не выводится за рамки простого товарищества и в своем теоретическом освещении" (Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 418).

Развивая указанную тенденцию, Основы гражданского законодательства 1961 г., а вслед за ними и Гражданский кодекс 1964 г. о такого рода юридических лицах, как товарищества, наделенные гражданской правосубъектностью, сочли возможным вообще не упоминать. И это при том, что первоначальная редакция ст. 24 ГК 1964 г. ("Виды юридических лиц") содержала замкнутый перечень отдельных видов юридических лиц. Тем самым законодатель, если бы посчитал соответствующий перечень недостаточным, не мог бы такой пробел восполнить, в частности, принятием специального акта о товариществах. Правда, внесенные впоследствии изменения в редакцию этой статьи (имеется в виду Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 24 февраля 1987 г. "О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РСФСР и некоторые другие законодательные акты РСФСР" <*>) такую возможность предусмотрели. Это было сделано путем дополнения перечня, содержащегося в ст. 24 ГК 1964 г., в силу которого помимо прямо названных в этой статье могли быть созданы и другие образования в случаях, предусмотренных законодательством Союза ССР. Указанной возможностью законодатель воспользовался <***>.

<*> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1987. N 9. Ст. 250.

<***> Так, 25 декабря 1990 г. был принят Закон РСФСР "О предприятиях и предпринимательской деятельности" (Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1990. N 30. Ст. 418). Им были выделены в числе организационно-правовых форм предприятий муниципальное товарищество, смешанное товарищество, товарищество с ограниченной ответственностью (акционерное общество закрытого типа), акционерное общество открытого типа. Тогда же (25 декабря 1990 г.) Совет Министров РСФСР утвердил Положение об акционерных обществах (СП РСФСР. 1991. N 6. Ст. 92).

В приведенном Законе статья, посвященная "полному товариществу", давала основания считать, что фактически речь идет и о признаках простого товарищества. Имелись в виду содержащиеся в ней указания на то, что имущество полного товарищества принадлежит его участникам на праве общей собственности, равно как и на отсутствие указания на юридическую личность такого товарищества (см.: Суханов Е.А. Хозяйственные общества и товарищества, производственные и потребительские кооперативы // Вестник ВАС РФ. 1995. N 6. С. 101. См. также: Денисов С. Различия полного и простого товарищества // Юрист. 1996. N 10. С. 40).

ГК 1964 г. заменил главу о договоре простого товарищества той, которая получила название "Совместная деятельность" ("Договор о совместной деятельности").

Первая же статья этой главы, посвященная определению сущности соответствующего договора (ст. 434 ГК), ограничилась указанием на то, что по договору о совместной деятельности стороны обязуются совместно действовать для достижения общей хозяйственной цели. Таким образом, речь шла о договоре, который обладал двумя признаками. Один из них относился к самим действиям

(совместность действий), а другой - к цели этих действий (она должна была быть для сторон непременно общей и носить хозяйственный характер). Та же статья с учетом, очевидно, традиционности названия соответствующего договора была дополнена указанием примерного перечня возможных назначений договора. В него вошли, как уже отмечалось, строительство и эксплуатация межколхозного либо государственно-колхозного предприятия или учреждения (если только речь не шла о предприятиях или учреждениях, которым имущество передавалось в оперативное управление), возведение водохозяйственных сооружений и устройств, строительство дорог, спортивных сооружений, школ, родильных домов, жилых строений. Указанная статья содержала два ограничения, отражавших общий правовой режим, установленный Кодексом и другими законодательными актами для договоров о совместной деятельности. Тем самым гражданам предоставлялась возможность заключать такие договоры лишь для удовлетворения личных потребностей. Одновременно был установлен запрет на заключение договоров, о которых идет речь, гражданами с юридическими лицами (социалистическими организациями).

Значительное число включенных в главу норм оказалось традиционным для договора простого товарищества. Речь шла прежде всего о нормах об обязательности взносов участников, а также о признании вкладов, а равно имущества, которое было создано или приобретено участниками, их общей собственностью. Этого указания уже было достаточно для вывода, что созданное таким путем образование юридическим лицом не является. Порядок ведения общих дел участниками должен был осуществляться по общему согласию кем-либо из них. Организационный характер, присущий рассматриваемому договору, выражался среди прочего в возможности поручения одному из участников руководства совместной деятельностью и в этой связи ведения общих дел. Соответственно, основанием для таких его действий должна была служить оформленная остальными участниками доверенность.

В главе отсутствовали прямые указания на признание или непризнание самого объединения участником совместной деятельности - юридическим лицом. Однако указания на то, что имущественные взносы участников, а равно имущество, которое создано или приобретено ими в результате совместной деятельности, признаются общей собственностью участников, было достаточным для вывода: подобное образование участников юридическим лицом не является <*>.

<*> См., в частности: Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. Л., 1965. С. 351.

Из пяти статей той же главы ГК 1964 г. одна статья предусматривала, что отдельные виды совместной деятельности регулируются в соответствии с Кодексом постановлениями Совета Министров РСФСР, а еще одна в самом общем виде определяла порядок покрытия расходов, предусмотренных договором, и убытков, возникших в результате совместной деятельности.

Как отмечал О.С. Иоффе, "замена в ГК 1964 г. наименования "товарищество" другим названием - "совместная деятельность" не является простым обновлением терминологии. По сути дела, сконструирован новый юридический институт с использованием в известном объеме только тех норм старого законодательства, которые после внесения в них необходимых изменений вполне могли быть сохранены в целях правового регулирования сложившихся в современных условиях новых общественных отношений" <*>.

<*> Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. С. 351.

Это все же не помешало О.С. Иоффе позднее признать: "ГК предусматривал... договор простого товарищества для достижения целей, которым ныне служит договор о совместной деятельности. Под этим новым наименованием он и закреплен ст. ст. 434 - 438 действующего ГК (в обоих случаях имелся в виду Кодекс 1964 г. - М.Б.)" <*>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 765.

Приведенный вывод, однако, не учитывал того, что отношения по поводу совместной деятельности не исчерпывались теми, которые были указаны в ст. 434 ГК 1964 г. В подтверждение можно было бы сослаться на гораздо более широкий перечень, по сравнению с примерным перечнем, содержащимся в самом ГК, который приводили, например, В.А. Тархов <*> и З.С. Беляева <***>.

<*> См.: Тархов В.А. Указ. соч. С. 157.

<***> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. С. 509 и сл.

Отмеченное обстоятельство в сочетании с узким кругом норм, включенных в гл. 38 ГК 1964 г., открывало возможность самого широкого использования соответствующей конструкции. Это дало повод Н.И. Седунову еще до принятия Кодекса 1964 г. утверждать: "В практике встречаются различные названия договоров о совместной деятельности, оформляющих отношения совместной деятельности: договор о простом товариществе, договоры о научно-техническом содружестве, консорциум, договор о долевом участии в совместной кооперации, договор о взаимодействии, о сотрудничестве, о совместном финансировании, что свидетельствует о широких возможностях его использования" <*>.

<*> Седунов К.И. Гражданско-правовые формы колхозной электрификации // Советское государство и право. 1957. N 12. С. 27.

В результате, в частности, являлось весьма спорным утверждение о том, что за пределами соответствующей главы ГК 1964 г. находились договоры о создании юридического лица. Не случайно сторонники приведенной точки зрения, считая ее, очевидно, само собой разумеющейся, все же не уточняли, какому именно признаку договора о совместной деятельности, указанному в ст. 434 ГК 1964 г. и в целом в гл. 38 того же Кодекса, это противоречит <*>. Во всяком случае, даже если бы была принята за основу ссылка в ст. 434 ГК 1964 г. на то, что договор о совместной деятельности не охватывает отношений, связанных с передачей результата в оперативное управление, то и тогда это должно было бы означать, что соответствующая исключительная норма относится только к случаям,

когда передача состоялась не всем вообще юридическим лицам, а только тем, которые представляют собой государственную организацию либо по крайней мере организацию с участием государства (см. ст. 93.1 ГК 1964 г. "Оперативное управление").

<*> См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. С. 509; Тархов В.А. Указ. соч. С. 157.

По указанной причине признание договора о совместной деятельности договором простого товарищества не помешало О.С. Иоффе сделать справедливый, как постараемся показать, вывод: "К договорам о совместной деятельности относятся как договоры, направленные на создание... организации, становящейся самостоятельным юридическим лицом, так и не приводящие к образованию юридических лиц" <*>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 769.

Значение для установления правовой природы договора о совместной деятельности имели еще две нормы гл. 38 ГК 1964 г. Из них одна (ст. 435) определяла порядок ведения общих дел участников договора, а другая (ст. 436) - правовой режим их имущества. Соответственно предусматривалось, что лицо, которому поручено ведение общих дел участников договора, действует на основании доверенности, подписанной остальными участниками договора, и, кроме того, то, что денежные или иные имущественные взносы участников договора, а также имущество, созданное или приобретенное в результате их совместной деятельности, становится их общей собственностью. Приведенного можно было считать достаточным для включения в число договоров о совместной деятельности обычного договора простого товарищества, способного служить основанием для учреждения коллективного образования, но лишь с тем, что такое образование не является юридическим лицом.

Основы гражданского законодательства 1991 г. во многом отличались в части, относящейся к товариществам, от ГК 1964 г., что давало возможность считать по этой причине Основы "дорожкой, проложенной между соответствующими двумя Кодексами": ГК 1964 г. и действующим Кодексом, который и должен был его сменить. Речь идет, в частности, о ст. 19 этих Основ. В ней были названы пользующиеся правами юридического лица хозяйственные товарищества и общества: полное товарищество, коммандитное товарищество, общество с ограниченной или с дополнительной ответственностью, акционерные общества, а также приводились определения каждого из них.

Все те же Основы включили и главу под тем же, что и ГК 1964 г., названием - "Совместная деятельность". Среди расхождений между указанными актами - ГК 1964 г. и Основами гражданского законодательства 1991 г., - пожалуй, имеющим особое значение можно было считать главным образом то, что соответствующая глава Основ, несмотря на столь емкое ее наименование, в действительности регулировала лишь один определенный вид договоров о совместной деятельности - договор простого товарищества. Отмеченное обстоятельство подтверждалось уже тем, что в его определении соответствующий договор был назван "Договор о совместной деятельности (договор простого товарищества)". Этот же вывод подтверждали и некоторые иные положения соответствующей главы. Так, общее имущество участников признавалось их долевой собственностью, притом сама эта норма носила императивный характер.

Основы гражданского законодательства регулировали наряду с внутренними и внешние отношения. Имеется в виду, что взыскание по долгам участников договора о совместной деятельности, которые не связаны с указанной деятельностью, могло быть обращено на их долю в общем имуществе. Это было возможно только при условии, если всего другого имущества, которое принадлежало участнику, оказывалось недостаточным.

Само легальное определение договора включало указание на то, что речь идет о договоре, который "осуществляется без создания для этой цели юридического лица". По указанной причине договор, который имел целью создание юридического лица и соответствовал "договору о совместной деятельности" по ГК 1964 г., находился вне рамок одноименной главы Основ гражданского законодательства (см. подробнее гл. II настоящего комментария).

Среди других можно было указать на отличие в целях "совместной деятельности". Имелись в виду не только хозяйственные цели, как было указано ранее в ГК 1964 г., но и другие, которые "не противоречат законодательным актам".

Основы гражданского законодательства 1991 г., имея в виду специфику простого товарищества, отказались от фигуры руководителя совместной деятельности. Отсутствующая в ГК 1964 г. норма Основ 1991 г. (также императивная) устанавливала необходимость наделения функциями по учету объединенного участниками - юридическими лицами имущества того из участников, которому в соответствии с договором поручено ведение общих дел товарищества.

Действующий Кодекс, продолжая линию, выраженную в Основах гражданского законодательства 1991 г., прямо назвал соответствующую главу "Простое товарищество", а соответствующий договор - договором о простом товариществе. Тем самым есть все основания усматривать смысл содержащегося в действующем Кодексе определения договора "простое товарищество (договор о совместной деятельности)" не в отождествлении этих договоров, а лишь в том, чтобы указать родовую принадлежность одного из них - договора о простом товариществе к договорам о совместной деятельности. Не случайно, как уже отмечалось, определения обоих договоров в соответствующей части поменялись в Гражданских кодексах местами и теперь в легальном определении значит: "договор простого товарищества (договор о совместной деятельности)" <*>.

<*> В арбитражной практике используются в основном как равнозначные понятия "договор простого товарищества" и "договор о совместной деятельности".

4. Квалификация договора простого товарищества

При квалификации любой правовой конструкции роль исходных начал выполняют ее признаки. Применительно к договору простого товарищества это оказывается весьма сложным, подтверждением чего могут служить ведущиеся на протяжении многих лет в литературе споры относительно того, какие именно признаки отличают такой договор. Уже это дает возможность считать условным наименование соответствующего вида товарищества ("простое") <*>.

<*> Изданное уже в нынешнее время, притом без указания авторов, практическое пособие

"Договор простого товарищества" (М., 1997) использовало прямо противоположную оценку указанной конструкции: "Договор о простом товариществе является одним из наиболее распространенных, но в то же время одним из самых "коварных" договоров. Причиной ошибок, допускаемых предприятиями при ведении учета совместной деятельности, является значение требований, предъявляемых основными законодательными и нормативными актами" (с. 8).

Ключевое значение для квалификации договоров, в том числе и рассматриваемого, имеет то, как разделяются в нем права и обязанности между сторонами.

Не вызывает сомнений то, что договор простого товарищества порождает у каждой из его сторон как права, так и обязанности.

Весьма распространенная точка зрения исходит из того, что договоры простого товарищества делятся на двух- и многосторонние, имея в виду при этом, что в таком договоре каждая из сторон по отношению к другой является одновременно носителем прав и обязанностей. В них каждому товарищу противостоят в качестве носителей прав и обязанностей все остальные товарищи.

Однако следует признать, что при таком делении оказывается утраченным отмеченный ранее основной для договоров простого товарищества признак: независимо от того, участвуют ли в договоре три и более стороны или только две, всех товарищей объединяет наличие общей цели и общего интереса. Этого как раз нет в двустороннем договоре, в котором у каждой из сторон имеется свой интерес и каждая преследует, вступая в договор, свою цель. Прямым выводом из указанного может быть только одно: признание договора простого товарищества независимо от числа участников, т.е. два либо более, многосторонним <*>.

<*> Гражданское право. Т. 2. Полумом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 264 - 265. Развернутая аргументация того же вывода содержится у А.Б. Савельева (см.: Савельев А.Б. Договор простого товарищества // Актуальные вопросы гражданского права. М., 1998. С. 278 и сл.). Наряду с изложенной в разное время высказывалась и прямо противоположная точка зрения. Так, применительно к действию ГК 1964 г. А.И. Масляев полагал: "Каждый участник договора о совместной деятельности является должником и одновременно кредитором по отношению ко всем остальным его участникам. Поскольку каждый из них имеет права и обязанности, договор о совместной деятельности следует отнести к категории двусторонних договоров" (Масляев А.И., Масляев И.А. Договор о совместной деятельности в советском гражданском праве. М., 1998. С. 18).

В отличие от "многосторонности" применительно к используемой при квалификации сделки, при которой разграничение двух- и многосторонних сделок основывается на количестве лиц, выразивших свою волю совершить сделку, для договора простого товарищества сам по себе этот признак является безразличным: для такого образования значение имеет лишь распределение прав и обязанностей в договоре. Определяя сущность рассматриваемой договорной конструкции, Е.А. Суханов особо подчеркивал то, что "участники договора простого товарищества не могут быть разделены на активную и пассивную стороны. Они имеют целый комплекс прав и обязанностей по отношению друг к другу" <*>. Разделяя эти исходные позиции, И.В. Елисеев обращает внимание на то, что "в договоре простого товарищества интересы его участников не противоположно направлены, а устремлены к достижению общей для всех цели, т.е. однонаправлены. Разумеется, это не означает,

что в обязательстве из договора простого товарищества вообще отсутствуют фигуры кредитора и должника. Каждый из товарищей выступает одновременно и как кредитор, и как должник по отношению ко всем и каждому из участников договора, который, следовательно, является взаимным. Поэтому главная особенность обязательства из простого товарищества заключается в том, что ни одна из сторон не вправе требовать исполнения в отношении себя лично и соответственно не должна производить исполнение непосредственно в отношении какой-либо другой стороны" <***>.

<*> Гражданское право. Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 313.

Подтверждением практической значимости квалификации договора простого товарищества как многостороннего договора может служить приведенное ниже рассмотренное арбитражным судом дело.

Так, ТОО был подписан с ООО договор по созданию, развитию и эксплуатации производственных мощностей для производства и переработки сельскохозяйственной продукции в целях удовлетворения своих потребностей. При этом в соответствии с договором истец отказался обеспечить производство зерновых, бахчевых, овощных культур, мяса, молока и другой сельскохозяйственной продукции, эксплуатацию действующего технологического оборудования и освоения новых производств, выпуск и реализацию продукции. Впоследствии при рассмотрении в арбитражном суде иска ООО к ТОО об истребовании имущества, подлежащего передаче по договору, возник вопрос о природе заключенного сторонами договора. Отменяя решение нижестоящего арбитражного суда, удовлетворившего иск, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ обратил внимание на то, что в решении не было определено, к какому виду обязательств следует отнести договор и соответственно какие именно нормы должны быть применены. Стороны назвали заключенный договор договором о совместной деятельности; в этой связи следовало определить, "является ли спорное имущество вкладом ответчика в совместную деятельность и вправе ли один участник совместной деятельности требовать принудительной передачи в свою пользу вклада другого участника" (Вестник ВАС РФ. 2000. N 4. С. 50).

<***> Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003. С. 76.

С полным основанием В.С. Ем и Н.В. Козлова, характеризуя договор простого товарищества, усматривают в этом своеобразное проявление взаимности в данном договоре. Поэтому не случайно партнеров по договору простого товарищества именуют одинаково: участники или товарищи (см.: Ем В.С., Козлова Н.В. Учредительный договор: понятие, содержание и правовая природа (комментарий действующего законодательства) // Законодательство. 2000. N 3. С. 6).

Большие споры возникали ранее и продолжают теперь также по другому имеющему столь же принципиальное значение вопросу: относятся ли договоры о простом товариществе к числу возмездных или безвозмездных? И это при том, что речь идет о признаке, который сам по себе является весьма определенным. Более того, по поводу его есть прямые указания в самом ГК. Имеется в виду ст. 423 ГК, которая различает договоры в зависимости от того, должна ли быть стороной получена плата за то или иное встречное предоставление по отношению к исполнению ею своих обязанностей (возмездный договор) или сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного удовлетворения (безвозмездный договор). Закрепляя в ст. 423 ГК общую презумпцию возмездности гражданско-правовых договоров, законодатель при этом

совершенно очевидно указывал, что именно возмездность более всего отвечает самой природе договора соответствующей отрасли права (имеется в виду, что гражданско-правовой договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное).

Сторонники признания договора простого товарищества безвозмездным приводят по существу аналогичные соображения. Так, в период действия ГК 1964 г., когда можно было считать, что место договора простого товарищества занял договор о совместной деятельности, О.С. Иоффе считал необходимым обратить внимание на то, что нет оснований рассматривать этот договор как возмездный, поскольку "соответствующие денежные и иные затраты воплощаются в создании того материального объекта, который должен затем служить удовлетворению потребностей всех участников. Но они не получают друг от друга встречного удовлетворения, а действуют сообща для достижения общей цели. Стало быть, по характеру взаимоотношений между его участниками договор о совместной деятельности является безвозмездным". И там же: "Встречное удовлетворение один контрагент получает от другого непосредственно и для себя, тогда как в договоре о совместной деятельности польза извлекается каждым именно от совместных усилий всех, включая собственные усилия данного контрагента. Но поскольку нельзя предоставлять "мзду" самому себе и невозможно приписывать подобное качество обща достигаемому результату, совместная деятельность должна рассматриваться как безвозмездный договор" <*>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 764.

Такую же точку зрения тогда же высказывал В.А. Тархов, считая, что "обязательства о совместной деятельности возникают из договоров, являющихся безвозмездными. Своеобразие этих договоров заключается в том, что участники их не располагаются на двух сторонах правоотношения. Здесь нельзя сказать: "одна сторона обязуется", "одна сторона предоставляет другой" и т.д. Ни один участник совместной деятельности не обязан что-либо делать для другого, каждый из них обязуется совершить определенные действия для общей цели. Имущественные и трудовые вклады участника совместной деятельности не передаются другому участнику, поэтому нельзя определить совместную деятельность как возмездную" <*>.

<*> Тархов В.А. Указ. соч. С. 157.

Из работ, появившихся после принятия действующего Кодекса, можно указать, в частности, на один из комментариев к нему, в котором также признается: "Не является данный договор (имеется в виду договор простого товарищества. - М.Б.) возмездным, так как участники не представляют друг другу встречное удовлетворение, а действуют сообща для достижения единой определенной договором цели" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 852 (автор - И.М. Шебанова).

В противовес изложенному есть основания полагать, что те, кто считают безвозвратно договор простого товарищества безвозмездным, все же не учитывают того, что свои требования о выплате соответствующей части прибыли, полученной от совместной деятельности, о признании права на долю в объекте, произведенном в результате совместной деятельности, участник договора простого товарищества направляет именно той стороне, которая воспользовалась результатами совместных действий товарищей, включая и его часть, которая должна принадлежать тому, кто не получил соответствующего удовлетворения. Признание договора безвозмездным в конечном счете означало бы необходимость отказать в правовой защите интересов стороны, пострадавшей от невыполнения встречной обязанности контрагентом.

В подтверждение вывода о возмездности договора простого товарищества в литературе приводятся различные соображения. Едва ли не наиболее убедительным можно назвать, пожалуй, то, в котором подчеркнуто, что "ни один из товарищей не обязуется совершать какие-либо действия непосредственно в интересах другого, т.е. фигуры должника и кредитора в традиционном смысле отсутствуют. При этом стороны взаимно обязуются внести вклады в общее дело, что как раз и можно считать одним из видов встречного удовлетворения. Кроме того, основанием участия в таком договоре для каждого из товарищей является участие в нем других сторон, а выполнение обязательств по достижению общей цели обусловлено аналогичными обязательствами других товарищей. Это и позволяет квалифицировать договор в качестве возмездного" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 654 (автор - И.В. Елисеев). См. также: Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полумтом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 306 (авторы - В.С. Ем, Н.В. Козлова); Шипилов С.В. Договор простого товарищества. Бизнес. Менеджмент // Право. 2003. N 4. С. 88; Масляев А.И., Масляев И.А. Указ. соч. С. 18 и сл.; Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005. С. 222 и сл.

Можно выделить также соображения, приведенные в одном из учебников, изданных задолго до принятия действующего Кодекса. В нем обращалось внимание на то, что "договор о совместной деятельности носит возмездный характер. Возмездность рассматриваемого договора имеет своеобразное выражение. Она не состоит здесь в передаче другой стороне встречного эквивалента за полученные от нее имущественные блага, как, например, в договоре купли-продажи. Возмездность в договоре о совместной деятельности проявляется, во-первых, в том, что для достижения общей хозяйственной деятельности каждый из участников должен сделать соответствующий имущественный вклад. Во-вторых, участник, выполнивший свои обязанности по совместной деятельности, вправе пользоваться общим имуществом, результатом совместной деятельности для удовлетворения своих интересов соответственно внесенному вкладу. По этим соображениям нельзя согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что рассматриваемый договор является безвозмездным" <*>.

<*> Советское гражданское право / Под ред. О.А. Красавчикова. М., 1985. С. 342 - 343 (автор - В.Ф. Яковлев).

Сторонники безвозмездности рассматриваемого договора не учитывают того, что всякий раз,

когда участник договора простого товарищества вносит в любой форме свой вклад в общее имущество (общее дело) или принимает в различных формах участие своими фактическими или юридическими действиями в совместной деятельности, он это делает в расчете на получение удовлетворения в виде доли в результатах совместной деятельности <*>. Таким образом, речь идет о непременно присущем и указанному договору принципе - do ut des <***>. В конечном счете именно на этом строятся соответствующие, адресованные контрагенту требования, направленные на выделение части результата <****>. Имеется тем самым в виду, что применительно к договору простого товарищества обязанности каждого из товарищей внести вклад соответствует обязанность контрагента (контрагентов) по указанному договору поделиться конечным результатом. Истребуемая часть (доля) результата как раз и представляет собой встречное удовлетворение. Право на встречное удовлетворение нашло, в частности, свое выражение в ст. 1048 ГК. Речь идет о том, что в этой статье особо предусмотрена применительно к наиболее распространенному случаю - получению прибыли - ничтожность соглашения об устранении кого-либо из товарищей от участия в ее распределении.

<*> См.: Советское гражданское право. Т. 2 / Под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. М., 1971. С. 348; Советское гражданское право. Ч. 2. Киев, 1985. С. 284; Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 654; Т. 2. М., 2003. С. 764 и сл.

<***> Следует отметить, что уже в Древнем Риме проявлялась забота о встречном удовлетворении, в связи с чем допускались любые соглашения о размере выплачиваемой участнику прибыли, кроме тех, которые предусматривали внесение кем-либо из участников только убытков, без участия в прибылях, имея в виду *societas leonine* (т.е. в соответствии с известной басней, в которой описывалась ситуация, при которой лев охотился не один, что не помешало ему забрать всю добычу себе по праву сильнейшего) (см.: Бартошек Милан. Римское право. Понятия. Термины. Определения. М.: Юрид. лит., 1989. С. 297).

<****> В подтверждение вывода о возмездности договора простого товарищества в литературе высказываются и иные соображения. Весьма убедительными можно назвать среди других те, в которых подчеркнуто, что "ни один из товарищей не обязуется совершать какие-либо действия непосредственно в интересах другого, т.е. фигуры должника и кредитора в традиционном смысле отсутствуют. При этом стороны взаимно обязуются внести вклады в общее дело, что как раз и можно считать одним из видов встречного удовлетворения. Кроме того, основанием участия в таком договоре для каждого из товарищей является участие в нем других сторон, а выполнение обязательств по достижению общей цели обусловлено аналогичными обязательствами других товарищей. Это и позволяет квалифицировать договор в качестве возмездного" (Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 654 (автор - И.В. Елисеев). См. также: Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 306 (авторы - В.С. Ем, Н.В. Козлова); Шипилов С.В. Договор простого товарищества. Бизнес. Менеджмент // Право. 2003. N 4. С. 88).

Заслуживает внимания и еще один аргумент в пользу возмездности договора простого товарищества, который использовался еще до принятия действующего ГК: "Возмездность рассматриваемого договора имеет своеобразное выражение. Она не состоит здесь в передаче другой стороне встречного эквивалента за полученные от нее имущественные блага, как, например, в

договоре купли-продажи. Возмездность в договоре о совместной деятельности проявляется, во-первых, в том, что для достижения общей хозяйственной деятельности каждый из участников должен сделать соответствующий имущественный вклад. Во-вторых, участник, выполнивший свои обязанности по совместной деятельности, вправе пользоваться общим имуществом, результатом совместной деятельности для удовлетворения своих интересов соответственно внесенному вкладу. По этим соображениям нельзя согласиться с мнением о том, что рассматриваемый договор является безвозмездным" <*>.

<*> Советское гражданское право / Под ред. О.А. Красавчикова. С. 342 - 343 (автор - В.Ф. Яковлев).

Можно сослаться и на А.Б. Савельева, обращающего внимание на то, что "при наличии у товарищей цели в виде занятия предпринимательской деятельностью и извлечения прибыли каждый участник рассчитывает получить при выполнении им своих обязанностей и часть этой прибыли, пополнив таким образом свой капитал. То, что эта прибыль получена от совместных действий всех участников, не ставит под сомнение встречность такого предоставления. Ибо, не объединив имущество и усилия с другими участниками, невозможно было бы получить такой результат" <*>.

<*> Савельев А.Б. Указ. соч. С. 281. Сходная аргументация приведена А.И. Масляевым (Советское гражданское право. Т. II / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1985. С. 313).

Не противоречит признанию договора простого товарищества возмездным и допускаемая им неэквивалентность встречных действий стороны. Имеется в виду в данном случае, что эквивалентность - только один из вариантов возмездности. "Возмездность и эквивалентность,- указывал по этому поводу М.О. Бару, - не синонимы, эти понятия вместе с тем друг друга и не покрывают. Точнее было бы сказать, что они перекрещиваются. Эквивалентное отношение безусловно возмездное отношение, но возмездное отношение не безусловно эквивалентное отношение. Возмездность и безвозмездность - это антиподы. Возмездность и эквивалентность - это явления, относящиеся друг к другу как род к виду" <*>.

<*> Бару М.О. Понятие и содержание возмездности и безвозмездности в советском гражданском праве // Уч. зап. Харьковского юрид. ин-та. Вып. 13. Харьков, 1959. С. 37. О соотношении понятий эквивалентности и возмездности см. также: Максоцкий Р.А. Возмездность и безвозмездность в гражданском праве. М., 2002. С. 11 и сл.

Составители Проекта Гражданского уложения считали признаком товарищества не только его возмездность, но и эквивалентность. Указывая на меновой характер договора простого товарищества в Проекте, они подчеркивали: "...не представляется оснований отступать от господствующего мнения, рассматривающего товарищество как меновой договор. Товарищество устанавливает имущественную общность между его участниками, и приобретаемая каждым из них в момент заключения договора доля участия в общности представляет эквивалент принимаемого им тогда же обязательства содействовать в определенной мере своим вкладом достижению предназначенной цели.

Количественное или качественное неравенство вкладов тут ни при чем, так как стороны обмениваются между собою не прямо вкладами, а определенными по договору долями в общности, образуемой соединением всех этих вкладов в один общий состав. При этом имеется полнейшее соответствие содержания принимаемого обязательства и приобретаемого требования каждым участником" (Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. С. 326).

В отличие от выделенных выше не вызывают споров по крайней мере оставшиеся два признака договора простого товарищества.

Один из них - то, что этот договор должен быть отнесен к числу консенсуальных - вступающих в силу со времени их заключения, т.е. в момент получения лицом, направившим оферту, акцепта (п. 1 ст. 433 ГК). Тем самым необходимость для участников внесения (соединения) вкладов, равно как и необходимость совершения совместных действий, т.е. исполнения конституирующих договор как таковой обязательств, входит в его содержание с момента достижения участниками согласия. Отмеченное имеет ключевое значение при решении вопроса об ответственности за допущенное сторонами неисполнение или ненадлежащее исполнение данного договора.

Другой - фидуциарность договора. Имеется в виду, что договор простого товарищества представляет собой соединение не только имущества, но и лиц. Отмеченное, в частности, позволяет усмотреть в числе признаков договора его лично доверительный характер, т.е. фидуциарность. Это находит свое выражение уже в том, что, заключая такой договор, физические и юридические лица в равной степени учитывают не только цель совместной деятельности и способы ее осуществления, но также и то, с кем именно эту деятельность предстоит осуществлять. С этим связано среди прочего решение еще двух вопросов. Прежде всего речь идет о п. 2 ст. 388 ГК, который предусматривает недопустимость уступки требования в таких обязательствах, в которых, подобно договору простого товарищества, личность кредитора имеет существенное значение для должника. Другой пример: норма, прямо адресованная рассматриваемому договору. Имеется в виду п. 1 ст. 1050 ГК, в силу которого в договоре простого товарищества среди прочих может служить основанием для его прекращения такое носящее личный характер обязательство, как объявление кого-либо из участников недееспособным или ограниченно дееспособным.

5. Стороны в договоре простого товарищества

Пункт 1 ст. 1041 ГК предусматривает возможность заключения договора простого товарищества с участием двух или нескольких лиц. Приведенная норма позволяет прежде всего сделать вывод о том, что количество участников данного договора может насчитывать любое число. Необходимо лишь, чтобы сторон оказалось не менее двух.

Вместе с тем законодательство устанавливает и определенное ограничение для участия различных субъектов права в рассматриваемых договорах.

Некоторые из таких ограничений носят общий характер и соответственно относятся ко всем участникам гражданского оборота. Имеется в виду прежде всего необходимость получения в случаях, предусмотренных Законом "О лицензировании отдельных видов деятельности" <*>, лицензии. Определенное значение имеет среди прочего и то, что, если бы обязательность лицензирования не распространялась на создание такого товарищества, последнее могло бы принять форму скрытого

предпринимательства для тех, кому возможности осуществлять соответствующую деятельность в свободном режиме законодательство не предоставляет.

<*> СЗ РФ. 2001. N 33 (ч. I). Ст. 3430.

Статья 1041 (п. 2) ГК представляет собой специальную норму, ограничивающую круг возможных участников договора простого товарищества, который создается для осуществления предпринимательской деятельности <*>. Указанная норма допускает участие в договоре простого товарищества только индивидуальных предпринимателей и (или) коммерческих организаций <***>.

<*> Гражданский кодекс РФ крайне редко употребляет термин "предприниматель", но зато весьма широко упоминает об "отношениях между лицами, которые осуществляют предпринимательскую деятельность". Об удельном весе таких отношений можно судить по тому, что из более чем 600 статей, составляющих главы Кодекса, посвященные отдельным видам договоров, свыше 260 рассчитано именно на участников, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Особенности предпринимательской деятельности, содержащиеся в п. 1 ст. 2 ГК, позволяют сделать вывод о том, что указанная деятельность отвечает следующим признакам: является самостоятельной, осуществляется на свой риск, направлена на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, исходит от лиц, зарегистрированных в качестве предпринимателей в установленном законом порядке.

<***> В литературе высказываются определенные сомнения по поводу проведенного в ГК деления организаций на коммерческие и некоммерческие. Так, В.С. Белых обращает внимание на "формирование (взамен классификации юридических лиц на коммерческие и некоммерческие) новых конструкций: "предпринимательская (прибыльная) организация" и "непредпринимательская (бесприбыльная) организация". Аналогом такой классификации может послужить деление корпораций по законодательству США на публичные (правительственные), непредпринимательские (non-profit corporations), предпринимательские (business corporations). "Некоммерческие организации" (по терминологии ГК) должны быть лишены... какой-либо возможности заниматься предпринимательской деятельностью, а главное - извлекать при этом прибыль (предпринимательский доход)" (Белых В.С. Субъекты предпринимательской деятельности: понятия и виды // Сборник науч. трудов: Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности. Екатеринбург, 2002. С. 32).

По указанному поводу следует отметить, что единое для всех некоммерческих организаций решение в принципе может вызывать сомнение. Достаточно сравнить потребительский кооператив с религиозными организациями, в равной мере отнесенными к числу некоммерческих организаций.

К этому можно добавить и то, что и сторонники сохранения указанного деления (на коммерческие и некоммерческие организации) в свою очередь оспаривают обоснованность используемых для подобного разграничения критериев. Так, В.А. Рахмилович обращал внимание на то, что "когда извлечение прибыли является основной целью организации, а когда - побочной, в реальной жизни определить бывает довольно трудно; одна цель может специально прикрывать другую, поэтому данный признак остается малопригодным для отграничения некоммерческих организаций от коммерческих. С другой стороны, неясно, что может означать разрешение

"осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых организация создана, и соответствует этим целям" (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1997. С. 122).

Таким образом, необходимым условием участия граждан в договоре простого товарищества, который был заключен для осуществления предпринимательской деятельности, служит их государственная регистрация в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии со ст. 23 ГК, а также с Законом "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" <*>.

<*> СЗ РФ. 2001. N 33. Ст. 3431; 2005. N 27. Ст. 2127.

Определенные сложности решения того же вопроса - о законодательных ограничениях, действующих применительно к возможности заключения договора простого товарищества, связаны с установлением дифференцированного режима для коммерческих и некоммерческих организаций, имея в виду, что первые, как указано в ст. 50 ГК, преследуют увеличение прибыли в качестве основной цели своей деятельности, а вторые не имеют такой цели и не распределяют полученную прибыль между своими участниками. Вместе с тем п. 3 той же статьи признает за некоммерческими организациями право осуществлять определенную коммерческую деятельность постольку, поскольку это служит достижению тех целей, ради которых они созданы и соответствуют этим целям. Таким образом, речь идет о двух различных признаках. Один из них относится к обязательному направлению использования прибыли - обеспечению достижения общих целей, которые поставлены перед организацией, а другой - к характеру самой деятельности, служащей источником получения прибыли.

Определенная конкретизация п. 3 ст. 50 ГК содержится в ст. 24 Закона "О некоммерческих организациях" <*>. В ней вслед за общим указанием на возможность осуществления некоммерческой организацией одного или нескольких видов деятельности, не запрещенных законом и соответствующих целям, перечисленным в ее учредительных документах, установлены виды предпринимательской деятельности, которой по общему правилу могут заниматься и некоммерческие организации. При этом прямо, в частности, названо участие в хозяйственных обществах и товариществе на вере в качестве вкладчика. Судебная практика дает основания рассматривать соответствующие нормы как исключительные и по этой причине не подлежащие распространительному толкованию. В подтверждение этого можно указать на Обзор практики разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве, составленный Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ (информационное письмо от 25 июня 2000 г. N 56). Приведенным в нем двум арбитражным делам <***> предпослано общее положение: "Учреждения и некоммерческие организации не могут быть участниками договора о совместной деятельности только в случае, когда такой договор заключен для осуществления предпринимательской деятельности" <***>.

<*> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 145.

<***> В одном из этих дел арбитражный суд удовлетворил иск акционерного общества к научно-

исследовательскому институту о признании недействительным заключенного сторонами договора по сооружению и эксплуатации платной стоянки, которая должна была использоваться для предпринимательской деятельности. Возражения ответчика против того, чтобы считать договор недействительным со ссылкой на ст. 50 ГК, было отклонено арбитражным судом. Последний указал в своем решении на то, что наличие у некоммерческой организации права осуществлять предпринимательскую деятельность в случаях, указанных в п. 3 ст. 50 ГК РФ, не меняет характера такой организации как некоммерческой.

В другом деле шла речь о признании недействительным договора городской студии изобразительных искусств с городским спортивным обществом о строительстве офиса. На этот раз истец сослался на то, что еще до истечения договора о "совместной деятельности" ответчиком был заключен договор с третьим лицом, которым продана часть здания, причитавшаяся ему по договору. Однако суд не согласился с позицией истца, сославшись на то, что в данном случае договор с третьим лицом на продажу будущего имущества ответчика был обусловлен сокращением штатной численности городского спортивного общества и по этой причине миновала надобность в дополнительных помещениях. Поэтому отсутствуют основания полагать, что оспариваемый договор заключен в целях осуществления предпринимательской деятельности.

<***> Вестник ВАС РФ. 2001. N 9. С. 86.

Пункт 2 ст. 1041 ГК совпадает с п. 4 ст. 66 ГК. Оба они устанавливают аналогичные ограничения для отдельных участников товариществ. Имеется в виду, что в силу п. 2 ст. 1041 ГК сторонами договора простого товарищества, как и участниками полных товариществ, а также полными товарищами в товариществе на вере, могут быть и индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации (п. 4 ст. 66).

В литературе была высказана точка зрения, в силу которой "некоммерческие организации имеют право учреждать коммерческие организации, благодаря чему предпринимательская деятельность, необходимая для решения уставных задач, может осуществляться на самом деле и некоммерческой организацией. К примеру, если религиозные объединения (церкви, монастыри, мечети) не могут совершать некоторые сделки по этическим или каноническим нормам, то коммерческая структура в форме хозяйственного товарищества (общества), учрежденная религиозным объединением, вполне способна выполнить любые задачи без оглядки на каноническое право <*>.

<*> См.: Грешников И.П. Субъекты гражданского права. СПб., 2002. С. 170 - 171.

В свою очередь И.В. Елисеев обратил внимание еще на одну особенность, относящуюся к субъектному составу договора простого товарищества. Речь идет о том, что "одно и то же лицо может участвовать в нескольких простых товариществах одновременно. Отсутствие здесь запретов, аналогичных тем, что предусмотрены в отношении полных или коммандитных товариществ, легко объяснимо. Простое товарищество не является самостоятельным субъектом права, и поэтому нет необходимости особо заботиться об упрочении его финансового положения. Закон не вправе лимитировать количество договоров простого товарищества, в которых лицо может участвовать и по которым оно принимает на себя ответственность" <*>. Соглашаясь в целом с таким выводом, необходимо все же признать, что приведенное правило знает и исключения, содержащиеся в

специальных законодательных актах.

<*> Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003. С. 767 (автор - И.В. Елисеев).

Наряду с общими могут существовать для отдельных видов простого товарищества и дополнительные ограничения, относящиеся к субъектному составу. Примером может служить прежде всего Закон "О финансово-промышленных группах" <*>. В соответствии со ст. 3 Закона участниками группы могут быть только юридические лица и иностранные лица. Особо оговорена возможность участия в финансово-промышленных группах инвестиционных институтов, негосударственных пенсионных и иных фондов, а также страховых организаций при условии, если такое участие обусловлено их ролью в обеспечении инвестиционного процесса именно в данной финансово-промышленной группе. Тот же Закон предусматривает наряду с этим обязательное вхождение в состав финансово-промышленной группы организаций, которые действуют в сфере производства товаров и услуг, а равно банков и иных организаций.

<*> СЗ РФ. 1995. N 49. Ст. 4697.

Можно указать также на то, что в другом виде простых товариществ - в страховом пуле, в свою очередь, допускается возможность участия только образований, которые отвечают предъявляемым Законом "Об организации страхового дела в Российской Федерации" <*> требованиям к страховщикам.

<*> СЗ РФ. 1993. N 2. Ст. 56.

6. Порядок заключения и форма договора простого товарищества

Глава 55 не содержит специальных правил, устанавливающих порядок заключения данного договора, а также требований к его форме. В этой связи при заключении договора простого товарищества надлежит руководствоваться, с учетом его специфики, общими на этот счет нормами ГК.

Как договор консенсуальный, договор простого товарищества считается заключенным в момент, когда лицом, которое выступило с офертой, получен направленный ему акцепт (ст. 433 ГК).

В случаях, при которых в рассматриваемом договоре участвуют более двух товарищей, его заключение связывается с получением товарищем акцепта от всех, кому он адресовал оферту. Если хотя бы от одного из адресатов оферты акцепт получен не будет, договор не должен считаться заключенным. Следовательно, акцепт, полученный оферентом от части адресатов, не способен породить права и обязанности между оферентом и даже теми из адресатов оферты, которые ему прислали акцепт, если иное не вытекает из оферты.

Время получения акцепта оферентом признается моментом заключения договора. Применительно к договору простого товарищества, в котором участвуют три и более участника, имеется в виду момент получения акцепта от последнего из адресатов оферты.

Место заключения договора определяется по месту жительства гражданина или местонахождению юридического лица, от которых исходила оферта.

На договор простого товарищества распространяется предусмотренная п. 2 ст. 434 ГК возможность заключения письменного договора путем составления одного документа, который подписан сторонами, либо путем обмена документами, который осуществляется с использованием почтовой, телеграфной, телефонной, телетайпной, электронной или иной связи. При этом необходимо, чтобы способ, избранный сторонами, позволял сделать вывод: оферта и акцепт действительно исходят от лица, которое является в нем стороной. Из приведенной нормы следует, что тем самым риск, связанный с возможным отказом лица от направленных ему оферты или акцепта, несет тот, кто их принял, не удостоверившись в том, что подпись действительно принадлежит лицу, указанному в качестве отправителя. В этой связи значительные перспективы в упрощении порядка заключения договора и установления идентичности подписавшей его стороны открывает использование электронной цифровой подписи <*>.

<*> См.: Постановление Правительства РФ от 30 мая 2003 г. "Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти в области использования электронной цифровой подписи" // СЗ РФ. 2003. N 23. Ст. 2232.

Пункт 2 ст. 438 ГК признает молчание адресата оферты акцептом в трех случаях: если это вытекает из закона, из обычаев делового оборота или из прежних деловых отношений сторон. Следует в этой связи отметить, что в самой гл. 55 ГК в отличие от некоторых других глав Кодекса, посвященных названным в них договорам, отсутствуют специальные нормы, которые придают правовое значение "молчанию". Соответственно, в силу ст. 438 ГК при заключении договора простого товарищества "молчание" может считаться акцептом, лишь если соответствующие указания содержатся в законе или в достигнутом сторонами соглашении.

На договор простого товарищества распространяется и п. 3 ст. 438 ГК, определяющий правовое значение конклюдентных действий, совершаемых адресатом оферты. Имеется в виду признание акцептом совершения тем, кому была направлена оферта, действий в установленный для акцепта срок на выполнение указанных в оферте действий - отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы (для рассматриваемого договора имеется в виду прежде всего внесение вклада) и т.п., если только иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. Есть основания полагать, что договор простого товарищества с большим, чем два, числом сторон может считаться заключенным в случае, когда только часть адресатов (участников) получила прямой ответ, в то время как другая воспользовалась указанным в п. 3 ст. 438 ГК способом. Для описанного способа заключения договора применительно к простому товариществу в силу его специфики (учитывается, в частности, длящийся характер отношений сторон) значение имеет включенное в п. 58 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" указание. Речь идет о необходимости "учитывать, что для признания соответствующих действий адресата оферты акцептом

Кодекс не требует выполнения условий оферты в полном объеме. В этих целях для квалификации указанных действий в качестве акцепта достаточно, чтобы лицо, получившее оферту (в том числе проект договора), приступило к ее исполнению на условиях, указанных в оферте, и в установленный для ее акцепта срок" <*>.

<*> Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2005 годы) М., 2005. С. 47.

К числу существенных и тем самым нуждающихся в согласовании относятся прежде всего условия договора, позволяющие установить, по поводу чего заключен договор (условие о предмете). Без такого условия он становится "договором ни о чем". Не случайно поэтому источником для установления указанного условия является, как правило, легальное определение договора, т.е. то, которым закон устанавливает его сущность. Для договора простого товарищества как заключенного по поводу совершения определенных совместных действий предметом служит индивидуализация подобным образом прежде всего самих действий, а если это вытекает из их характера - то и результата.

Уже из приведенного следует необходимость признания существенным условием договора простого товарищества наряду с иными его цель. Имеется в виду, что цель служит одним из основных средств индивидуализации договора простого товарищества.

Для данного договора такой целью являются обычно не просто действия, а деятельность, вследствие чего, в частности, определенный срок не является неременным условием договора. Более того, соответствующий договор нередко рассчитан именно на неопределенное время, в течение которого совместная деятельность будет осуществляться.

Легальное определение договора простого товарищества в ст. 1041 (п. 1) ГК позволяет признать существенным и условие о вкладе в общее имущество <*>.

<*> Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении по рассмотренному им делу указал на то, что соглашение участников о размерах вкладов в общее имущество является существенным условием договора простого товарищества. Из этого был сделан вывод, что у суда не было оснований для изменения указанного условия по требованию одной из сторон (см.: Вестник ВАС РФ. 1999. N 2. С. 39). Соответственно, "имущественные вклады, вносимые участниками договора простого товарищества, не являются вспомогательными или какими-либо еще предметами данного договора, а относятся к условиям, названным в законе существенными и одновременно необходимыми для данного вида договоров. Доказательством может служить то, что обязанность соединить вклады предусматривается в определении самого договора простого товарищества (ст. 1041 ГК)" (см.: Мельгунов В. Правовое регулирование совместной хозяйственной деятельности // Хозяйство и право. 1999. N 10. С. 89).

В случаях, когда речь идет о договоре простого товарищества с числом сторон более двух, существенным и тем самым необходимым следует считать и условие, в котором определяется полный состав участников договора. Имеется в виду, что при заключении рассматриваемого договора в самой

оферте должны быть непременно указаны среди прочего все предполагаемые стороны (участники) договора. Поскольку каждая из сторон, формируя свою волю, направленную на возникновение договорных отношений, учитывает, на что уже обращалось внимание, кто именно станет его контрагентом, отсутствие соответствующих на этот счет данных в оферте должно влечь за собой признание договора незаключенным.

Под существенными условиями, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение, подразумеваются главным образом те, которые включены в направленную оферту, а также в ответе на оферту, превратившемся в таком случае в отказ от акцепта и в то же время в новую оферту (ст. 443 ГК).

Требования к содержанию договора простого товарищества отражают особенности его отдельных видов. По этой причине в законах, посвященных соответствующему виду договора простого товарищества, в ряде случаев предусмотрено, какие именно условия он должен включать. Так, например, Законом "О финансово-промышленных группах" установлена необходимость включения в договор наименования финансово-промышленной группы, порядка и условий учреждения центральной компании финансово-промышленной группы как юридического лица в определенной организационно-правовой форме, уполномоченного на ведение дел финансово-промышленной группы, порядка его образования, объема полномочий и других условий деятельности совета управляющих финансово-промышленной группы, порядка внесения изменений в состав участников финансово-промышленной группы, объема, порядка и условий объединения активов, цели объединения участников, срока действия договора. В Законе предусмотрено и то, что другие условия такого договора устанавливаются участниками с учетом целей и задач финансово-промышленной группы и соответствия законодательству Российской Федерации.

Во всех случаях, когда предстоит оценить какое-либо условие с точки зрения возможности признания его существенным, исходное значение может иметь среди прочего характер действующих на этот счет норм.

Подобно другим договорам, не являются существенными и для рассматриваемого договора условия, которые включены в императивную норму, уже по той причине, что правила, указанные в ней, автоматически, *ipso facto*, входят в содержание договора <*>. По-иному должны расцениваться те правила, которые закреплены диспозитивной нормой. Имеется в виду, что такого рода нормы вступают в действие для сторон автоматически, подобно императивным нормам, лишь при условии, если иное не будет указано в договоре. Примером, подтверждающим значимость предусмотренных в ГК и основанных на нем диспозитивных норм для оценки содержащихся в договоре простого товарищества условий, может служить рассмотренный Высшим Арбитражным Судом РФ спор, который возник по поводу исполнения ответчиком обязанностей, вытекающих из подобного договора. Ответчик в своих возражениях ссылался на то, что связывающий стороны договор не может считаться заключенным в связи с отсутствием в нем ряда существенных условий (речь шла, в частности, о распределении между сторонами прибыли и убытков). Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отверг приведенный аргумент, сославшись на то, что согласно ст. 1046 ГК РФ при отсутствии такового соглашения каждый товарищ несет расходы и убытки пропорционально стоимости вклада. Одновременно было указано на необходимость при пересмотре дела проверить возможность применения других норм гл. 55 ГК в случаях отсутствия в тексте договора условий, регулирование которых осуществляется указанными нормами <***>.

<*> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. С. 290. Применительно к договорам простого товарищества примером могут служить нормы, включенные в: ст. 1045 ГК - о праве товарищей на знакомство со всей документацией по ведению дел товарищества, ст. 1047 ГК - о невозможности полного освобождения кого-либо из товарищей от участия в покрытии общих расходов или убытков, ст. 1048 ГК - о недопустимости отстранения кого-либо из товарищей от участия в распределении прибыли. В подобных случаях условия договора, устанавливающие иное по отношению к предусмотренному в ГК, признаются ничтожными.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 7. С. 36 - 38.

К числу помещенных в гл. 55 ГК диспозитивных норм относятся правила об общей долевой собственности на имущество, внесенное для осуществления совместной деятельности товарищей или полученное от такой деятельности (п. 1 ст. 1043 ГК), о праве товарищей на ведение общих дел товарищей (п. п. 1, 2 ст. 1044 ГК), о порядке принятия товарищами решений, касающихся общих дел товарищества (п. 5 ст. 1044 ГК), о размере покрытия общих расходов и убытков, связанных с совместной деятельностью (ст. 1046 ГК), о порядке распределения прибыли, полученной товарищами (ст. 1048 ГК), об основаниях и последствиях прекращения договора (ст. 1050 ГК).

Наряду с нормами императивными и диспозитивными включено в гл. 55 ГК и определенное число факультативных норм - таких, для вступления в силу которых сторонам необходимо положительно выразить на то свою волю. Примером последних могут служить нормы, составляющие п. 1 ст. 1054 ГК, которыми предусмотрено право сторон устанавливать в договоре, что его наличие (имеется в виду заключение договора о негласном товариществе) будет скрыто от третьих лиц, или п. 2 ст. 1043 ГК, допускающий включение в договор, совершенный в письменной форме, условия, в силу которого одному из товарищей поручается ведение бухгалтерского учета общего имущества товарищей.

Статья 434 (п. 1) ГК предоставляет сторонам возможность заключать договор в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, если законом для договоров данного вида не установлена определенная форма. Именно такое положение складывается применительно к гл. 55 ГК. В ней отсутствуют специальные нормы, содержащие требования не только государственной регистрации, но и соблюдения определенной формы соответствующих договоров.

Единственное специальное упоминание о форме договора простого товарищества есть в п. 2 ст. 1044 ГК, в силу которого при отсутствии доверенности полномочия товарища на совершение сделок от имени всех товарищей могут быть закреплены и в самом договоре, но только в случаях, когда он заключен письменно.

Значение приведенной нормы состоит в том, что участники, от имени которых была совершена сделка с третьим лицом, могут ее оспорить, ссылаясь при отсутствии письменной доверенности на то, что договор, предусматривавший наличие у сторон необходимых полномочий, был совершен устно.

Если специальное указание относительно формы договора простого товарищества в законе отсутствует, стороны должны руководствоваться п. 1 ст. 434 ГК ("Форма договора"). Из него, в частности, вытекает необходимость при отсутствии таких же указаний на этот счет в специальных законах для договоров данного вида руководствоваться нормами о сделках, т.е. теми, которые содержатся в гл. 9 ГК. Это означает, что простая письменная форма договора признается не только

обязательной (если установлена обязательная нотариальная форма), но и достаточной для случаев, когда договор совершен между юридическими лицами либо юридическими лицами и гражданами, а при заключении договора гражданами между собой - при условии, что сумма договора превышает не менее чем в 10 раз минимальный размер оплаты труда (МРОТ), а при соответствующем указании в законе - независимо от суммы сделки <*>.

<*> См. об особенностях решения вопросов о форме договора простого товарищества: Романец Ю.В. О форме договора простого товарищества между гражданами-предпринимателями // Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 7 / Под ред. В.Ф. Яковлева. М., 2000. С. 72.

До сих пор в литературе существуют определенные расхождения в вопросе о том, как следует определять в подобных случаях сумму сделки применительно к договору простого товарищества, имея в виду обязательное требование к его доле. Так, В.Н. Шретер предлагал в свое время считать суммой договора простого товарищества совместную стоимость вкладов <*>.

<*> См.: Шретер В.Н. Указ. соч. С. 103.

В отличие от этого О.С. Иоффе, ссылаясь на то, что "в данном договоре обращаются суммы двойного рода (размер вноса и цена сообща возведенного объекта), считал необходимым ориентироваться на большую сумму, и если цена вноса не достигает 100 рублей (предельная сумма - та, которая была установлена в ст. 44 ГК 1964 г. для устных сделок. - М.Б.), договор все же должен быть оформлен письменно, учитывая общую сумму возводимого объекта, превышающую указанную сумму" <*>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 766 - 767.

Сопоставив эти две точки зрения, А.Б. Савельев предложил третью: "Договор простого товарищества заключается в письменной форме в том случае, когда вклад хотя бы одного участника превышает установленную законом предельную сумму" <*>.

<*> Савельев А.Б. Указ. соч. С. 293. Близкую к этому позицию занимает И.В. Елисеев, полагающий, что "договор простого товарищества между гражданами должен заключаться в письменной форме, если цена наибольшего по стоимости вклада в общее имущество товарищей не менее чем в десять раз превышает установленный законом минимальный размер оплаты труда. Во всех остальных случаях этот договор может быть заключен и в устной форме" (Гражданское право: Учебник. Часть вторая / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 658).

Представляется, что сумма, максимальная для возможности использования устной формы как более простой, должна в действительности выражать величину, отвечающую совокупности интересов

участников. Этому требованию соответствует в наибольшей степени стоимость результата, которого стороны своими совместными действиями стремятся достичь. При этом размер вклада каждого из товарищей и вкладов всех участников значения иметь не будет. Если воспользоваться аналогией с договором подряда на строительство здания, это будет означать, что сумму договора выражает стоимость не отдельно материалов, затраченного труда и т.п., а самого здания.

И только тогда, когда имеется в виду договор простого товарищества, который не предполагает достижения результата, способного быть выраженным в деньгах, сумму договора должна выражать полная стоимость подлежащих внесению всеми участниками вкладов.

Арбитражная практика выработала общее правило, относящееся к регистрации передачи в виде вклада недвижимости. Речь идет о том, что договор простого товарищества, в силу которого сторона обязуется в качестве вклада передать недвижимое имущество, не требует государственной регистрации. Однако, если одна из них по такому договору уклоняется от государственной регистрации возникновения общей долевой собственности сторон на это имущество, суд вправе по требованию другой стороны принять решение об обязательности государственной регистрации перехода недвижимого имущества в общую долевую собственность <*>.

<*> См.: Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" // Вестник ВАС РФ. 2001. N 4. С. 32 - 33.

Особый порядок установлен применительно к заключению договора о создании финансово-промышленных групп. В посвященном ему Законе ст. 5 ("Порядок государственной регистрации финансово-промышленных групп") предусмотрела, что совокупность юридических лиц, которая образует финансово-промышленную группу, приобретает такой статус по решению полномочного государственного органа о ее государственной регистрации. Содержащаяся в этом же Законе ст. 6 предусматривает обязательность государственной регистрации изменения состава участников финансово-промышленной группы, которая должна производиться полномочным государственным органом на основании заключения федерального антимонопольного органа.

7. Права и обязанности сторон в договоре простого товарищества

Подобно всем другим договорам, направленным на учреждение коллективных образований, договор простого товарищества охватывает весьма широкий набор прав и обязанностей сторон, часть из которых носит имущественный, а другие - личный (неимущественный) характер. Можно указать и на то, что договор простого товарищества, призванный опосредствовать внутренние отношения сторон, затрагивает в определенной мере внешние отношения - отношения с третьими лицами.

Отличающее договор простого товарищества единство целей всех его сторон, которое находит выражение в числе прочего в том, что набор прав и обязанностей у сторон один и тот же, освобождает от необходимости анализировать в отдельности права и обязанности сторон для каждого из видов этого договора.

Среди конституирующих договор простого товарищества обязанностей особое место занимают

те, которые выражаются во внесении вкладов. Указанная обязанность не только составляет часть легального определения договора, но и выражена в этом определении особым образом. Речь идет об обязанности товарищей "соединить свои вклады". Тем самым закрепляется безусловная необходимость включения условия о вкладе в договор и вместе с тем возложение этой обязанности на всех участников товарищества. Это означает, что, во-первых, договор, который не содержит такого условия, не может считаться договором простого товарищества, а во-вторых, участником такого договора не может быть тот, кто не принял на себя подобной обязанности. Из последней особенности договора следует, что при освобождении участника от обязанности внести вклад договор простого товарищества как таковой не признается заключенным. Недопустимость освобождения кого-либо из товарищей от внесения вклада не исключает возможности установления для отдельных из них особого порядка исполнения соответствующей обязанности, в частности отсрочки или рассрочки внесения вклада.

Присущая договору простого товарищества множественность применительно к вкладам означает, что и обязательность их внесения связывает участников со всеми остальными товарищами, но все же не с каждым из них. На это указал Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении по делу, в котором истец требовал взыскать в его пользу соответствующую сумму: "Особенностью договора простого товарищества является то, что у сторон по нему имеется обязанность соединить вклады и совместно действовать, но отсутствуют обязательства по передаче чего-либо одним товарищем другому в собственность... Поскольку подлежащий внесению денежный вклад по договору простого товарищества становится общей долевой собственностью товарищей, сторона не вправе требовать взыскания в принудительном порядке с другой стороны в свою пользу суммы вклада, так как это противоречит природе договоров данного вида. Нельзя признать это требование и способом возмещения убытков". Соответственно, имея в виду включенную в договор простого товарищества, по поводу которого возник спор, обязанность платить неустойку за пропуск срока выполнения финансовых обязательств. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ одновременно признал, что неустойка не подлежит взысканию, поскольку "вклад не является обязательством перед другим товарищем" <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 11. С. 43.

Для договора простого товарищества был и остается действующим принцип, в соответствии с которым "участники товарищества объединяются в целях достижения определенных хозяйственных выгод (прибыль), но вместе с тем совместно несут риск возможных убытков. Там, где условие это не соблюдено, нет товарищества" <*>.

<*> Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 115.

Именно из него исходил арбитражный суд в одном из рассмотренных дел. В нем шла речь о том, что при разделе выстроенного дома истец не получил всей причитающейся ему доли, чему ответчик противопоставил ссылку на то, что недоданную часть составляли вспомогательные помещения. Рассматривавший этот спор арбитражный суд, однако, отклонил приведенное возражение ответчика. Соответственно, в решении появилось указание: "Поскольку без вспомогательных помещений

(коридоров, лестничных площадок, лоджий, балконов, фойе и т.п.) не может быть построено и использовано административное здание, расходы по их строительству должны возмещать все товарищи по договору, что соответствует требованиям статьи 1046 ГК РФ" <*>.

<*> Обзор практики разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве // Вестник ВАС РФ. 2000. N 9. С. 85.

В другом деле, которое возникло по поводу требования истца об изменении заключенного сторонами договора, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал на связанную с соответствующим обязательством стороны особенность: "Соглашение участников о размерах вкладов в общее имущество является существенным условием договора простого товарищества. У суда (имелся в виду нижестоящий арбитражный суд, вынесший соответствующее решение. - М.Б.) отсутствовали основания для изменения этого условия по требованию одной из сторон". Соответственно, было признано неправомерным внесение изменений в условие договора о распределении долей в общем имуществе участников <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1999. N 2. С. 39.

Созданная для договора простого товарищества модель предопределяет особенности вкладов и прежде всего их цели, размер, состав и назначение.

В отличие от хозяйственных товариществ и обществ в простом товариществе вклады, сделанные товарищами, - это все, что внесено ими в общее имущество <*>. При этом в отличие от вклада в уставный капитал, включающего передачу лишь имущества (денег, ценных бумаг, иных вещей или имущественных прав либо других прав, имеющих денежную оценку, - п. 6 ст. 66 ГК), вклады, внесенные в общее дело по договору простого товарищества, могут представлять собой помимо денег и другое имущество, профессиональные и иные знания, навыки и умения, а также деловую репутацию и деловые связи (п. 1 ст. 1042 ГК). При этом все входящее во вклад, вносимый в общее имущество, должно иметь денежную оценку, которая производится по соглашению между сторонами. При этом, если иное не вытекает из самого договора простого товарищества либо из фактических обстоятельств <***>, денежная оценка вклада предполагается равной.

<*> Положением по бухгалтерскому учету "Информация об участии в совместной деятельности" ПБУ 20/03 предусмотрено, что все внесенное в счет вклада каждым из товарищей должно включаться им в состав финансовых вложений по той же стоимости, по которой они отражались в бухгалтерском балансе на дату заключения договора. Положением также устанавливается, что вклады обособленно (на отдельном балансе) не учитываются. Они отражаются в бухгалтерском балансе каждого из участников (равно как хозяйственные операции, которые связаны с выполнением совместно осуществляемых операций). Сделанный вклад учитывается на соответствующем счете и в состав финансовых вложений не переводится.

<***> Как отмечает В.В. Чубаров, "фактическими обстоятельствами, влияющими на размер вклада, следует считать такой реальный вклад товарища, который оказался несоизмеримо выше

отраженного в договоре или вытекающего из равенства долей" (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 756).

Вклад, сделанный товарищем в общее имущество, служит критерием, позволяющим оценить размер некоторых конкретных прав и обязанностей простого товарищества. Так, ст. 1046 ГК ("Общие расходы и убытки товарищей") связывает при определенных условиях с размером вклада в общее дело величину расходов и доходов товарищей, а ст. 1044 ГК ("Ведение общих дел товарищей") - размер ответственности одного из товарищей по общим обязательствам.

Внесение вкладов по договору простого товарищества в общее имущество подчинено особому фискальному режиму. Имеется в виду, что не признается реализацией товаров, работ, услуг с вытекающими отсюда последствиями налогового порядка передача имущества, которая носит инвестиционный характер в виде вкладов по договору простого товарищества, а равно передача имущества в пределах первоначального взноса участником договора простого товарищества или правопреемниками - в случае выдела его доли из имущества, которое находилось в общей собственности участников договора. И только сумма, равная превышению доли, является объектом налогообложения как безвозмездная реализация <*>.

<*> См.: Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть первая / Под ред. В.И. Слома. М., 1998. С. 94.

Основное значение для правового регулирования вкладов имеют прежде всего их возможный состав, а также размер.

Статья 1042 (п. 1) ГК содержит перечень того, что может быть включено во вклад. Это деньги, иное имущество: профессиональные и иные знания, навыки и умение, а также репутация и деловые связи. Таким образом, наряду с материальными в перечне фигурируют и нематериальные блага. Неотчуждаемость и непередаваемость нематериальных благ применительно к возможности их включения в состав вкладов товарищей позволили сделать вывод: "Вкладом в товарищество являются не отделимые свойства личности товарища, а его деятельность на общее благо, в которой эти свойства используются" <*>. К приведенному можно добавить то, что из числа перечисленных нематериальных благ только деловая репутация и деловые связи рассчитаны на участие в товариществе как граждан, так и юридических лиц; все остальное имеет в виду исключительно товарищей - граждан.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 762.

В составе передаваемого во вклад имущества в случае, когда оно носит комплексный характер, могут оказаться и долги. Тогда с момента внесения вклада наряду с передачей прав происходит и перевод долга. Это означает вступление в действие соответствующего ограничения. Оно состоит в том, что переданные активы должны во всех случаях превышать пассив. Как отмечал еще В.Ю. Вольф, "пассивные части имущества сами по себе не могут быть предметом вклада (ибо они, сами по себе, не способны содействовать достижению общей цели)" <*>.

<*> Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 31.

Приведенный в ст. 1042 ГК перечень того, что передается в виде вклада, может показаться более узким по сравнению с тем, что было предусмотрено в ранее действовавших кодексах. Так, ГК 1922 г. содержал указание на то, что вкладом признается помимо прочего складочное имущество товарищества, а также "все, что каждый товарищ вносит в общее дело, будут ли это деньги, другое имущество или услуги" <*>. ГК 1964 г. устанавливал, что взносы производятся "деньгами или другим имуществом либо путем трудового участия". Сравнивая редакцию всех трех Кодексов, следует учесть, что речь не идет об определенных пробелах действующего ГК, поскольку перечень составляющего вклад имущества, содержащийся в действующем Кодексе, носит все же примерный характер и тем самым оставляет место, в частности, для "участия трудом".

<*> "Услуги" применительно к ГК 1922 г. включали и "труд". Так, В.Ю. Вольф обращал внимание на то, что "вклад, вносимый каждым отдельным товарищем, может состоять не только в деньгах или другом имуществе, но также и в услугах. Отдельные товарищи могут, например, обязаться по товарищескому договору обслуживать предприятие в качестве бухгалтеров, товароведов, инженеров, юристов и т.п. с тем, чтобы эти их услуги рассматривались как взнос в общее дело" (Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 37).

Более четкие указания на этот счет, относящиеся к тому же времени, были даны С.Н. Ландкофом: "Для того чтобы личный труд представлял собою вклад, допускаемый настоящей статьей, не требуется, чтобы этот труд являлся квалифицированным, чтобы личная деятельность выходила за пределы понятия ведения дел вообще (имелось в виду положение, которое содержалось на с. 10 работы Н.Г. Вавина и А.Ж. Вормса "Товарищество простое, полное и на вере". - М.Б.). Так как закон вовсе не требует обязательного личного участия всех членов товарищества (ибо отождествлять "совместное действие" с "личным участием" нельзя), то следует признать, что договорная обязанность члена товарищества к личному участию или личному ведению дел товарищества, в отличие от обязанностей других членов товарищества, представляет собою "услуги" в смысле настоящей статьи и может поэтому служить предметом вклада" (Ландкоф С.Н. Указ. соч. С. 30).

Весьма обоснованным является и утверждение о том, что "под вкладом... следует понимать такую деятельность, которая выходит за пределы понятия "совместное ведение дела", например деятельность генерального директора, бухгалтера и т.д. Таким образом, речь идет о предоставлении лицом своих специальных познаний в той или иной области, соответствующей целям общества" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М.: Юрайт, 2003. С. 854 (автор - Н.А. Шебанова).

В состав передаваемого в общую собственность имущества могут входить среди прочего и

незавершенные объекты строительства, в том числе доли в таком объекте. В подтверждение можно сослаться прежде всего на п. 16 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г. N 8 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" <*>. В нем предусмотрено, что по смыслу соответствующих статей законодательства не завершённые строительством объекты, не являющиеся предметом действующего договора строительного подряда, относятся к недвижимому имуществу. Поэтому при разрешении споров о праве собственности на не завершённые строительством объекты судам необходимо руководствоваться нормами, регулирующими правоотношения собственности на недвижимое имущество и порядок совершения сделок с ним, с учетом особенностей, установленных для возникновения права собственности на незавершенные строительством объекты и распоряжения ими.

<*> Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2005 годы). С. 76. См. об этом: Хаскельберг Б.Л. Договор в долевом участии в строительстве: Вопросы судебно-арбитражной практики // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Вып. 14. Астана, 2000. С. 166.

Можно указать и на то, что Закон "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" (ст. 25) особо выделил обязательность государственной регистрации наряду с правами на вновь создаваемые объекты также права на объекты незавершенного строительства.

Еще одним подтверждением оборотоспособности объектов незавершенности строительства может служить Закон "Об ипотеке (залоге недвижимости)". Имеется в виду включенное в него указание на то, что "в случае залога не завершённого строительством недвижимого имущества, находящегося в государственной и муниципальной собственности, определяется рыночная стоимость этого имущества". Приведенное правило может быть по аналогии распространено и на случаи включения в состав передаваемого в общую собственность в качестве вклада не завершённого строительством объекта независимо от того, какой из сторон он принадлежит.

В результате вызывает определенные сомнения позиция Ю.В. Романца, когда, ссылаясь на ст. 1043 ГК, "согласно которой товарищи приобретают право общей долевой собственности на то, что ими вложено в совместную деятельность", автор сделал из этого вывод: "Участник действующего договора простого товарищества не вправе требовать признания за ним права на долю в праве собственности на не завершённую созданием новую вещь, так называемый "договорный полуфабрикат" (будь то здание, не завершённое строительством, или любое другое имущество)" <*>.

<*> Романец Ю.В. Договор простого товарищества и подобные ему договоры (вопросы теории и судебной практики) // Вестник ВАС РФ. 1999. N 12. С. 106.

Оспариваемая точка зрения, как представляется, дает повод отождествить различные по существу ситуации без учета того, что незавершённое строительство здания или сооружения - это все же "реально существующий объект". Последнее признано теперь новой редакцией ст. 130 ГК, выделившей в числе "недвижимых вещей" то, что представляет собой "объекты незавершенного

строительства".

Отмеченное отнюдь не исключает справедливости другого вывода автора: "Товарищ... не вправе ставить вопрос о признании права на долю в общей собственности на имущество, которое должно быть создано согласно договору, до его создания, поскольку право собственности (в том числе и общей) возникает только на реально существующее индивидуально-определенное имущество" <*>.

<*> Там же.

Следует согласиться и с возможностью "предположить, что если стороны договором не установили иного, то потребляемые и определенные родовыми признаками вещи, вносимые в товарищество в качестве вклада, становятся общей собственностью товарищей" <*>. Тем самым имеется в виду презумпция в пользу передачи участником части имущества, принадлежащей ему на праве собственности, в состав общего имущества товарищей. В подтверждение значения подобной презумпции может быть приведено дело, в котором предметом спора оказался характер прав на переданное товарищам имущество. Речь шла о различных видах оборудования, составляющего вклад в простое товарищество. При этом имелось в виду, что использование оборудования должно обеспечить осуществление соответствующей совместной деятельности по помолу зерна. Сославшись на указанное обстоятельство, арбитражный суд, рассматривавший дело по первой инстанции, посчитал, что в данном случае мукомольный комплекс был передан не в общую собственность, а для совместной эксплуатации. Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ с этим не согласился, сочтя для признания оборудования переданным в общую собственность достаточным того, что "какие-либо оговорки об условиях внесения указанного имущества в качестве вклада в договоре отсутствуют" <***>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 866.

<***> Вестник ВАС РФ. 2000. N 5. С. 35 - 37.

Наряду с составом вкладов и их размер, подобно другим существенным условиям договора простого товарищества, подлежит согласованию между сторонами с тем, что достигнутое по указанному поводу соглашение может быть оспорено только в силу его противоречия закону. Соответственно, при рассмотрении дела по иску АОЗТ к Архитектурно-строительной академии Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в своем постановлении указал: "Соглашение участников о размерах вкладов в общее имущество является существенным условием договора простого товарищества. У суда не было оснований для применения этого условия по требованию одной из сторон" <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1999. N 2. С. 39.

Для защиты интересов товарищей по общему правилу оказывается достаточным установление

порядка, при котором денежная оценка вклада, сделанная любым из них, приобретает юридическое значение лишь с согласия остальных товарищей. По этой причине, в частности, такого рода соглашение - об оценке вклада может быть оспорено только товарищами и только при их ссылке на наличие порока, достаточного для признания соглашения недействительным (речь идет главным образом о пороках воли или волеизъявления).

Кодекс (п. 2 ст. 1042) содержит, на что уже обращалось внимание, требование о равенстве вкладов товарищей по их стоимости, если только иное не следует из самого договора либо из фактических обстоятельств.

В рассматриваемых случаях речь идет тем самым об условии договора, определенном диспозитивной нормой. Последняя как таковая по самой своей природе предполагает возможность отсутствия соответствующего положения в самом тексте договора. И именно в расчете на данный случай закрепленное в указанной норме правило, носящее диспозитивный характер, становится договорным условием. Таким образом, при отсутствии специального на этот счет указания в достигнутом сторонами соглашении (договоре) размер вклада товарища, для которого он не был установлен в договоре, должен считаться равным размеру вкладов остальных товарищей. Правда, это относится только к случаям, когда хотя бы у одного из товарищей размер вклада был закреплен в договоре (есть тем самым, с чем сравнивать) либо в договоре содержится указание общей суммы подлежащих внесению вкладов.

Диспозитивный характер соответствующей нормы - о равенстве вкладов участников договора простого товарищества позволяет восполнить отсутствующее в договоре условие, устанавливающее строго определенный размер вклада каждого из участников <*>.

<*> В подтверждение можно сослаться на одно из дел, помещенных в составленном Высшим Арбитражным Судом РФ обзоре судебной практики. Речь в нем, в частности, шла о споре, в котором предметом иска служило определение доли в праве собственности на объект, построенный для общего использования сторонами, заключившими договор. Нижестоящий арбитражный суд в своем решении, подтвержденном Высшим Арбитражным Судом РФ, указал на то, что "в случае, если стороны... не придут к соглашению, следует исходить из того, что в соответствии со ст. ст. 1042 и 245 ГК вклады товарищей, а также доли в общей собственности считаются равными" (Обзор практики разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве (информационное письмо от 25 июля 2000 г.) // Вестник ВАС РФ. 2000. N 9. С. 86).

Определенный комплекс прав и обязанностей товарищей связан и с действием ст. 1044 ГК. Эта статья хотя и носит название "Ведение общих дел товарищей", в действительности проводит разграничение между обязанностями по управлению общими делами и собственно ведению общих дел.

Как и для любого другого коллективного образования, и для простого товарищества важное значение имеет порядок управления им. Отсутствие в простом товариществе общих органов управления означает, что вопросы, связанные с внутренними и внешними для товарищества отношениями, регулируются сообща всеми товарищами. Соответственно, п. 5 ст. 1044 ГК закрепляет правило, в силу которого решение, касающееся общих дел товарищей, должно приниматься по общему согласию. При этом указанная норма предоставляет сторонам возможность предусмотреть в

договоре иное - то, что может затрагивать самые различные вопросы, связанные со способами формирования общей воли товарищей и ее выражения вовне. Прежде всего, имеется в виду решение вопроса о том, необходимо ли в подобных случаях согласие товарищей либо достаточно большинства их голосов. На практике не исключено использование обоих способов. Единогласие является обязательным для решения всех вопросов, кроме точно обозначенных в договоре. В последнем случае определяется порядок подсчета голосов, в том числе по принципу "один товарищ - один голос" либо пропорционально размеру вклада каждого из товарищей (последний вариант применим для случая, когда вклады товарищей являются неравными) <*>.

<*> Гражданский кодекс 1922 г. включал по этому поводу норму, в силу которой при отсутствии иного в договоре большинство голосов должно определяться не по размеру вкладов, а по числу голосов (ст. 281).

При любом способе голосования неизменным остается основной для простого товарищества принцип: каждый из товарищей имеет право на принятие решения по управлению. Различие, таким образом, может затрагивать только порядок реализации товарищами соответствующего права.

Остальные нормы ст. 1044 ГК посвящены совершению товарищами комплекса действий, в которых выражается ведение общих дел. Так, за каждым из них признается равное право на выступление от имени всех товарищей. Соответствующее право закреплено и на этот случай диспозитивной нормой, что дает участникам возможность предусмотреть в договоре порядок ведения дел отдельными участниками либо всеми совместно. В последнем случае на совершение конкретной сделки всякий раз необходимо получение согласия всех остальных товарищей (п. 1 ст. 1044 ГК).

Предоставляемые участнику полномочия, о которых идет речь, предполагаются имеющими одинаковый объем. Это отнюдь не исключает возможности установления в договоре ограничений полученных отдельными товарищами полномочий.

Статья 1044 (п. 2) ГК допускает, как уже отмечалось, удостоверение полномочий товарища на выступление от имени остальных участников либо путем выдачи доверенности, либо включением соответствующего указания в самом договоре простого товарищества при том, что он совершен письменно. Это, в частности, означает, что при совершении сделки от имени остальных товарищей третье лицо, не ознакомившись при отсутствии доверенности с договором, принимает на себя определенный риск последующего оспаривания совершенной сделки кем-либо из товарищей.

Положение участника, который действовал на основе договора простого товарищества, существенно отличается от положения того, чьи полномочия определяются доверенностью. При этом сохраняет свое значение относящееся еще к ГК 1922 г. утверждение В.Н. Шретера: "Поверенный во всякое время может быть лишен доверителем своих полномочий и устранен от ведения дел. Для товарища поручение руководства делом - это не только его обязанность, но и неотъемлемое по договору товарищества право, которого он может быть лишен лишь в случае ненадлежащего исполнения своих обязанностей" <*>.

<*> Шретер В.Н. Указ. соч. С. 158.

Сопоставляя по их значению в указанном смысле доверенность с договорным условием, следует иметь в виду и то, что выдача доверенности сама по себе в отличие от включения соответствующего условия в договор порождает лишь право (но не обязанность) совершить определенные действия от имени остальных товарищей.

При оценке сущности п. 2 ст. 1044 ГК нередко отдается предпочтение условию договора и соответственно утверждается, что "назначение уполномоченного может быть предусмотрено договором простого товарищества, совершенным в письменной форме, или же, если соглашение было заключено в устной форме, удостоверено доверенностью, выданной остальными товарищами" <*>. Между тем наделение полномочиями договором отнюдь не исключает возможности выдачи доверенности. Односторонний характер доверенности как таковой сохраняется во всех случаях, с чем именно связан ее приоритет по отношению к договору. Из этого следует, в частности, что п. 3 ст. 1044 ГК, посвященный последствиям ограничения полномочий, в равной мере относится и к договору, и к доверенности.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. С. 857.

Защищая интересы третьих лиц, помещенное в гл. 55 ГК правило (п. 3 ст. 1044) предусматривает, что применительно к третьим лицам товарищи могут ссылаться на ограничение прав совершившего сделку участника только тогда, когда ими будут приведены достаточные на указанный счет доказательства. Это послужило основанием для того, чтобы признать: "Если товарищи желают предоставить право ведения дел одному или нескольким участникам либо ограничить полномочия кого-либо из них определенным кругом сделок или суммой, на которую может быть совершена отдельная сделка, они должны прямо отразить это в договоре или в доверенности, выдаваемой ими соответствующему товарищу. В противном случае товарищи не вправе ссылаться на подобные ограничения в отношениях с третьими лицами. Это означает, что сделка, заключенная товарищем с превышением предоставленных ему прав на ведение общих дел, будет признана обязывающей всех товарищей, если им не удастся доказать, что в момент заключения сделки контрагент знал об отсутствии у заключившего ее товарища надлежащих полномочий" <*>.

<*> Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 564 - 565.

В результате остается согласиться с тем, что и к товарищу, действовавшему на основе договора простого товарищества, непосредственно применяются, если это не противоречит отдельным нормам гл. 55 ГК, ст. 182 ("Представительство") и ст. 183 ("Заключение сделки неуполномоченным лицом"), другие статьи гл. 10 ГК. В этой связи, отказывая в одном из дел в признании совершенной товариществом с третьим лицом сделки, арбитражный суд сослался на то, что "в соответствии со статьей 1041 ГК РФ простое товарищество не является юридическим лицом, а сторонами договора простого товарищества являются лица, его подписавшие". По указанной причине последствия совершенной сделки были возложены судом на совершившего сделку товарища. Основанием приведенного решения послужила ст. 183 ГК, в силу которой при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица сделка считается совершенной от имени и в интересах того, кто

ее, не обладая необходимыми полномочиями, совершил <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 8. С. 22.

Специальная норма (п. 4 ст. 1044 ГК) посвящена последствиям заключения участником с третьими лицами от имени остальных товарищей сделки, в отношении которой его право на ведение общих дел было ограничено, либо совершения участником сделки в интересах всех товарищей, но от собственного имени. На этот случай установлено, что совершивший сделку участник вправе требовать возмещения произведенных им за свой счет расходов только при условии, если имелись достаточные основания признать соответствующую сделку необходимой в интересах всех товарищей. Остальные товарищи в свою очередь не лишены права требовать возмещения понесенных ими вследствие совершенной сделки убытков от товарища, который ее совершил.

Совместное ведение общих дел является не только правом, но и обязанностью товарищей. Прямое указание на этот счет содержится в ст. 1041 (п. 1) ГК, который включил совместное ведение общих дел в число конституирующих договор простого товарищества признаков. При этом смысл указанного признака состоит в том, чтобы "соединить свои вклады и совместно действовать". Разделительный характер союза "и" позволяет при толковании данной нормы прийти к выводу, что стороны не могут ограничить свои обязанности одним лишь внесением вклада.

О том, какое значение имеют предусмотренные в ст. 1041 ГК договорные обязанности сторон, можно судить применительно к тому, что составляет ведение общих дел товарищей как таковое. В то время как представитель, действующий на основе договора поручения, может отказаться от исполнения поручения лишь при наличии строго определенных обстоятельств, отказ товарища от осуществления предоставленных ему полномочий должен оцениваться помимо прочего и с точки зрения недопустимости противоречия его действий лежащей на нем обязанности по совместному ведению общих дел товарищества, вытекающей из договора.

Одна из обязанностей, непосредственно относящаяся к осуществлению совместной деятельности товарищей, выражается в необходимости содержать общее имущество <*>. А это, в частности, предполагает возмещение товарищу понесенных им расходов, связанных с выполнением указанной обязанности. Существующая на этот счет норма, включенная в п. 4 ст. 1043 ГК ("Общее имущество товарищей"), ограничивается отсылкой к соглашению сторон, которым должен быть определен порядок исполнения ими обеих обязанностей.

<*> Вестник ВАС РФ. 2000. N 5. С. 35 - 37.

При применении приведенной нормы необходимо учесть и действие ст. 1046 ГК ("Общие расходы и убытки товарищей"). Указанная статья помимо аналогичной отсылки по поводу покрытия расходов и убытков к соглашению сторон включила на этот счет еще две нормы. Одна из них диспозитивная, а другая - императивная. Первая на случай недостижения сторонами согласия относительно порядка покрытия связанных с совместной деятельностью расходов и убытков возлагает на каждого из товарищей обязанность нести расходы и убытки, о которых идет речь, пропорционально стоимости его вклада в общее дело. В то же время вторая содержит запрещение

освобождать кого-либо из товарищей от участия в покрытии общих расходов или убытков, предусматривая одновременно, что соглашение относительно полного освобождения кого-либо из товарищей от подобной компенсации признается ничтожным. Приведенное может служить основанием для вывода, в силу которого и диспозитивная норма о последствиях недостижения согласия сторонами на соответствующий счет, и императивная норма о запрещении полного освобождения от компенсации действуют также применительно к отношениям, о которых идет речь в п. 4 ст. 1043 ГК, т.е. к тем, которые выражаются в обязанности содержать общее имущество.

Применительно к договору простого товарищества был и остается теперь действующим принцип, в соответствии с которым "участники товарищества объединяются в целях достижения определенных хозяйственных выгод (прибыли), но вместе с тем совместно несут риск возможных убытков. Там, где условие это не соблюдено, нет и товарищества" <*>.

<*> Вольф Л.М. Указ. соч. С. 115.

Аналогичную позицию занял арбитражный суд в одном из рассмотренных дел. В нем шла речь о том, что при разделе выстроенного дома истец не получил всей причитающейся ему доли, чему ответчик противопоставил ссылку на то, что недоданную часть составляли вспомогательные помещения. Суд, однако, отклонил это возражение ответчика. Соответственно, в решении появилось указание: "Поскольку без вспомогательных помещений (коридоров, лестничных площадок, лоджий, балконов, фойе и т.п.) не может быть построено и использовано административное здание, расходы по их строительству должны возмещать все товарищи по договору, что соответствует требованиям статьи 1046 ГК РФ" (Обзор практики разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве // Вестник ВАС РФ. 2000. N 9. С. 85).

Статья 1045 ГК закрепляет право товарища на информацию, предусматривая одновременно определенную его гарантию.

В силу указанной статьи за каждым участником независимо от того, уполномочен ли он вести общие дела товарищей либо таким правом не обладает, закреплена возможность знакомиться со всей документацией по ведению дел. Без этого он вообще не смог бы участвовать в ведении общих дел, т.е. осуществлять право, которому посвящена ст. 1044. Придавая особое значение праву, имеющему предметом обеспечение информацией, Кодекс установил, что и отказ от него, и ограничение права на информацию, в том числе по соглашению товарищей, в равной мере ничтожны. Праву товарища на получение информации корреспондирует обязанность каждого из остальных товарищей предоставлять информацию, относящуюся к осуществляемой им совместной деятельности.

Применительно к отдельным видам договоров простого товарищества обязанности, связанные с предоставлением информации, включая и такие, которые выходят за границы, определенные договором, и носят тем самым публичный характер, соответствующим образом конкретизируются. Примером может служить ст. 8 Закона "О банках и банковской деятельности" <*>. Ею предусмотрена необходимость ежегодно публиковать консолидированные отчеты о прибылях и убытках. Форма, порядок и сроки подобной информации устанавливаются Банком России. Самим Законом предусмотрена необходимость подтверждения достоверности соответствующих бухгалтерских балансов и отчетов заключением аудитора или аудиторской фирмы. При этом на головную кредитную организацию банковской группы (ст. 43) возлагается обязанность вместе с годовым

отчетом предоставлять Банку России консолидированную отчетность о деятельности банковской группы. Полученная от иных юридических лиц, входящих в состав банковской группы, информация может быть разглашена только в случаях, указанных в самом Законе, либо в тех пределах, в каких это вытекает из обязанности опубликования консолидированной отчетности.

<*> Закон "О банках и банковской деятельности" (в редакции от 19 июня 2001 г.) // СЗ РФ. 2001. N 26. Ст. 2586.

8. Общее имущество товарищей

Статья 1043 (п. 1) ГК выделяет по признаку их происхождения два вида общего имущества товарищей, устанавливая для каждого из них особый режим. Первый из них - внесенное товарищами имущество, находившееся в их собственности, а также то, которое было произведено в результате совместной деятельности, и полученные от этой деятельности плоды и доходы. Все такое имущество, если иное не установлено законом или договором простого товарищества либо не вытекает из существа обязательства, признается находящимся в общей долевой собственности товарищей. Второй вид внесенного товарищами имущества составляет то, которое находилось в их обладании по иному, отличному от собственности праву (например, имущество, которым товарищ обладал на праве аренды). Используемое в интересах всех товарищей, оно признается наряду с находящимся в общей собственности товарищей их общим имуществом. Это имущество продолжает оставаться принадлежащим всем товарищам на том же праве, которое принадлежало ранее внесшему вклад товарищу.

Создание товарищами общей собственности и более широко - общего имущества товарищей служит необходимой основой для учреждения простого товарищества и ведения совместной деятельности, имея в виду под конечной целью совместной деятельности достижение соответствующего результата.

По указанной причине заслуживают внимания возражения О.С. Иоффе против взглядов тех, кто утверждал, будто в рассматриваемом договоре практически нет надобности, поскольку соответствующие вопросы вполне могут быть решены с помощью норм об общей собственности. По мнению О.С. Иоффе, "общая собственность сама по себе предполагает только осуществление собственниками сообща правомочий по владению, пользованию и распоряжению общим имуществом, а не совместной деятельности в общих целях". И далее: "В этом состоит ее (т.е. общей собственности. - М.Б.) отличие от совместной деятельности" <*>.

<*> Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 762.

Содержащееся в п. 1 ст. 1043 ГК указание, в силу которого участником общей собственности выступает прежде всего товарищ, сам являющийся собственником, подлежит распространительному толкованию. Это связано с тем, что наряду с собственником в число товарищей могут входить и носители права хозяйственного ведения или права оперативного управления имуществом.

Имущество может быть передано в виде вклада в общую собственность товарищей при

непременном наличии трех условий.

Одно из них выражается в том, что товарищ, о чем вкладе идет речь, к моменту передачи имущества в долевую собственность сам был его собственником, т.е. обладал соответствующим имуществом на праве собственности. Указанное условие выражает известный со времен римского права принцип: "Nemo plus juris ad alienum transferre potest quam ipse habet". Этому соответствует предусмотренная п. 1 ст. 1043 ГК возможность передачи товарищем и такого имущества, которым он обладает по основаниям, отличным от права собственности, для использования в интересах всех товарищей. В данном случае, даже при отсутствии на этот счет прямых указаний в Кодексе, подобный переход допустим лишь при условии, что он не противоречит закону, договору либо не вытекает из существа обязательства. В качестве примера подобного ограничения можно указать на п. 2 ст. 615 ГК, которым арендатору разрешено передать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу, равно как и передать арендованную вещь в субаренду, только с согласия собственника.

Второе условие связано с возможностью подобной передачи права собственности только тогда, когда это не противоречит закону (имеется в виду, в частности, наличествующее в нем ограничение в принадлежащем товарищу праве собственности) или договору простого товарищества (речь идет о возможности включения в договор условия, по которому товарищ вправе передавать принадлежащее ему на праве собственности имущество в составе вклада лишь в пользование).

Наконец, третье условие сводится к тому, что для передачи товарищем имущества в составе вклада в общую собственность необходимо наличие соответствующего намерения у передающего (animus) <*>.

<*> Включенное в п. 1 ст. 1043 ГК указание, в силу которого участником общей собственности выступает прежде всего товарищ, сам являющийся собственником, подлежит распространительному толкованию. Это связано с тем, что наряду с собственником в указанное число входит и носитель права хозяйственного ведения или права оперативного управления, но лишь в случае, когда на такую передачу получено согласие собственника. Необходимость подобного согласия предусмотрена, в частности, в п. 4 ст. 18 Закона "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях": "Государственное или муниципальное предприятие не вправе без согласия собственника... заключать договор простого товарищества" (СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4746). Как и весь Закон в целом, рассматриваемая норма распространяет свое действие помимо унитарных государственных, муниципальных предприятий также и на казенные предприятия.

Отношения, возникающие между участниками по поводу имущества, находящегося в общей долевой собственности, регулируются нормами гл. 16 ГК, за исключением случаев, когда специальные правила на этот счет включены в гл. 55 ГК либо общие нормы гл. 16 вступают в противоречие с иными особенностями возникших между участниками простого товарищества отношений. Так, хотя участников простого товарищества связывают отношения общей долевой собственности, к ним, в частности, не применяются нормы, предоставляющие такому участнику право свободно, по своему усмотрению (т.е. и без согласия сособственников) распоряжаться своей долей (п. 2 ст. 246 ГК). Другой пример - принадлежащее участнику общей долевой собственности преимущественное право покупки продаваемой доли (ст. 250 ГК). Наконец, нет оснований и для применения нормы, содержащейся в п. 2 ст. 247 ГК, в силу которой участник долевой собственности имеет право на предоставление во владение и пользование части общего имущества, которая

соразмерна его доле, а в случаях, когда это оказалось по каким-либо причинам невозможным, - требовать от других участников, владеющих и (или) пользующихся вместе с ним имуществом, которое приходится на его долю, соразмерной ей компенсации.

Передача имущества в общую собственность товарищей означает среди прочего, что с этого момента риск случайной гибели передаваемой вещи должен нести каждый из них в соответствии со своей долей в общей собственности.

Распоряжение имуществом, составляющим общую долевую собственность товарищей, как предусмотрено ст. 246 ГК, осуществляется по соглашению всех участников. Товарищ, нарушивший указанное требование (об обязательном наличии соглашения), должен нести за это ответственность <*>.

<*> Примером может служить дело по иску конкурсного управляющего АОЗТ к ЗАО и ТОО. Оно возникло в связи с тем, что деньги, полученные от АОЗТ, ЗАО истратило на приобретение от своего имени у ТОО помещения кафе. При этом было установлено, что никаких иных источников, кроме средств, полученных от АОЗТ, для оплаты стоимости кафе у ЗАО не было. С учетом того, что сделка была заключена без согласия второго товарища - АОЗТ, арбитражный суд признал ее недействительной, взыскав с ТОО в пользу истца уплаченную ответчиком за кафе сумму (Вестник ВАС РФ. 2000. N 10. С. 31 - 32).

При утрате товарищем подлежавшей передаче в общее пользование вещи он должен, получив на то согласие остальных участников, произвести замену ее другой вещью или выплатить стоимость пропавшей. В противном случае речь должна идти о признании его отказавшимся от дальнейшего участия в договоре простого товарищества с последствиями, предусмотренными ст. 1050 ГК.

Статья 1043 ГК содержит три нормы, распространяющие свое действие на общее имущество товарищей независимо от того, идет ли речь о праве собственности или об ином праве на соответствующее имущество.

Прежде всего, имеется в виду, что в силу п. 2 ст. 1043 ГК ведение бухгалтерского учета общего имущества товарищей может быть поручено ими одному из участвующих в договоре простого товарищества лицу. Как отмечает Е.А. Суханов, "юридическое обособление общего имущества участников от их личного имущества обычно производится с помощью его самостоятельного бухгалтерского учета на отдельном балансе. Этим объясняется правило п. 2 ст. 1043 Кодекса о возможности поручения учета общего имущества одному из товарищей, который является юридическим лицом, ибо только такой субъект в состоянии открыть для соответствующей цели отдельный баланс. Вместе с тем это имущество остается объектом общей долевой собственности участников и потому используется по их общему (единогласному) решению" <*>.

<*> Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., 1996. С. 256.

Существуют относящиеся к простому товариществу специальные правила ведения лицом бухгалтерского учета, действующие в соответствии со ст. 1043 ГК. Имеется в виду, что такое лицо, выступая на основании полномочий, полученных от остальных товарищей, ведет отдельный

(обособленный) баланс, а также разделительный учет операций, которые связаны с включением его собственной уставной деятельности как юридического лица и одновременно с осуществлением им договора простого товарищества (см.: Терехова В.А. Международные и национальные стандарты бухгалтерского учета и отчетности. М., 2000. С. 246 - 247, 250).

Положение по бухгалтерскому учету "Информация об участии в совместной деятельности" ПБУ 20/03 предусматривает обязанность товарища, ведущего общие дела, в силу ст. 1043 ГК в соответствии с договором простого товарищества обеспечивать обособленный учет операций (на отдельном балансе) по совместно осуществляемой деятельности и операций, которые связаны с выполнением им своей обычной хозяйственной деятельности. При этом показатели отдельного баланса в бухгалтерский баланс ведущего бухгалтерский учет общего имущества товарища включаться не должны. Кроме того, в его обязанность входит также учет имущества, внесенного товарищами в виде их вклада.

Среди таких же единых для общего имущества норм в ст. 1043 ГК можно выделить еще одну. Так, в силу п. 3 указанной статьи пользование общим имуществом должно осуществляться по взаимному согласию участников, а если согласия достигнуто не будет, порядок пользования общим имуществом определяется судом. Приведенная норма воспроизводит п. 1 ст. 247 ГК ("Владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности").

Наконец, третья норма ст. 1043 ГК ограничивается отсылкой по вопросам содержания общего имущества, а также порядка возмещения расходов, которые связаны с выполнением указанных обязанностей, к условиям заключенного сторонами договора.

Распределение прибыли между товарищами. Полученная товарищами при осуществлении совместной деятельности прибыль должна распределяться между ними пропорционально стоимости вкладов в общее дело. Как установлено в самой ст. 1048 ГК ("Распределение прибыли"), правило, о котором идет речь, действует только при условии, если иное не предусмотрено в самом договоре простого товарищества или в ином достигнутом сторонами соглашении. При определении границ действия этой нормы учитывается и то, что получение прибыли представляет собой все же лишь одну из возможных целей простого товарищества. По отмеченной причине есть основания, используя возможность распространительного толкования соответствующей нормы, исходить из того, что она должна действовать при распределении любого положительного результата, полученного в ходе совместной деятельности. Имеется в виду, например, распределение по долям собранного урожая, добытых природных ресурсов, вырученных от продажи выстроенного здания сумм и т.п. При этом в зависимости от делимости результата речь может идти о реальных или идеальных его долях.

Статья 1048 ГК создает определенную гарантию равенства сторон в рассматриваемом договоре. Имеется в виду признание ничтожным соглашения об устранении кого-либо из товарищей от участия в прибыли.

9. Ответственность сторон в договоре простого товарищества

Поскольку простое товарищество не является юридическим лицом, ответственность могут нести только сами товарищи и только принадлежащим им имуществом, включая их доли в общем имуществе товарищей.

Кодексом предусмотрены различные решения вопроса об ответственности в зависимости от того, возникает ли она из внешних или внутренних отношений. Имеется в виду, что в первом случае речь идет об ответственности товарищей перед третьими лицами, а во втором - друг перед другом.

Первому виду ответственности посвящена прежде всего ст. 1047 ГК. Уже в самом ее названии ("Ответственность товарищей по общим обязательствам") усматривается, что речь идет об ответственности внешней.

Решения в указанной статье определенным образом дифференцируются. Исходное значение имеет характер осуществляемой по договору простого товарищества деятельности: может ли она быть отнесена к числу предпринимательской. При отрицательном ответе на поставленный вопрос применению подлежит п. 1 ст. 1047. В нем содержатся различные решения, зависящие от того, основаны ли отношения между товарищами и третьими лицами на заключенном между ними договоре либо возникли из иного, недоговорного основания. В первом случае ответственность товарищей является долевой: каждый из них отвечает по общим долевым обязательствам всем своим имуществом пропорционально стоимости их вклада в общее дело. В остальных случаях, когда отношения участников с третьими лицами носят недоговорный характер, ответственность товарищей по общим обязательствам носит солидарный характер.

Присущий предпринимательской деятельности особый риск (п. 1 ст. 2 ГК) нашел отражение и в п. 2 ст. 1047 ГК. В нем предусмотрено на случай, когда договор простого товарищества связан с осуществлением участниками предпринимательской деятельности, что их ответственность по общим обязательствам независимо от оснований возникновения обязательства перед третьими лицами признается солидарной. Тем самым на товарищей перелagается риск того, что у кого-либо из них не хватит имущества на покрытие падающей на него ответственности.

В ГК выделен еще один случай, при котором наступает солидарная ответственность участников. Имеется в виду, что вне зависимости от характера осуществляемой товарищами деятельности (является ли она предпринимательской или нет) их ответственность признается солидарной на случай прекращения договора простого товарищества. Подобная ответственность распространяется на все не исполненные к моменту прекращения договора общие обязательства товарищей (п. 2 ст. 1050 ГК "Прекращение договора простого товарищества").

Если ответственность товарищей перед третьими лицами признается солидарной, вступает в действие ст. 325 ГК с ее общими для солидарных обязательств положениями. Из нее следует, что при солидарном обязательстве на стороне товарищей за третьим лицом признается право требовать исполнения полностью, либо в части долга, адресовав это свое требование любому из товарищей либо всем вместе. В тех случаях, когда третьему лицу не удалось получить полного удовлетворения от одного из солидарно ответственных товарищей, оно вправе заявить требование о взыскании недополученного от остальных товарищей (любого из них). При этом обязательства солидарных должников сохраняют силу вплоть до того, как общий долг будет погашен в полном объеме (ст. 323 ГК).

ГК предусмотрена еще одна гарантия для третьих лиц. На этот раз она призвана обеспечить реальную возможность обратиться с взысканием по личным долгам товарища на соответствующую часть его имущества. Речь идет о закрепленном в ст. 1049 ГК праве кредитора товарища предъявлять требование о выделе доли в общем имуществе товарищества. Поскольку речь идет о доле в общем имуществе, соответствующая статья содержит отсылку к ст. 255 ГК ("Обращение взыскания на долю в общем имуществе"). Имеется тем самым в виду, что по требованию кредитора участника вначале

должно быть обращено взыскание на иное имущество товарища. И лишь если окажется, что этого недостаточно, должна быть выделена (по требованию кредитора) доля должника в общем имуществе. При невозможности это сделать, равно как и в случаях, когда против этого возражают остальные участники, кредитор вправе потребовать продажи, притом с публичных торгов, должником своей доли остальным участникам по цене, соразмерной рыночной стоимости доли <*>. Особо выделены правила, регулирующие ответственность участников, если простое товарищество продолжает существовать, несмотря на выбытие из него некоторых участников. Статья 1053 ГК ("Ответственность товарища, в отношении которого договор простого товарищества расторгнут"), опять же в интересах третьих лиц, предусмотрела: если договор простого товарищества не был прекращен в результате заявления кого-либо из товарищей об отказе от дальнейшего в нем участия либо был расторгнут по требованию одного из товарищей, тот из них, чье участие в договоре прекратилось, продолжает нести ответственность перед третьими лицами по общим обязательствам, если только они возникли в период его участия в договоре. Ответственность в этом случае наступает так, как если бы такой товарищ вообще не выбывал из договора о простом товариществе. Это означает, что в зависимости от характера совместной деятельности товарищей (является ли она предпринимательской или нет) ответственность выбывшего товарища по отношению к остальным будет соответственно долевой или солидарной.

<*> В этом, равно как и в других случаях, когда в специальной норме содержится указание на "рыночную стоимость", может быть, если иное не указано в других специальных нормах, по аналогии применена ст. 40 Налогового кодекса. Эта статья признает рыночной ценой товара (работ, услуг) цену, сложившуюся при взаимодействии спроса и предложения на рынке идентичных (а при их отсутствии однородных) товаров (работ, услуг) в сопоставимых экономических (коммерческих) условиях.

Все то, о чем шла речь, относится к ответственности товарищей перед третьим лицом. Наряду с этим каждый из них как участник договора простого товарищества несет ответственность за нарушение договорных обязательств перед остальными товарищами. В этих случаях "специфика отношений простого товарищества не перечеркивает содержащегося в ст. 393 ГК РФ общего положения, согласно которому лицо, не исполнившее или ненадлежаще исполнившее свою обязанность, несет имущественную ответственность перед другими сторонами. Это значит, что, если убытки причинены простому товариществу одним из товарищей, они должны возмещаться неисправным товарищем, а не распределяться между всеми сторонами" <*>. Такая ответственность регулируется общими нормами об обязательствах. В зависимости от того, имело ли место неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства при осуществлении предпринимательской деятельности или нет, ответственность товарища наступает либо только при его виновных, либо не только при виновных, но также и невиновных действиях (ср.: п. 1 и п. 3 ст. 401 ГК "Основания ответственности за нарушение обязательств"). В первом случае используются для привлечения участника к ответственности субъективные критерии. При этом, как в свое время отмечал В.Н. Шретер, специфика такой ответственности применительно к договору простого товарищества состоит в том, что "в товариществе требуется проявление активности. Дело не в возможности исполнения, а в проявлении надлежащей заботливости. Принимая во внимание общность товарищеского дела, практика, несомненно, должна будет принять в таком случае во внимание признак заботливости, проявляемой участником в собственных делах" <***>. Если же речь

идет о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства при осуществлении предпринимательской деятельности, ответственность при отсутствии иного в законе или договоре носит объективный характер, т.е. наступает независимо от вины участника <***>.

<*> Романец Ю.В. Договор простого товарищества и подобные ему договоры (вопросы теории и судебной практики) // Вестник ВАС РФ. 1999. N 12. С. 112. В подтверждение автором приведено дело, в котором шла речь о распределении между сторонами суммы удорожания строительства между всеми участниками. В нем суд признал, что "поскольку удорожание строительства вызвано действиями одного из участников, просрочившего передачу строительных материалов, именно он должен возмещать причиненные этим убытки" (Там же).

<***> Шретер В.Н. Указ. соч. С. 157.

<****> Считая указанную особенность договора простого товарищества недостаточно выражающей его индивидуальность, В.Н. Шретер назвал этот договор не просто "личным", а "интимным" (Там же. С. 158). В то же время В.Ю. Вольф, подчеркивая, что рассматриваемый договор обладает "особенностями персонального свойства", выделял особо его фидуциарность (Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 38).

Специальные правила действуют в отношении обязанностей участников, носящих фискальный характер. Так, в соответствии со ст. 180 Налогового кодекса налогоплательщики - участники договора простого товарищества несут солидарную ответственность за неисполнение обязанностей по уплате налогов по операциям, которые укладываются в рамки договора простого товарищества. Гарантией исполнения соответствующих обязанностей служит обязательность постановки участников простого товарищества на учет в налоговом органе <*>.

<*> См.: Приказ Министерства РФ по налогам и сборам от 1 ноября 2000 г. // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2001. N 1. С. 42 и сл.

10. Прекращение договора простого товарищества

Глава 55 ГК содержит специальные по отношению к гл. 29 ГК ("Изменение и расторжение договора") правила, относящиеся к договору простого товарищества. Общие основания, порядок и последствия прекращения договора простого товарищества определены в ст. 1050 ГК. В этой статье содержится семь оснований прекращения договора. Определенную их группировку предложил, имея в виду эту статью, А.Б. Савельев: "Указанные основания прекращения договора простого товарищества можно условно подразделить на три группы: 1) основания, связанные с правосубъектностью сторон (к ним относятся смерть участника, объявление его недееспособным, ограничено дееспособным или безвестно отсутствующим, ликвидация или реорганизация участвующего в договоре юридического лица); 2) основания имущественного характера (объявление участника несостоятельным (банкротом) или выдел его доли по требованию кредитора); 3) основания, связанные с волеизъявлением участника (отказ от договора, расторжение договора по требованию стороны)" <*>.

<*> Савельев А.Б. Указ. соч. С. 321.

Есть основания использовать более полно соответствующую классификацию <*>.

<*> По поводу такого же набора оснований прекращения договора в ГК 1922 г. обращалось внимание на то, что "законные поводы для прекращения товарищества коренятся или в самом товариществе, или же в товарищах. Вторая категория причин опять-таки распадается на две группы: а) причины, приводящие к прекращению товарищества непосредственно, ipso facto; б) причины, посредственно влияющие на прекращение товарищества" (Комментарий к ГК РСФСР / Под ред. С. Александровского. М., 1928. С. 348).

В перечне оснований прекращения договора простого товарищества, содержащихся в указанной статье ГК, выделяются прежде всего те, которые связаны с судьбой лица - физического или юридического, выступающего стороной в договоре. Речь идет о случаях объявления участника-гражданина недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим (1), либо об объявлении кого-либо из участников несостоятельным (банкротом) (2), либо о смерти участника или ликвидации или реорганизации участвующего в договоре простого товарищества юридического лица (3). Из четырех оставшихся оснований выделяются два, их отличает то, что они наступают по воле товарищей. Имеются в виду отказ кого-либо из них от дальнейшего участия в бессрочном договоре простого товарищества или расторжение договора простого товарищества, заключенного с указанием срока его действия, по требованию одного из товарищей в отношениях между ним и остальными товарищами. Могут быть названы и еще два основания прекращения договора, которые от воли товарища (товарищей) не зависят. Речь идет об истечении срока договора <*>, а также о выделе доли товарища по требованию его кредитора <***>.

<*> Арбитражная практика признает, что фактическое продолжение договорных отношений и после даты окончания срока действия договора означает его пролонгацию на неопределенный срок. Пример: дело Высшего Арбитражного Суда РФ N 136 от 13 мая 1997 г. (см.: Сарбаш С.В. Арбитражная практика по гражданским делам. М., 2003. С. 849).

<***> Вестник ВАС РФ. 2000. N 9.

Применительно ко всем таким влекущим прекращение договора основаниям, кроме истечения срока, действуют определенные ограничения. Имеется в виду, что при указанных обстоятельствах прекращение договора не может произойти, если только в нем или в заключенном впоследствии соглашении установлено, что договор сохраняет силу в отношениях между остальными товарищами (разумеется, указанная оговорка может быть использована лишь тогда, когда товарищество насчитывает не менее трех участников).

На случай смерти товарища либо ликвидации или реорганизации юридического лица п. 1 ст. 1050 предусмотрел, что договором или соглашением может быть предусмотрено сохранение простого

товарищества при условии замещения выбывшего участника его правопреемником (наследником).

Естественно, что эта последняя норма не действует применительно к такому основанию, как ликвидация, которая как таковая исключает правопреемство.

Во всех случаях, при которых выбытие из товарищества не предполагает правопреемства, прекращение договора в отношении одного из участников не затрагивает интересы кредиторов, поскольку долги выбывшего товарища распределяются между оставшимися. Что же касается особых правил, относящихся к последствиям смерти участника и ликвидации либо реорганизации юридического лица, то в подобных случаях речь идет прежде всего о защите интересов как оставшихся товарищей (прямо), так и третьих лиц - кредиторов (косвенно). Имеется в виду, что, "если расторжение договора простого товарищества в отношении одного из товарищей не влечет за собой прекращения этого договора в отношении остальных товарищей, выбывающий участник лишается возможности получить вещные права на будущий результат совместной деятельности. Кроме того, в этом случае стороны (или суд, если участник исключается из договора в судебном порядке) должны оценить его долю в общем имуществе на момент расторжения договора и произвести ее реальный выдел" <*>.

<*> Романец Ю.В. Договор простого товарищества и подобные ему договоры (вопросы теории и судебной практики) // Вестник ВАС РФ. 1999. N 2. С. 109.

В действующем ГК отсутствуют нормы, определяющие основания и последствия исключения участника из товарищества. В подобных случаях вступает в действие ст. 450 (п. 2) ГК, которая предоставляет участникам неограниченную возможность предусмотреть в договоре любые основания для его прекращения или изменения решением суда по требованию одной из сторон. Вместе с тем целесообразно в будущем даже при наличии приведенной общей нормы все же включить в гл. 55 ГК основания и порядок обращения в суд с подобными требованиями. Соответствующим специфике складывающейся ситуации было бы указание на возможность исключения из числа участников простого товарищества лишь при согласии остальных товарищей <*>.

<*> Нормы, посвященные исключению из простого товарищества, содержались в Проекте Гражданского уложения России. Основанием для исключения должны были служить неисполнение товарищем лежащих на нем обязанностей либо допущенная им недобросовестность в управлении делами товарищества. При этом предполагалось, что "требование товарищей о выделении виновного товарища должно быть обращено в случае несогласия такого товарища подчиниться этому требованию подлежащему суду, но так как это само собой разумеется, то проектируемая статья об этом и не упоминает" (Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательства. Т. IV. С объяснениями. Ст. ст. 179 - 921. С. 584).

Статья 1050 ГК устанавливает общие, распространяющиеся на все случаи прекращения договора простого товарищества последствия.

Имеется в виду прежде всего правило, направленное одновременно на защиту интересов как самих товарищей, так и третьих лиц. Оно сводится к тому, что, как уже отмечалось, с момента

прекращения договора товарищи несут солидарную ответственность по неисполненным общим обязательствам.

С учетом специфики договора простого товарищества, прежде всего его фидуциарности, законодатель ограничил осуществление права требовать возврата переданной индивидуально-определенной вещи (ст. 1050 ГК). Указанное последствие наступает лишь при условии соблюдения интересов всех остальных товарищей и кредиторов. По указанной причине последние наделены правом представить в подобных случаях соответствующие на этот счет возражения. По вопросу о порядке раздела имущества, которое находилось в общей собственности товарищей, и возникшего у них общего права требования в ст. 1050 ГК включена отсылка к общим нормам ГК. Имеется в виду порядок, который содержится в ст. 252 ГК ("Раздел имущества, находящегося в долевой собственности, и выдел из него доли"). Установленные этой статьей правила основаны на учете сравнительной значимости подлежащих защите интересов сторон. В частности, речь идет о праве участника долевой собственности требовать выдела своей доли на основе соглашения между участниками о способе и условиях раздела общего имущества или выдела доли одного из товарищей. На случай недостижения согласия между товарищами предусмотрено право требовать в судебном порядке выдела своей доли в натуре. Если же выдел в натуре законом, в частности, не допустим - если это оказывается невозможным без несоразмерного ущерба имуществу, которое находится в общей собственности, допускается взамен этого право требовать выплаты другими участниками стоимости его доли. В той же статье есть и некоторые другие правила, которые могут быть применены в соответствующих случаях по отношению к имуществу, являющемуся общей собственностью товарищей.

При прекращении договора простого товарищества вещи, переданные участником в состав общего имущества с сохранением за ним права собственности (имеется в виду, в частности, передача вещей в аренду), после расчетов с кредиторами должны быть возвращены тому из товарищей, который их предоставил. Сумма не выплаченной товарищу арендной платы, платы за пользование и т.п. выплате не подлежит, если только стороны между собой не предусмотрели иное <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2000. N 9. С. 89.

Особо выделены две ситуации, в которых идет речь о порядке расторжения договора простого товарищества.

Первая из них - ст. 1052 ГК ("Расторжение договора простого товарищества по требованию стороны"). Указанная статья рассчитана на договоры, существование которых определенным образом ограничено во времени. Речь идет о договорах с обозначенным в них сроком действия либо таких, в которых предусмотренная цель (ее достижение либо, напротив, недостижение) имеет значение отменительного условия. В договорах, отвечающих приведенным требованиям, за каждым из товарищей закреплено право на расторжение договора (между собой и остальными товарищами). Такое право возникает только при наличии признанных уважительными причин и включает в себя обязанность товарища, заявившего такое требование, возместить остальным товарищам реальный ущерб, который был им причинен расторжением договора.

Вторая относящаяся к данному вопросу статья - ст. 1051 ГК ("Отказ от бессрочного договора простого товарищества"). Она посвящена праву товарища в таком договоре на заявление о своем

отказе от него, что в п. 3 ст. 450 ГК именуется "односторонним отказом от исполнения договора полностью или частично". Товарищ должен заявить о таком своем отказе не позднее трех месяцев до его предполагаемого выхода из договора. Подтверждением особого значения соответствующего права можно считать включенное в ГК указание на признание ничтожным соглашения об ограничении права, о котором идет речь.

Отказ от договора простого товарищества с участием двух сторон автоматически влечет прекращение договора. Если же в договоре участвуют три и более стороны, отказ может влечь за собой при определенных условиях в качестве возможного варианта продолжение действия договора в отношениях между остальными товарищами.

Хотя ГК содержит только в ст. 1052 отсылку к п. 2 ст. 450 ("Основания изменения и расторжения договора"), это не исключает возможности субсидиарного применения норм последней статьи и к отношениям, предусмотренным в ст. 1051 ГК. Норма, которая служит адресатом подобной отсылки, предусматривает возможность изменения или расторжения судом договора по требованию одной из сторон при существенном нарушении договора другой стороной, а также в иных случаях, предусмотренных Кодексом, другими законами или договором. При этом существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что вправе была рассчитывать при заключении договора.

В числе других субсидиарно применяемых к одностороннему расторжению и изменению договора норм следует указать, в частности, и на п. 2 ст. 452 ГК ("Порядок изменения и расторжения договора"). Им предусмотрена возможность заявления стороной в суде соответствующего требования - об изменении или расторжении договора лишь после того, как будет получен отказ другой стороны на сделанное предложение изменить или расторгнуть договор либо не последует вовсе ответа второй стороны на такое предложение в срок, указанный в нем, либо установленный законом или договором; такой срок считается равным 30 дням при отсутствии иного в законе или договоре.

11. Договоры о негласном товариществе и некоторые другие виды договора простого товарищества

А) Договор о негласном товариществе - особая разновидность договоров простого товарищества, специально урегулированная в самом Гражданском кодексе.

Рассматриваемый договор впервые появился в российском законодательстве лишь в действующем ГК. Это, однако, не исключило того, что на практике он использовался и ранее <*>. Так, в частности, континентальному праву указанный вид договоров простого товарищества был известен достаточно давно. Во всяком случае и Французский гражданский кодекс, и Германское торговое уложение особо выделяют этот вид договоров. В обоих указанных источниках речь идет о самостоятельных договорах, при этом используемые в них модели существенно отличимы.

<*> См.: Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 23; Монасевич М. Условия долевого участия и негласные товарищества // Право и жизнь. 1926. N 9 - 10; Рейнке Н.И. Негласное участие в чужом предприятии по советскому праву // Право и жизнь. 1926. N 4 - 5. С. 29; Брауде И.Л. Так называемые "негласные" товарищества // Право и жизнь. 1925. Кн. 6. С. 23 и сл.

Во Французском гражданском кодексе (ФГК) негласное товарищество (De la Societe en Participation) выделено в ст. ст. 1871 - 1873 (в ред. Закона N 78-9 от 4 января 1978 г.), составляющие в разделе, посвященном товариществу, главу "О товариществе, основанном на совместной деятельности участников, не обладающих правоспособностью" (De la Societe civile). Негласное товарищество возникает в случае, когда его участники договорятся, что оно не будет зарегистрировано. Такое образование не считается юридическим лицом и не подлежит оглашению. При этом каждый из участников негласного товарищества признается собственником своего вклада. В отношениях с третьими лицами он должен выступать от имени, неся перед ними самостоятельную ответственность. В тех же случаях, когда участники открыто действуют перед третьими лицами в качестве членов товарищества, ответственность перед третьими лицами, солидарную или долевую (в зависимости от того, идет ли речь о торговом или соответственно гражданском товариществе), должны нести все товарищи <*>.

<*> Можно указать на близость французской модели к такой же, предусмотренной в ГК Квебека. В этом последнем в главе "О договорах товарищества и ассоциациях" наряду с полным товариществом, командитным товариществом и ассоциациями выделено негласное товарищество. Его особенностью, в частности, является выступление каждого из товарищей от своего имени с самостоятельной ответственностью перед третьими лицами.

В Германском торговом уложении негласное товарищество (Stille Gesellschaft) включено во вторую книгу - "Торговые товарищества и негласные товарищества". Суть последней состоит в том, что одно лицо ("негласный участник") участвует в торговом промысле, который ведет его контрагент - собственник торгового дела, внося для этой цели определенный имущественный вклад. Собственник единолично становится носителем прав и обязанностей по сделкам, которые заключены им при ведении дела. "Негласный участник" в свою очередь приобретает права на соответствующую часть прибыли (если объем указанной части в договоре не обозначен, он определяется "соразмерно обстоятельствам"). В случае, когда иное не указано в договоре, "негласный товарищ" участвует в несении убытков в пределах сделанного им либо оставшегося невнесенным вклада. Среди других особенностей негласного товарищества, позволяющих отличить его от простого товарищества, заслуживает быть выделенным то, что не завершенные на момент прекращения товарищества сделки подлежали завершению исключительно самим собственником с тем, что "негласный участник" участвовал в подобных случаях в прибылях и убытках. "Негласный участник", отстраненный от ведения дел, не обладает некоторыми правами, принадлежащими в подобных случаях обычному простому товариществу (имеется в виду возможность лично знакомиться с положением дел товарищества, проверять деловые бумаги и бухгалтерские книги товарищества, получая тем самым представление о состоянии дел товарищества) <*>.

<*> Vaumbach-Duden. Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht. Band G. Munchen, 1974. S. 557 etc. Пример негласного товарищества, близкого к германской модели, приводил в свое время И.Л. Брауде: "Районное объединение сельскохозяйственной кооперации заключает договор с государственным заводом, состоящим на хозяйственном расчете, согласно которому передает заводу, по заранее условленной цене, заготовленное кооперацией сырье для переработки с тем, что готовая продукция реализуется Госзаводом, и вырученная от продажи сумма соответствующей частью

прибыли возвращается кооперации". При этом автор последовательно отвергал возможность смешения такого договора с близкими договорными конструкциями - подряда, поручения и займа, и все же в конечном счете признал его разновидностью подряда (Брауде И.Л. Указ. соч. С. 23 - 24).

В самом общем виде различие между германской и французской моделями негласного товарищества можно усмотреть в том, что первая опосредствовала отношения в чужом, а вторая - в своем деле, на создание которого и осуществление в его рамках совместной деятельности направлены усилия товарищей. По этой причине более близкой действующему ГК является, пожалуй, французская модель.

Единственная в гл. 55 действующего ГК РФ ("Простое товарищество") статья, посвященная рассматриваемому договору (ст. 1054 "Негласное товарищество"). Она содержит указание прежде всего на конститутивный признак данного договора. Имеется в виду, что его существование не раскрывается для третьих лиц. Из приведенного вытекает, что отсутствие в заключенном договоре товарищества указания на этот признак исключает возможность считать такой договор договором негласного товарищества. По этой причине выделение в п. 1 ст. 1054 ГК того, что соответствующее условие "может быть предусмотрено в договоре", является в действительности не возможным, а непременным признаком рассматриваемого договора, без которого к заключенному договору не может применяться установленный той же статьей для договоров негласного товарищества специальный правовой режим.

Соответствующий признак негласного товарищества подвергался критической оценке. Так, И.Л. Брауде считал неудачным уже сам перевод "Stille Gesellschaft" как "негласное товарищество". Он объяснял это тем, что в "понятии "негласное" есть что-то тайное, скрывающее настоящие отношения. Между тем эти товарищества не тайные, а вполне "гласные", видимые в противовес товариществу на вере, являющегося измененным видом полного товарищества" <*>.

<*> Брауде И.Л. Указ. соч. С. 24.

Отмеченное все же не умаляет значения самого соответствующего признака. В действительности с вопросом о том, знало или не знало третье лицо о существовании товарищества, связаны имеющие принципиальное значение последствия. Правовой режим негласного товарищества особый, и он может быть применен к отношениям по сделкам с третьими лицами лишь в зависимости от того, знало ли лицо, с кем оно совершило сделку - с конкретным лицом как таковым или с участником простого товарищества <*>. Поскольку негласное товарищество - только вид простого товарищества <***>, отсутствие у заключенного договора названного признака - "негласности" - не исключает возможность признания такого договора обычным договором простого товарищества с соответствующими последствиями.

<*> "Третье лицо, - отмечает А.Б. Савельев, - имеет дело только с гласным товарищем, оценивает только его как контрагента и потому не может быть обмануто только в силу какой-то особенности негласного товарищества... Негласным это товарищество является только для третьих лиц - участников оборота, а не для налоговых и иных государственных органов в силу того, что негласность товарищества не освобождает его в установленных случаях от обязанности вести учет и

представлять отчетность" (Савельев А.Б. Указ. соч. С. 329).

<*> В подтверждение можно, в частности, сослаться на то, что на товарищей, в том числе участников негласного товарищества, распространяются общие положения, устанавливающие порядок ведения учета и отчетности. А сам этот порядок в свою очередь призван обеспечить определенную степень прозрачности, создающую возможность осуществления соответствующими органами возложенных на них фискальных и иных контрольных функций.

Статья 1054 ГК содержит три нормы, из числа которых первая носит общий характер, позволяя определить, что представляет собой договор "негласного товарищества" и каковы условия применения правового режима, установленного для такого договора.

Две другие нормы той же статьи формируют особый правовой режим негласного товарищества. При этом одна из них распространена на отношения внешние, а другая - внутренние отношения между товарищами. Так, в силу п. 2 ст. 1054 ГК в отношениях с третьими лицами каждый из участников негласного товарищества, совершая сделку от своего имени, но в общих интересах товарищей, отвечает всем своим имуществом. В то же время п. 3 этой же статьи, имея в виду обязательства, возникающие между товарищами в ходе осуществляемой ими совместной деятельности, рассматривает их как общие.

Указанные две нормы ст. 1054 ГК имеют тем самым исходное значение для решения широкого круга вопросов, которые могут возникнуть в ходе исполнения заключенного договора негласного товарищества <*>.

<*> О различных видах объединенных единым термином - "негласное товарищество" образований, используемых Кодексами 1922 и 1964 гг., см.: Брауде И.Л. Указ. соч. С. 23 - 36, а также: Рейнке Н.Н. Указ. соч. С. 29.

Отдавая приоритет включенным в него нормам, п. 1 ст. 1054 ГК предусматривает, что к договору о негласном товариществе применяются правила о договоре простого товарищества, помещенные в гл. 55 ГК, кроме случаев, когда иное предусмотрено самой статьей, о которой идет речь, или вытекает из существа негласного товарищества.

Закрепленные в п. п. 2 и 3 ст. 1054 ГК нормы являются императивными. Тем самым соответствующие правила должны рассматриваться как особые условия договора негласного товарищества. Соответственно, то обстоятельство, что приведенные правила устанавливают прямую ответственность перед третьими лицами только того из товарищей, который от своего имени и в общих интересах совершает сделку с третьим лицом, приобретает значение неперемennого элемента правового режима договора негласного товарищества. По этой же причине представляется, на наш взгляд, нуждающимся в некотором уточнении относящееся к договору негласного товарищества признание того, что "возможна и общая ответственность товарищей, если они раскрыли контрагентам существо товарищества" <*>. Имеется в виду, что общая ответственность может существовать лишь в обычном договоре простого товарищества. Все дело в том, что при определенных условиях заключенный сторонами договор негласного товарищества трансформируется в обычный договор простого товарищества. Это происходит тогда, когда третье лицо в момент совершения сделки уже знало, о каком договоре идет речь. По отмеченной причине для признания, например, возможным

установления общей ответственности третье лицо должно доказать, что знало о существовании между сторонами обычного договора простого товарищества в момент совершения сделки. Бремя доказывания данного обстоятельства, таким образом, ложится на третье лицо.

<*> Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 568.

То обстоятельство, что каждый из участников договора негласного товарищества выступает в отношениях с третьим лицом от своего имени, неся непосредственно перед ним ответственность, позволяет признать за товарищем, совершившим сделку, возможность при определенных условиях предъявить к остальным товарищам регрессное требование. В связи с отсутствием прямых указаний в ГК на этот счет есть основания считать такую регрессную ответственность, руководствуясь ст. 1047 ГК в зависимости от обстоятельств, предусмотренных в этой статье, долевой или солидарной.

Отличает договор негласного товарищества среди прочего и более узкий круг специальных прав и обязанностей его участников. В этой связи справедливо отмечено, что "в отличие от обычного договора простого товарищества (гражданского или торгового), участники которого обязуются совместно действовать для достижения поставленной цели, главным признаком негласного товарищества следует считать возможность ограничения участия отдельных лиц в товариществе лишь взносом вклада" <*>.

<*> Гражданское право. Т. 1. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 326.

При всем том сделанный из приведенного положения вывод: "Поэтому негласное товарищество правильнее было бы называть "простое товарищество на вере" или "простое командитное товарищество" <*>, - представляется спорным, хотя такая точка зрения и получила в свое время определенное распространение в литературе <***>. Основанием для подобного сомнения может служить прежде всего та особенность негласного товарищества, что оно, подобно любому иному простому товариществу, не является юридическим лицом, в то время как товарищество на вере наделено гражданской правосубъектностью. В дополнение к этому можно отметить и другое различие. Речь идет о том, что в негласном товариществе правила об ответственности, закрепленные в ст. 1054 ГК, являются общими для всех участников простого товарищества, в то время как в товариществе на вере, и это также составляет один из конститутивных признаков последнего, существуют две категории участников (полные товарищи и вкладчики) с четко обозначенными для каждой пределами ответственности.

<*> См.: Гражданское право. Т. 1. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 326.

<***> См.: Брауде И.Л. Указ. соч. С. 24; Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 57 - 59; Мейер Д.И. Указ. соч. С. 542.

Модель простого товарищества оказалась весьма приспособленной к современным экономическим условиям страны. Отмеченное нашло выражение не только в количестве

заключенных договоров простого товарищества, но и в разнообразии используемых при этом их видов.

В настоящее время за пределами гл. 55 Гражданского кодекса с ее договором негласного товарищества законодательство регулирует немало и других договоров, представляющих собой особые разновидности договора простого товарищества. Примерами могут служить по крайней мере три таких договора простого товарищества: договор о финансово-правовых группах, договор о банковских группах и банковских холдингах, договор о страховых пулах.

Б) Договор о создании финансово-промышленных групп. В литературе выделены три основные цели создания таких групп. Во-первых, восстановление - там, где это возможно, - ранее существовавших технологических, кооперационных взаимосвязей с прежними партнерами для производства той или иной продукции. Во-вторых, установление таких связей с новыми партнерами на основе экономической целесообразности либо объединение усилий ряда производителей для расширения рынков сбыта товаров и услуг. В-третьих, привлечение инвестиций и целенаправленное их использование <*>.

-

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Федеральному закону "О финансово-промышленных группах" (постатейный) В.Н. Петухова включен в информационный банк согласно публикации - Юстицинформ, 2002.

-

<*> См.: Петухов В.Н. Комментарий к Закону "О финансово-промышленных группах". М., 1998. С. 15.

Закон о финансово-промышленных группах (ст. 2) признает соответствующее образование совокупностью юридических лиц, действующих как основное и дочерние общества, либо полностью или частично объединивших свои материальные и нематериальные активы (система участия) на основе договора о создании финансово-промышленной группы в целях технологической или экономической интеграции, для реализации инвестиционных и иных проектов и программ, направленных на повышение конкурентоспособности и расширение рынков сбыта товаров и услуг, повышение эффективности производства, создание новых рабочих мест.

Участниками финансово-промышленной группы могут быть как коммерческие, так и некоммерческие организации (кроме общественных и религиозных), наделенные правами юридического лица. При этом непременным является участие в составе финансово-промышленной группы организаций, действующих в сфере производства товаров, работ и услуг, а также банков или иных кредитных организаций. Это последнее требование в известной мере вытекает уже из наименования соответствующих образований ("финансово-промышленные"). Особо выделена в Законе возможность участия в финансово-промышленной группе различного рода инвестиционных образований: страховых организаций, негосударственных и иных фондов и др. Однако лишь при условии, что такое участие связано с ролью указанных организаций в обеспечении инвестиционного процесса в группе.

Именно во избежание "конфликта интересов" сторон в таком договоре, как уже отмечалось, Закон (ст. 3) и исключил возможность участия одного и того же юридического лица в двух и более финансово-промышленных группах.

Финансово-промышленная группа подлежит государственной регистрации, которую осуществляет Министерство экономического развития РФ в установленном Законом (ст. 5) порядке. Сведения о произведенной регистрации отражаются в едином банке данных, ведение которого входит в компетенцию соответствующего государственного органа (ст. 9 Закона) <*>.

<*> СЗ РФ. 1995. N 49. С. 4697.

Определяя значение обязательной государственной регистрации финансово-промышленных групп, Е.А. Суханов подчеркивает то, что она "имеет не гражданско-правовое, а административно-правовое значение, будучи основанием для получения соответствующих правительственных льгот" (Комментарий к части второй Гражданского кодекса для предпринимателей. С. 255).

Уже само легальное определение финансово-промышленной группы позволяет выделить две четко обозначенные модели. Первая предполагает включение в финансово-промышленную группу основного и дочерних обществ. Соответственно, участниками такой финансово-промышленной группы становятся те, между кем уже существует определенная юридическая связь, порожденная их взаимным положением. О значении отмеченной связи можно судить по тому, что в подобном случае роль центральной компании финансово-промышленной группы играет в соответствии с Законом (ст. 11) именно основное общество. Подобная модель не укладывается в обычные рамки простого товарищества уже в силу того, что создание финансово-промышленной группы и в целом обретение основным товариществом одновременно положения наделенной определенными полномочиями центральной компании не предполагают объединения имущества участниками, т.е. того, что как раз и служит признаком простого товарищества.

В литературе обращалось внимание на то, что "не составляют простого товарищества... финансово-промышленные группы, состоящие исключительно из основных (материнских) и дочерних компаний, если они не связаны между собой специальным договором об управлении (ср. ст. 105 ГК), также по сути являющимся разновидностью простого товарищества" <*>. Подобная оговорка по отношению к не вызывающему сомнений общему выводу о невозможности рассматривать финансово-промышленную группу с участием основной (материнской) и дочерней компании в качестве простого товарищества, пожалуй, является излишней. Имеется в виду, что "управленческий договор" обладает самостоятельным по отношению к договору о создании финансово-промышленной группы значением, а потому его наличие или отсутствие не способны сами по себе оказать влияние на природу этого последнего договора.

<*> Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации: Для предпринимателей. С. 255. См. также: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 750; Денисов С. Различие полного и простого товарищества // Юрист. 1998. N 10, 43.

В отличие от первой вторая модель финансово-промышленной группы предполагает возникновение связей между участниками лишь с момента заключения договора о ее создании. Именно вторая модель, и только она, дает основания для вывода о том, что возникшая из договора о ее создании финансово-промышленная группа представляет собой вид простого товарищества, а сам договор - вид обычного договора простого товарищества. Соответственно, вторая из указанных в законе двух форм финансово-промышленных групп отличается тем, что "заинтересованные лица создают определенную имущественную базу путем полного или частичного объединения своих материальных или нематериальных активов с использованием выбранной для этого организационно-правовой формы" <*>. В результате финансово-промышленная группа предстает в виде "производственно-финансовой системы, построенной на основе договора между юридическими лицами, которые изначально стремятся сохранить свою имущественную обособленность и устойчивость в контексте решаемых задач" <***>.

<*> Михайлов Н.И. Правовая организация финансово-промышленных групп в России. Состояние и перспективы. М., 2005. С. 20.

<***> Там же. С. 22.

Подтверждением соответствующей видовой принадлежности рассматриваемого договора может служить среди прочего уже то, что ст. 7 Закона относит к числу обязательных и тем самым существенных условий этого договора объем, порядок и условия объединения активов. Речь идет, таким образом, об определенных вкладах участников. При этом ведение дел финансово-промышленной группы, в частности, при выступлении от имени ее участников в отношениях, связанных с созданием и деятельностью такого образования, осуществляет центральная компания, которая должна быть создана всеми участниками финансово-промышленной группы. А это как раз и осуществляется за счет вкладов участников финансово-промышленной группы, становящихся таким образом участниками соответствующего юридического лица - центральной компании <*>.

<*> Примером могла служить финансово-промышленная группа "Руссхим", которая объединяла промышленные предприятия, научно-исследовательские институты, банковские, финансово-инвестиционные и торгово-коммерческие структуры. Указанная финансово-промышленная группа учредила одноименное акционерное общество, главной задачей которого является организация инвестиционного процесса в соответствующей отрасли (см.: Петухов В.Н. Корпорации в российском промышленном законодательстве и практике. М., 1999. С. 79 и сл.).

Статья 11 Закона предусматривает, что центральная компания является юридическим лицом, действует на основе устава, а ее учреждение должно осуществляться в порядке, установленном законодательством Российской Федерации для регистрации юридических лиц.

В силу ст. 14 Закона по обязательствам центральной компании, которые возникли в результате ее участия в деятельности финансово-промышленной группы, ее участники несут солидарную ответственность.

В) Договор простого товарищества в банковской деятельности. Речь идет в данном случае об

использовании, главным образом, двух моделей: банковской группы и холдинга. Обе модели выделены в Законе "О банках и банковской деятельности" (ст. 4).

Указанные образования представляют собой объединения юридических лиц с тем, что сама банковская группа, как и сам банковский холдинг, прав юридического лица не приобретает (ст. 4 Закона) <*>. Банковская группа представляет собой это объединение кредитных организаций <***>, в котором одна из них признается головной организацией. Соответственно, она наделяется возможностью прямо или косвенно (через третье лицо) оказывать влияние, притом, как подчеркнуто в Законе, "существенное", на те решения, которые принимают органы управления других кредитных организаций - участников группы.

<*> О понятии холдинга, а также о соотношении банковских групп и банковских холдингов см.: Белых В.С. Указ. соч. С. 22 и сл.; Зиновьева М. Холдинги, финансово-промышленные и банковские группы // Право и экономика. 2003. N 4. С. 10 и сл.

<***> Закон "О банках и банковской деятельности" (ст. 1) признает кредитной организацией юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные указанным Федеральным законом (СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492).

В отличие от банковской группы участниками банковского холдинга могут быть любые юридические лица, с тем, однако, что по крайней мере одним из них должна быть непременно кредитная организация. Участники холдинга выделяют из своего состава головную организацию. В этой роли может выступать любой участник, кроме кредитной организации. Головные организации банковского холдинга также обладают возможностью оказания, прямо или косвенно, такого же "существенного" влияния на деятельность участвующих в холдинге кредитных организаций.

Закон "О банках и банковской деятельности" (ст. 4) определяет содержание "существенного" влияния, о котором идет речь. Имеется в виду возможность определять решения, принимаемые органами управления участников банковской группы или кредитной организации (кредитных организаций), а также условия ведения ими предпринимательской деятельности. И все это благодаря участию в уставном капитале кредитной организации и (или) в соответствии с условием договора, заключенного участниками между собой. Особо выделена также возможность назначать единоличный исполнительный орган участника - юридического лица и (или) более половины состава его коллегиального исполнительного органа, а также определять избрание более половины состава совета директоров (наблюдательного совета) кредитной организации.

Головная организация холдинга вправе создать для управления кредитными организациями, входящими в банковский холдинг, управляющую компанию с тем, чтобы на нее были возложены обязанности головной организации. С целью исключить возможность коллизии интересов такой компании и самого банковского холдинга (его участников) головной организации запрещено заниматься страховой, банковской, производственной и торговой деятельностью. Установлено и еще одно ограничение, касающееся на этот раз компетенции управляющей компании. За нею в подобных случаях должна быть сохранена возможность определять решения управляющей компании по вопросам, которые отнесены к компетенции собрания ее учредителей (участников), включая вопросы

реорганизации и ликвидации головной организации.

Участники банковской группы объединяются для совместного ведения определенной деятельности без создания юридического лица. Существенное отличие от обычного договора простого товарищества в данном случае состоит в том, что и в банковской группе, и в банковском холдинге отсутствует то, что представляет собой в простом товариществе ведение общих дел и для чего, собственно, формируется общее имущество, находящееся в долевой собственности участников простого товарищества. Применительно к рассматриваемым образованиям это выражается в том, что соответствующими управленческими функциями наделяется один из участников банковской группы (холдинга).

Г) Договор о создании страхового пула. В соответствии со ст. 14 Закона "Об организации страхового дела" <*> страховщики могут создавать для координации своей деятельности, защиты интересов своих членов и осуществления своих программ союзы, ассоциации и иные образования. Эти последние действуют на основе устава, тем самым полностью удовлетворяя требованиям, которым должны отвечать обычные юридические лица.

<*> Ведомости РФ. 1993. N 2. Ст. 5.

Наряду с указанными образованиями соответствующие функции, носящие в основном координационный характер, могут осуществлять страховые пулы. Одна из целей страховых пулов состоит в обеспечении защиты интересов страхователей, соблюдении законодательства о страховании страховщиками при их создании <*>. Правовую природу страховых пулов Ю.Б. Фойгельсон усматривает в том, что они "действуют на основании соглашения типа простого товарищества. Они заключают договоры страхования от своего имени, по единым правилам и по единым тарифам и несут солидарную ответственность перед страхователями" <***>.

<*> См.: письмо Федеральной службы России по надзору за страховой деятельностью от 31 марта 1995 г. N 08/11р/22 "О деятельности страховых пулов".

<***> Фойгельсон Ю.Б. Комментарий к страховому законодательству. М., 2002. С. 68.

Установлен уведомительный порядок создания страховых пулов. Соответственно, для учреждения страхового пула достаточно уведомления участниками-страховщиками Федеральной службы страхового надзора о своем намерении осуществлять деятельность по страхованию на основе соглашения о создании и деятельности страхового пула. Установлен круг обязательных условий учредительного договора участников объединения страховщиков. Сюда входят, в частности, данные, определяющие цели деятельности страхового пула, его организационную структуру, права и обязанности участников, максимальный размер обязательств пула по индивидуальному риску, порядок взаиморасчетов со страхователями, а также участниками пула между собой по страховым премиям и страховым выплатам, порядок заключения и исполнения договоров страхования, которые заключаются со страхователями от имени участников пула, гарантии по безусловному обеспечению страховых выплат, порядок формирования страховых резервов и размещения соответствующих активов <*>. Тем самым условия такого учредительного договора имеют среди прочего значение

локальных норм, распространяющих свое действие на отношения с третьими лицами - страхователями.

<*> См.: Приказ Министерства финансов РФ от 28 января 2003 г. N 9н "О порядке внесения объединений страховщиков в Единый государственный реестр страховщиков и объединений страховщиков".

12. Договоры смежные по отношению к договорам простого товарищества

Договор простого товарищества является, на что уже обращалось внимание, особой разновидностью договора о совместной деятельности, благодаря чему первый может рассматриваться как вид по отношению ко второму - роду.

Едиственный кодекс, выделивший договор о совместной деятельности как таковой, указал два конституирующих этот договор признака: совместную деятельность и достижение общей хозяйственной деятельности (имеется в виду ст. 434 ГК 1964 г.).

Особенность названных в ГК 1922 и 1994 гг. договоров о простом товариществе (ст. 276 и соответственно ст. 1041) выражается в том, что указанные признаки договора о совместной деятельности вошли составной частью в легальное определение договоров простого товарищества. Соответственно, ст. 1041 ГК начинается с указания на то, что имеется в виду совместное действие для достижения общей (не противоречащей закону) цели.

В остальной части ст. 276 ГК 1922 г. и ст. 1041 действующего ГК закрепляют видовые признаки договора простого товарищества: в ГК 1922 г. - соединение вкладов, а в действующем ГК - соединение вкладов и то, что совместные действия осуществляются без образования юридического лица.

Отсутствие любого из этих признаков исключает признание заключенного сторонами договора договором простого товарищества.

В подтверждение можно привести пример одного из судебных дел. Так, ООО был подписан с ТОО договор о совместной деятельности по созданию, развитию и эксплуатации производственных мощностей для производства и переработки сельскохозяйственной продукции в целях удовлетворения своих потребностей. При этом в соответствии с договором истец обязался обеспечить производство зерновых, бахчевых, овощных культур, мяса, молока и другой сельскохозяйственной продукции, эксплуатацию действующего технологического оборудования и освоение новых производств, выпуск и реализацию продукции. Впоследствии при рассмотрении в арбитражном суде иска ООО к ТОО об истребовании имущества, подлежащего передаче по договору, возник вопрос о природе заключенного сторонами договора. Отменяя решение арбитражного суда, удовлетворившего иск, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ обратил внимание на то, что в решении не было определено, к какому виду обязательств следует отнести договор и соответственно какие именно нормы должны быть применены. Стороны назвали заключенный договор договором о совместной деятельности; в этой связи следовало определить, "является ли спорное имущество вкладом ответчика в совместную деятельность и вправе ли один участник совместной деятельности требовать принудительной передачи в свою пользу вклада другого участника". Таким образом, именно внесению имущества в качестве соответствующей доли было придано решающее значение для

квалификации договора <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2002. N 4. С. 50.

Как отмечал А.Б. Савельев, "на практике нередко участники гражданских отношений заключают договор, который называют договором о совместной деятельности, о сотрудничестве, имея в виду именно договор простого товарищества. Однако при анализе содержания этих договоров становится понятно, что на самом деле это иные договоры" <*>. При этом А.Б. Савельев особо подчеркивает решающее значение двух индивидуализирующих признаков договора простого товарищества - его безусловной многосторонности ("договор простого товарищества относится к многосторонним сделкам всегда, а иные договоры, с которыми его путают, являются двусторонними по своей природе"), а также объединения имущества ("договор о совместной деятельности не требует по существу объединения имущества или иных вкладов участников, достаточно лишь договориться о совместном достижении какой-либо цели. Договор же простого товарищества одним из своих элементов нацеленности должен иметь объединение вкладов товарищей") <***>.

<*> Савельев А.Б. Указ. соч. С. 284.

<***> Там же.

Рассматривая договор простого товарищества как разновидность договора о совместной деятельности, тот же автор объяснял смысл упоминания в ст. 1041 ГК в скобках договора о совместной деятельности. Он усматривает его совершенно справедливо в том, что подобное упоминание "не означает его (т.е. договора о совместной деятельности. - М.Б.) тождества с договором простого товарищества, а представляет собой лишь юридико-технический прием, позволяющий распространить на него соответствующие нормы о простом товариществе" (там же).

Все же оказался пропущенным автором включенный в легальное определение индивидуальный признак договора простого товарищества: отсутствие юридической личности у образования, создаваемого договором простого товарищества.

Действующий ГК, как уже отмечалось, отличается широким пониманием целей совместной деятельности, при которой извлечение прибыли - только одна из возможных. По этой причине трудно согласиться с Н.И. Свириным, возражавшим против того, чтобы считать договором о совместной деятельности (имея в виду договор простого товарищества) договор, заключенный с финансовой компанией, по которому гражданами вносятся денежные средства с тем, чтобы после завершения строительства им было передано определенное количество квартир. При этом единственным аргументом против признания подобных отношений сторон договором о совместной деятельности предлагалось считать то, что "в соответствии с главой 55 ГК РФ (речь шла именно о ст. 1041 ГК. - М.Б.) целью совместной деятельности является извлечение прибыли. И если компании в результате своей деятельности извлекали прибыль, то гражданин, который несет расходы, никакой прибыли не извлечет и даже не ставит перед собой такой цели" <*>. Автор прошел мимо того, что извлечение прибыли - лишь возможный, но все же не обязательный признак договора простого товарищества <***>.

<*> Свирин Н.И. Инвестор или потребитель // Российская юстиция. 1997. N 3. С. 117.

<***> В силу ст. 1041 ГК стороны должны совместно действовать "для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели". Следовательно, неполучение прибыли может служить основанием для оспаривания договора лишь при условии, если указанная цель - извлечение прибыли - в договоре прямо указана.

Тот же вопрос - о природе заключенного договора - может возникнуть при сопоставлении договоров простого товарищества с другими самыми различными по природе договорами. В подтверждение можно привести такие примеры.

Так, ТОО, представляющее собой строительно-производственное предприятие, заключило с муниципальным производственным многоотраслевым объединением коммунального хозяйства договор, по которому должно было в целях увеличения объема строительно-монтажных, ремонтно-строительных работ, производства товаров народного потребления, а также их реализации через торговую сеть своих партнеров объединить на взаимовыгодных условиях определенную часть финансовых ресурсов и производственных мощностей. Отмеченных признаков было достаточно для того, чтобы считать сложившиеся отношения договором о совместной деятельности.

Точно так же именно договором о совместной деятельности признал Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ договор производственного коммерческого предприятия с индивидуальным частным предприятием (ИЧП). Договор предусматривал поставку последнему для реализации товаров нескольких наименований и продуктов по договорной цене с тем, что полученная от реализации прибыль будет распределена между сторонами по согласованию <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1990. N 10. С. 79.

Договоры о долевом строительстве. Наибольшие сложности до последнего времени возникали при необходимости квалификации договора о совместном строительстве, отличающегося главным образом тем, что строительство в этом случае производится за счет вложенных средств заказчика, т.е. осуществляемых им инвестиций <*>. Закон "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений", указав на договорный характер отношений, складывающихся между субъектами инвестиционной деятельности, ограничился общей отсылкой к Гражданскому кодексу (ст. 8 Закона). Поскольку в ГК такие договоры не были выделены, при отсутствии специальных законодательных актов на этот счет возникла необходимость либо признать соответствующие договоры разновидностью выделенных в ГК договоров или отнести их к числу непоименованных договоров, считая их тем самым договорами *sui generis*.

<*> Доводы в пользу признания договора о долевом строительстве во всех случаях инвестиционным договором приводятся, в частности, Т.В. Муравьевым (см.: Муравьев Т.В. Договор с участием инвесторов в строительстве // Законодательство. 1999. N 6. С. 1). Заслуживают внимания возражения против этого, содержащиеся прежде всего в одной из работ Б.Л. Хаскельберга (см.: Хаскельберг Б.Л. Договор о долевом участии в строительстве: Вопросы судебной арбитражной

Составленные Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ "Обзор практики разрешения споров, связанных с договором на участие в строительстве" (информационное письмо от 25 июля 2000 г. N 56) <*>, а также Верховным Судом РФ "Обобщение практики рассмотрения судами РФ дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов" <*> содержали различные решения относительно природы договоров о долевом строительстве, составляющих предмет рассматриваемых судами споров, связанных с долевым строительством <***>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2000. N 9. С. 7582.

<*> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. N 2. С. 17 - 24.

<***> Из признания соответствующих договоров о долевом строительстве договорами простого товарищества исходили судебные органы в делах, включенных в Обзор разрешения споров, связанных с договорами на участие в строительстве (см. решение по делам 1 - 4, 11), а также между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов (см. решение по делам 2, 3).

Один из таких вариантов - признание договора о долевом строительстве разновидностью договоров о простом товариществе. Так, например, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в одном из постановлений, которым отменил решение нижестоящего суда, указал: "Арбитражный суд, признав, что строительство дома осуществляется по договору о совместной деятельности, не применил нормы права, регулирующие данные гражданские правоотношения, согласно которым участники таких договоров действуют совместно для достижения общей цели, а результат деятельности распределяется между ними пропорционально внесенной доле, если иное не предусмотрено соглашением сторон (ст. ст. 1041 - 1044, 1048 Гражданского кодекса)".

Явный пробел в законодательстве о долевом строительстве был восполнен вступившим в действие 30 декабря 2004 г. Законом "О долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" <*>.

<*> СЗ РФ. 2005. N 1 (ч. I). Ст. 40.

Указанный Закон охватывает комплекс отношений по поводу привлечения заемных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости. Для этих отношений место договора простого товарищества и других договоров, используемых при долевом строительстве, занял "договор участия в долевом строительстве" (ст. 4 Закона). В силу этого договора одна сторона (застройщик) обязуется в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц построить (создать) многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости и после получения разрешения на

ввод в эксплуатацию этих объектов передать соответствующий объект долевого строительства участнику долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договорную цену и принять объект долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

Договор участия в долевом строительстве отличается от договора простого товарищества прежде всего тем, что:

- подобно договору подряда, независимо от количества участников является двусторонним;
- не может служить основанием для создания коллективного образования, в том числе и лишенного гражданской правоспособности;
- не предполагает совместного участия в строительстве обеих сторон;
- предусматривает применение к договору на случай заключения его гражданином - участником долевого строительства исключительно для личных, семейных, домашних нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, законодательства РФ о защите прав потребителей в части, не урегулированной Законом;
- устанавливает минимальный гарантийный срок для объекта долевого строительства (пять лет);
- закрепляет государственный контроль и надзор за исполнением обязательств застройщиком.

Проведенные различия двух договоров позволяют определить конечную цель Закона: оградить права и обеспечить максимальную защиту интересов заказчика.

Иные случаи конкуренции договоров простого товарищества. Вопрос о природе заключенного договора может возникнуть при конкуренции договоров простого товарищества с другими самыми различными по природе договорами. В подтверждение можно привести такие примеры.

ТОО, представляющее собой строительно-производственное предприятие, заключило с муниципальным производственным многоотраслевым объединением коммунального хозяйства договор, по которому должно было в целях увеличения объема строительно-монтажных, ремонтно-строительных работ, производства товаров народного потребления, а также их реализации через торговую сеть своих партнеров объединить на взаимовыгодных условиях определенную часть финансовых ресурсов и производственных мощностей. Отмеченные признаки были признаны достаточными для того, чтобы считать сложившиеся отношения договором о совместной деятельности (под которым в данном случае подразумевался договор простого товарищества) <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2001. N 6. С. 40.

Точно так же именно договором о совместной деятельности (имелся в виду договор простого товарищества) считал необходимым признать Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ договор производственного коммерческого предприятия с индивидуальным частным предприятием (ИЧП). Договор предусматривал поставку последнему для реализации товаров нескольких наименований и продуктов по договорной цене с тем, что полученная от реализации прибыль будет распределена между сторонами по согласованию <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1990. N 10. С. 79.

В большей или меньшей степени близости находятся простое товарищество и другие виды товариществ. При наличии определенного числа общих для всех них признаков <*> ключевое значение для выделения простого товарищества имеет то, что это единственный вид товариществ, который не является юридическим лицом. Отмеченного оказывается достаточным, чтобы предопределить основные особенности его правового положения <***>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2000. N 4. С. 50.

<***> Не случайно ГК 1922 г. включил все виды товариществ в одну главу, а ранее Проект Гражданского уложения считал возможным одновременно предварить разделом, посвященным каждому из видов товариществ, "Общие положения", в равной мере относящимся ко всем товариществам.

С. Денисов в статье "Различие полного и простого товарищества" (Юрист. 1996. N 10. С. 40 - 43) усматривает вытекающие из основной (отсутствия или наличия гражданской правосубъектности) особенности в правовом режиме, затрагивающие решение целого ряда вопросов (речь идет о круге участников в договорах, которыми учреждается то или другое товарищество, правовом положении общего имущества, порядке ведения общих дел, а также об ответственности участников и др.).

В этой связи сохранили определенное значение отмеченные в свое время В.И. Синайским предпосылки для разграничения двух рассматриваемых видов товариществ, наделенных или соответственно лишенных гражданской правосубъектности. "Нет сомнения, - подчеркивал автор, - что признание товарищества лицом (т.е. юридическим лицом. - М.Б.) способствует ведению дела, упрощает отношения товарищей, облегчает кредит, дает прочность, имя (фирму в торговом праве). Но организация товарищества как юридического лица осложняет самое возникновение товарищества; поэтому совершенно естественно, что товарищество может возникнуть и по типу общения товарищей на внутренней стороне их отношений. При простом товариществе каждый товарищ отвечает перед третьими лицами в силу заключенного им с этими лицами договора" <*>.

<*> Синайский В.И. Указ. соч. С. 186.

Наряду с самостоятельными договорами простого товарищества существуют смешанные договоры, содержащие элементы каждого из этих договоров с элементами других договоров, что позволяет руководствоваться в соответствующей части обоими, имея в виду правила п. 3 ст. 421 ГК.

Смешанным может оказаться, в частности, договор о простом товариществе, в котором содержатся элементы договора поставки.

Так, ОАО "Промышленно-финансовая группа "Росвагонмаш" заключило договор с ОАО "Демиховский машиностроительный завод" о возмещении убытков и взыскании процентов за пользование денежными средствами истца. По этому договору одна сторона приняла обязательство к определенному сроку закончить осуществление проекта по созданию мощностей для выпуска

соответствующего количества электропоездов в год и, начиная с определенного срока, поставлять вагоны и комплексные электропоезда для обеспечения перевозки пассажиров в пригородном сообщении, а другая обязалась финансировать строительство завода в определенной сумме. Арбитражный суд, рассматривавший дело по первой инстанции, признал, и в этом его поддержал Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, что заключенный сторонами договор содержит элементы договора о совместной деятельности и договора поставки. Соответственно, были применены вытекающие из ст. 421 ГК последствия <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2002. N 5. С. 46 - 47.

В другом деле речь шла о договоре, по которому государственное предприятие предоставило заем "в рамках договора о совместной деятельности", но соответствующую сумму, а также проценты полностью не уплатило. В своем решении арбитражный суд сделал вывод, что договор "является смешанным и содержит элементы как "договора о совместной деятельности (имелся в виду договор простого товарищества. - М.Б.), так и договора займа. Расходы, понесенные истцом на переоборудование находящейся в собственности ответчика буровой установки, являются не вкладом в совместную деятельность, а возвратными денежными средствами" (Вестник ВАС РФ. 2003. N 11. С. 21).

Наиболее близкими к договору простого товарищества являются договоры, относящиеся к той же группе договоров об учреждении коллективных образований. Имеются в виду договоры, направленные на создание образований, являющихся юридическими лицами. О соотношении тех и других, в частности, речь идет в гл. II настоящего комментария.

В свое время Б.Б. Черепяхин обратил внимание на существование в договорной системе "типических договоров", указывая по этому поводу: "Каждый типический договор устанавливает лишь общие рамки, общую характеристику договорных волеизъявлений сторон, известные типические договорные условия. Изучение любого договора, предусмотренного и урегулированного советским гражданским правом, в частности ГК РСФСР и гражданскими кодексами других союзных республик, обнаруживает наличие большого количества диспозитивных норм, открывающих контрагентам возможность в ряде направлений избрать при определении содержания договорных отношений интересующие их условия. Таким образом, единое понятие того или иного типического договора (купли-продажи, поставки, подряда, имущественного найма и т.д.) охватывает также множество конкретных подвидов, укладываемых в общие рамки, установленные законом для каждого определенного типического договора" <*>.

<*> Черепяхин Б.Б. Понятие и содержание договора буксировки в советском гражданском праве // Вестник ЛГУ. 1956. N 11. Сер. экономики, философии и права. Вып. 2. С. 87.

Роль одного из таких "типических договоров" теперь, после того как действующий Кодекс в гл. 55 фактически заменил договор о совместной деятельности договором простого товарищества, способен играть первый. Указанную его роль можно считать обеспеченной значительным числом содержащихся в гл. 55 ГК диспозитивных норм.

Следует при этом иметь в виду, что в подобных случаях речь не идет о применении соответствующих норм по аналогии, т.е. при наличии предпосылок, определенных ст. 6 ГК ("Применение гражданского законодательства по аналогии"), и в указанном в ней порядке.

Отмеченное не снимает проблемы субсидиарного применения гл. 55 ГК. Такое применение возможно в отношении в равной мере и диспозитивных, и императивных норм лишь в случаях прямой отсылки к нормам этой главы либо без такой отсылки, если только соответствующий договор представляет собой разновидность договора простого товарищества.

Глава XII. ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА СОЗДАНИЕ ПРАВОСУБЪЕКТНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ (ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ)

1. Учредительный договор

Понятие учредительного договора. Юридические лица, имеющие корпоративную природу (построенные на началах членства), создаются и действуют на основе воли учредителей, выраженной в учредительных документах. К числу учредительных документов юридического лица ст. 52 ГК относит устав и учредительный договор. Все та же статья выделяет ситуации, при которых учреждаемое юридическое лицо может действовать на основании общего положения об организациях соответствующего вида. В подобных случаях в отличие от учредительного договора воля учредителей, выражающаяся в образовании юридического лица, одновременно направлена на то, чтобы подчинить отношения учредителей (участников) включенным в положение нормам. Особый характер подобного способа создания юридического лица, связанный с определенным ограничением свободы воли учредителей (участников), явился причиной того, что возможность действовать на основании общего положения имеют только юридические лица, которые не являются коммерческими организациями, и к тому же лишь при обязательном наличии на этот счет указания в законе. Так, в соответствии со ст. 29 Закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" <*> адвокатские палаты действуют на основе общих положений для организаций этого вида, предусмотренных данным Законом.

<*> СЗ РФ. 2002. N 23. Ст. 2102; 2003. N 44. Ст. 4262.

Статья 52 ГК различает три варианта использования индивидуальных учредительных документов. При первом - это только устав, при втором - учредительный договор и устав, а при третьем - только учредительный договор.

Случаи исключения направленного на создание юридического лица договора из числа учредительных документов предопределяются отчасти причинами юридико-технического характера. Поскольку невозможно заключить договор "с самим собой", организации с одним участником могут быть созданы при отсутствии общего положения о юридических лицах данного вида на основе одного лишь устава. В остальных ситуациях подобный вариант применяется, если он предусмотрен ГК и изданными в его развитие законами.

В самом Гражданском кодексе именно устав назван единственно необходимым учредительным документом для производственных кооперативов (п. 1 ст. 108 ГК) и потребительских кооперативов

(п. 2 ст. 116 ГК). Кроме того, значение устава как достаточного учредительного документа предусмотрено в отдельных законодательных актах применительно к таким, в частности, юридическим лицам корпоративного типа, как объединения страховщиков (ст. 14 Закона "Об организации страхового дела в Российской Федерации"), профессиональные союзы, а также объединения (ассоциации) профсоюзов (ст. 7 Закона "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности") <1>, товарные биржи (ст. 17 Закона "О товарных биржах и биржевой торговле") <2>, торгово-промышленные палаты (ст. 8 Закона РФ "О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации") <3>, товарищества собственников, объединения работодателей (ст. 11 Закона "Об объединениях работодателей") <4>, садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие объединения граждан (ст. 16 Закона "О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан") <5>, общественные или религиозные организации некоммерческих партнеров (ст. 14 Закона "О некоммерческих организациях") <6>.

<1> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 148.

<2> Ведомости РФ. 1992. N 18. Ст. 961.

<3> Ведомости РФ. 1993. N 33. Ст. 1309.

<4> СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4741.

<5> СЗ РФ. 1998. N 16. Ст. 1801.

<6> СЗ РФ. 1995. N 50. Ст. 4870.

Гражданский кодекс указывает в числе юридических лиц, создаваемых на основе двух учредительных документов - учредительного договора и устава - общества с ограниченной ответственностью (п. 1 ст. 89), общества с дополнительной ответственностью (п. 3 ст. 95 предусматривает применение к обществу с дополнительной ответственностью правил Гражданского кодекса об обществах с ограниченной ответственностью), а также относящиеся к числу некоммерческих организаций ассоциации и союзы, объединяющие коммерческие и некоммерческие организации (п. 1 ст. 122 ГК). Что касается отдельных законов, то в дополнение к случаям, указанным в ГК, необходимость использования в качестве учредительных документов вместе с уставом и учредительного договора предусмотрена, в частности, применительно к ассоциациям (союзам) садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих организаций (ст. 9 Закона "О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан"), союзам (ассоциациям) сельскохозяйственных кооперативов (п. 4 ст. 5 Закона "О сельскохозяйственной кооперации"), союзам потребительских обществ (ст. 31 Закона "О потребительской кооперации в Российской Федерации") <*>, союзам (ассоциациям) общественных организаций (ст. 13 Закона "Об общественных объединениях") <***>, коллегиям адвокатов (ст. 22 Закона "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации").

<*> СЗ РФ. 1997. N 28. Ст. 3306.

<***> СЗ РФ. 1995. N 21. Ст. 1930.

Последний по счету вариант учредительного документа - учредительный договор используется главным образом в указанных в ГК случаях: при создании полных товариществ (п. 1 ст. 70) и товариществ на вере (п. 1 ст. 83), некоммерческих организаций (ст. 14 Закона о некоммерческих организациях) <*>.

<*> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 145. В тех предусмотренных законом случаях, когда некоммерческое юридическое лицо действует на основании общего Положения об организациях данного вида, индивидуальный устав не требуется. Учредительным документом в таком случае следует признать акт, которым данная организация создается. Этот акт должен содержать те сведения, которых нет и не может быть в общем Положении об организациях данного вида (наименование, место нахождения и т.д.).

Как общее правило состав необходимых и достаточных для данного вида корпоративных юридических лиц учредительных документов предусмотрен однозначно императивными нормами. Исключение составляют те виды юридических лиц, применительно к которым за учредителями (участниками) признано право на выбор учредительных документов. Примером служит Закон "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях", который допускает учреждение соответствующих организаций по их выбору на основе Общего положения о первичной профессиональной организации или устава. Можно указать также на ст. 14 Закона "О некоммерческих организациях", которая закрепила за учредителями (участниками) некоммерческих партнерств, а также автономных некоммерческих организаций возможность ограничиться заключением одного лишь учредительного договора. И это при том, что общая на этот счет норма, относящаяся к некоммерческим организациям, называет в числе учредительных документов одновременно оба: устав и учредительный договор <*>.

<*> Приведенные правила, правда, расходятся со ст. 122 (п. 1) ГК, которая, как уже отмечалось, не делая в этом случае различий между объединением коммерческих и некоммерческих организаций, предусматривает, что учредительными документами таких объединений (ассоциаций и союзов) являются "учредительный договор, подписанный ее членами, и утвержденный ими устав".

Факультативная норма на этот счет включена в Закон "Об общественных объединениях" (ст. 13). Им установлено, что союзы (ассоциации) общественных объединений создаются на основе учредительных договоров и (или) уставов.

По поводу правовой природы учредительных договоров, имея в виду их соотношение с договорами простого товарищества, определились две существенно отличные одна от другой точки зрения. В то время как одна группа авторов считает учредительный договор самостоятельным видом гражданско-правовых договоров, другая, напротив, рассматривает такой договор как разновидность договоров простого товарищества.

Разделяющий взгляды первой группы, Е.А. Суханов обратил внимание на то, что участники договора простого товарищества "юридически не обособляют имущество, используемое ими для совместной деятельности. Иначе говоря, они не создают для этого нового субъекта права - юридическое лицо - и потому отвечают по общим долгам, хотя и в долевом или солидарном порядке,

но всем своим имуществом. По указанному признаку договор о совместной деятельности (под ним автор в данном случае подразумевает договор простого товарищества. - М.Б.) четко отграничивается от учредительного договора (абз. 2 п. 2 ст. 52 ГК), который объединяет усилия участников по созданию нового субъекта юридического лица и является его учредительным документом, определяющим статус такого юридического лица на все время его действия" <*>.

<*> Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., 1996. С. 253 - 254.

Другую точку зрения представлял, в частности, И.В. Елисеев, полагавший: "Буквальное толкование п. 1 ст. 1041 ГК позволяет сделать вывод лишь о том, что само по себе объединение товарищей не является юридическим лицом. Что же касается возможных целей деятельности такого неправосубъектного объединения, то никаких ограничений на создание юридических лиц закон формально не предусматривает". В конечном счете И.В. Елисеев приходил к выводу, что "деятельность лиц по созданию полного товарищества и взаимоотношение по управлению последним вполне укладывается в рамки договора о совместной деятельности (простого товарищества)" <*>.

<*> Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.Н. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2003. С. 765 - 766. См. также: Масляев А.И., Масляев И.А. Указ. соч. С. 15 - 16; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 145 (автор - В.А. Рахмилович - полагал, что "учредительный договор является, по существу, разновидностью договора о совместной деятельности, предусмотренного ст. ст. 1041 - 1054 ГК").

В возникшем расхождении более обоснованной представляется все же точка зрения сторонников разграничения учредительного договора и договора простого товарищества <*>.

<*> См.: Ем В.С., Козлова Н.В. Учредительный договор: понятие, содержание, сущность и правовая природа. Комментарий действующего законодательства // Законодательство. 2000. N 3. С. 7; Зобовязальне право / Под ред. О.В. Дзеры. Киев, 1998. С. 757; Касымханов А.М. Учредительный договор // Договоры в гражданском праве: Проблемы теории и практики. Т. 1. Алматы, 2000. С. 63.

Эту же позицию разделяет В.В. Чубаров: "Данный договор (договор простого товарищества. - М.Б.) следует отличать от учредительного договора... Последний является учредительным документом вновь создаваемого юридического лица и действует на всем протяжении его существования. Напротив, договор о совместной деятельности, если он приводит к созданию самостоятельного юридического лица, прекращается, а общее имущество товарищей, если иное не предусмотрено договором, становится собственностью этого юридического лица" (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 75).

Отмечая определенную близость учредительного договора к договору простого товарищества, А.Б. Савельев приходит все же к выводу: "Указанные договоры обладают и отличиями. Учредительный договор всегда направлен на создание юридического лица. Он не прекращается по

достижении поставленной цели, а сохраняет силу до тех пор, пока существует само это юридическое лицо. В результате исполнения договора простого товарищества (в части передачи имущественных вкладов) стороны становятся долевыми собственниками этого имущества, а в результате исполнения учредительного договора единым собственником всего имущества становится созданное юридическое лицо" (Савельев А.Б. Указ. соч. С. 284).

При решении соответствующего вопроса следует исходить из сопоставления признаков обоих договоров. В этой связи ключевое значение имеет, очевидно, то, что:

во-первых, назначение договора простого товарищества выражается в создании одноименного товарищества как определенной разновидности коллективного образования, лишенного прав юридического лица, в то время как учредительные договоры, о которых идет речь, направлены на создание коллективных образований - юридических лиц, что исключает отнесение того и другого договора к числу договоров одного и того же вида <*>;

<*> Именно по этой причине в учебнике "Гражданское право" (Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова) в разделе "Совместная деятельность" выделена гл. 52 "Договор простого товарищества (о совместной деятельности)" и наряду с ней - гл. 53 "Учредительный договор". Можно указать также на книгу "Гражданское право России. Обязательственное право" (под ред. О.Н. Садикова. М., 2004), в которой наряду с договором простого товарищества на этот раз в гл. 34 ("Договоры, не урегулированные Гражданским кодексом РФ") выделен особо параграф "Учредительный договор о создании юридического лица" (автор - О.Ю. Шиловост). При этом в понятие соответствующего договора включено указание на то, что этот договор "определяет порядок совместной деятельности" (с. 762).

во-вторых, учредительный договор устанавливает с момента регистрации юридического лица правовую связь не только между теми, кто его подписал, но и каждого из них с самим созданным образованием <*>;

<*> Н.В. Козлова в этой связи обратила внимание на то, что "товарищеское соглашение является договором особого рода, ибо из него возникают права и обязанности не только в отношениях между лицами, его подписавшими, но также между самими участниками и объединением как таковым. Договариваясь между собой об объединении части своих финансовых средств, партнеры передают их не друг другу, а в собственность создаваемого ими юридического лица. Причем значительная часть денежного или имущественного вклада каждого из учредителей вносится ими уже после регистрации юридического лица: деньги - на расчетный счет предприятия, а имущество передается на его баланс" (Козлова Н.В. Учредительный договор о создании коммерческого общества и товарищества. М., 1994. С. 27).

в-третьих, вклады участников договора простого товарищества, а также созданный ими результат составляют общую собственность товарищей, в то время как те же вклады участников (учредителей) определены в учредительном договоре, а вместе с тем и результат их совместной

деятельности становится собственностью соответствующего образования как такового;

в-четвертых, проведенная дифференциация касается и вопроса о целях договора. С учетом этого обстоятельства Г.Ф. Шершеневич, имея в виду торговые товарищества, обращал особое внимание на то, что учредительный договор "не служит сам себе целью, как это замечается в отношении других договоров, например купли-продажи, займа, но имеет своей задачей заключение других договоров. Товарищество составляется именно ввиду заключения сообща сделок. В то время как во всех других договорах интересы контрагентов противоположны, например покупателя и продавца, здесь они тождественны" <*>. Приведенные соображения позволили автору присоединиться к тем, кто оправдывал изложение учения о товариществе, наделенном правами юридического лица, "в отделе о субъектах торговых действий, а не в отделе о торговых сделках" <***>.

<*> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 278.

<***> Там же.

Учредительный договор содержит ряд признаков, присущих договору, урегулированному ст. 430 ГК ("Договор в пользу третьего лица"). Достаточно указать на то, что соответствующий правовой результат влечет последствия, лежащие за пределами подписанного сторонами договора (под результатом в данном случае имеется в виду возникновение определенных последствий у третьего лица). Вместе с тем нет оснований для полного распространения на учредительный договор модели договора в пользу третьего лица, учитывая такие особенности, присущие последнему, как то, что третье лицо всегда противостоит в качестве кредитора одной из сторон первоначального договора (1), первоначальный договор в принципе создает у третьего лица именно права и лишь в связи с ними - обязанности (2), при отказе третьих лиц от выговоренного права его обычно вправе осуществить сам контрагент, выступавший в роли кредитора (3) <*>. Следует подчеркнуть, что в то время как договор в пользу третьего лица непосредственно порождает обязанность должника совершить соответствующие действия в пользу третьего лица, имеющего тем самым право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу (п. 1 ст. 430 ГК), учредительный договор способен породить у создаваемого юридического лица соответствующее право требования к кому-либо из товарищей только после акта государственной регистрации создаваемого юридического лица.

-

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

-

<*> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М., 1999. С. 363.

Если для создания определенного вида юридических лиц (корпораций) предусмотрены одновременно два различных учредительных документа - учредительный договор и устав, между этими документами может возникнуть определенная коллизия по той причине, что одни и те же вопросы оказываются решенными в них по-разному. И тогда возникает необходимость установить, каким же из этих актов в соответствующих случаях следует руководствоваться. Иначе говоря, речь идет о признании приоритета за одним из двух одновременно используемых учредительных актов - уставом или учредительным договором.

До вступления в силу действующего Гражданского кодекса встречались иногда высказывания в пользу приоритета учредительного договора по отношению к уставу <*>.

<*> Так, например, Н.В. Козлова, сопоставляя устав с учредительным договором, приходила к следующим выводам: "1. Назначение учредительного договора состоит в установлении обязательственных отношений между учредителями, а также между учредителями и создаваемым юридическим лицом. 2. Устав договорного объединения является составной частью учредительного договора о его создании. Функция устава заключается в определении организационно-правового статуса юридического лица. В уставе указываются: вид объединения, его структура, предмет и цели его деятельности, направления расходования прибыли, порядок формирования, структура и компетенция органов управления и контроля, порядок принятия ими решений, порядок реорганизации и ликвидации и объединения и др. 3. Учредительный договор о создании юридического лица и его устав дополняют друг друга. Содержание устава может частично дублировать условия учредительного договора. 4. Учредительный договор является гражданско-правовой предпосылкой создания юридического лица и, следовательно, первичен по отношению к его уставу. Поэтому при наличии расхождений между положениями договора и устава следует руководствоваться условиями учредительного договора" (Козлова Н.В. Указ. соч. С. 77).

Судебная практика по данному вопросу в настоящее время занимает все же иную позицию. Подтверждением может служить Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 1999 г. N 90/14 "О некоторых вопросах применения Федерального закона "Об обществах с ограниченной ответственностью". Имеется в виду, что "в случае несоответствия положений учредительного договора и положений устава общества приоритет как для участников общества, так и для третьих лиц имеют положения устава общества" <*>.

<*> Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2005 годы). С. 131.

Приведенное разъяснение высших судебных органов страны воспроизводит п. 5 ст. 12 Закона "Об обществах с ограниченной ответственностью". Между тем возможны ситуации, при которых законодатель оставляет открытым вопрос о том, за каким из этих учредительных документов должен быть признан приоритет (имеются в виду случаи, когда речь идет о других, кроме обществ с ограниченной ответственностью, корпоративных организациях, создаваемых на основе двух учредительных актов) <*>.

<*> Как уже отмечалось, речь идет, в частности, об ассоциациях и союзах (ст. 122 ГК).

Есть основания полагать, что во всех подобных случаях ответ должен быть аналогичным тому, который содержится в Законе "Об обществах с ограниченной ответственностью": руководствоваться следует уставом хотя бы по той причине, что речь идет, как правило, о позднее составленном акте.

Признание приоритета устава нашло отражение в еще одной норме Закона "Об обществах с ограниченной ответственностью". Имеется в виду его ст. 37, посвященная порядку голосования общим собранием участников общества при решении двух вопросов: об изменении устава общества и о внесении изменений в учредительный договор. Имеется в виду, что в первом случае соответствующая статья предусматривает необходимость принятия решения большинством не менее двух третей числа голосов от общего числа голосов участников общества, а во втором - непременно всеми участниками общества единогласно.

По вопросу о соотношении учредительного договора и устава в случаях, когда и тот и другой выступают в качестве учредительных документов, Е.А. Сухановым было высказано мнение, сводившееся к тому, что "последний (т.е. устав. - М.Б.), по сути, можно рассматривать как часть договора, - ведь он утверждается участниками (учредителями) в качестве одного из основных результатов их соглашения. Поэтому содержание устава может частично "перекрываться" содержанием договора (или наоборот). Например, порядок деления между участниками прибылей и убытков, порядок управления деятельностью созданного ими юридического лица, порядок выхода учредителей из его состава могут устанавливаться не только в учредительном договоре, но и в уставе. Однако некоторые положения о взаимоотношениях участников (учредителей) и прежде всего их воля на создание новой организации могут быть отражены только в договоре о ее учреждении, а ряд конкретных положений, касающихся статуса этой организации, например компетенции ее органов, - только в ее уставе" <*>.

<*> Гражданское право. Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 379.

Некоторое расхождение с приведенными касаются главным образом двух высказанных автором положений. Во-первых, между уставом и учредительным договором существует весьма определенное различие, состоящее в том, что учредительный договор является результатом воли всех его сторон, в то время как для устава в ряде случаев, на что уже обращалось внимание, достаточно воли большинства участников. Во-вторых, есть основания в принципе исключить возможность включения условия о компетенции органов управления в учредительный договор. Имеется в виду, что положения на этот счет вполне укладываются в тот неперемный пункт учредительного договора, который теперь в ст. 52 ГК рассматривается как "условие и порядок управления деятельностью юридического лица".

В литературе было выдвинуто предложение, направленное на исключение самой возможности возникновения создавшейся коллизии. Так, В.П. Мозолин обратил внимание на то, что "в принципе требование закона о наличии у некоторых юридических лиц двух учредительных документов, продолжающих параллельно действовать в течение всего периода существования соответствующих юридических лиц, трудно обосновать с юридической и функциональной точек зрения" <*>. Указанная позиция представляется обоснованной, но только тогда, когда речь идет о корпорациях,

построенных на объединении капитала, к числу которых относится и общество с ограниченной ответственностью. Имеется в виду, что тогда договор между учредителями перестает выполнять функции учредительного договора подобно тому, как это имеет место в акционерном обществе.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. С. 147.

Стороны учредительного договора. В случаях, когда речь идет о юридических лицах, создаваемых на основе единственного учредительного документа, которым служит учредительный договор, фигуры учредителей и участников юридического лица окончательно сливаются. Имеется в виду, что учредители юридического лица автоматически трансформируются в его участников. Иное дело, если речь идет об учредительном договоре, который играет роль учредительного документа только вместе с уставом. Тогда указанные две фигуры могут не совпадать в любом варианте: либо учредитель не стал участником, либо участником общества наряду с учредителями выступает иной гражданин и (или) юридическое лицо <*>. При этом за подобного рода участниками может быть закреплен в определенных случаях особый статус. Такая ситуация складывается, например, в товариществе на вере, когда учредителями являются полные товарищи (именно они подписывают учредительный договор), а участниками наряду с полными товарищами и вкладчики. И это при том, что стороной учредительного договора последние не являются (его не подписывают).

<*> О подобной ситуации идет речь, в частности, в п. 2 ст. 75 ГК, который предусматривает ответственность участника полного товарищества, не являющегося учредителем, по обязательствам, возникшим до его вступления в товарищество.

Примером участников с особым правовым статусом могут служить и ассоциированные члены сельскохозяйственного кооператива. В подтверждение можно сослаться на ст. 1 Закона "О сельскохозяйственной кооперации", которая содержит признание членом кооператива физическое лицо - для производственного кооператива либо физическое или юридическое лицо - для потребительского кооператива, удовлетворяющие требованиям настоящего Закона и устава кооператива, внесшие паевой взнос в установленных уставом кооператива размере и порядке, принятые в кооператив с правом голоса и несущие по обязательствам кооператива субсидиарную ответственность. В Законе также предусмотрено, что ассоциированный член кооператива - это физическое или юридическое лицо, внесшее паевой взнос, по которому оно получает дивиденды, несущее риск убытков, связанных с деятельностью кооператива, в пределах стоимости своего паевого взноса и имеющее право голоса в кооперативе с учетом ограничений, предусмотренных Законом и уставом кооператива.

Подобно договору простого товарищества, учредительный договор - гражданско-правовая сделка. По этой причине стороны в том и в другом случае для самостоятельного ее совершения должны обладать гражданской право- и дееспособностью. Соответственно, невозможно, например, заключение от своего имени учредительного договора гражданами недееспособными либо ограниченными в своей дееспособности. Заключение учредительного договора, как и договора простого товарищества, не должно выходить таким же образом за рамки специальной

правоспособности его сторон, когда в их роли выступают юридические лица. К числу ограничений относятся, в частности, и специальные правила о крупных сделках и сделках с "заинтересованностью", содержащихся соответственно в ст. ст. 45 и 46 Закона "Об обществах с ограниченной ответственностью". Нарушение указанных требований может влечь за собой признание недействительными по соответствующим основаниям наряду с другими сделками также учредительных договоров.

В самом ГК вопросу об участниках хозяйственных обществ и товариществ посвящен, в частности, п. 4 ст. 66. Включенная в него норма выделяет правовое положение участников полных товариществ и полных товарищей в товариществе на вере. В таком качестве может выступать только индивидуальный предприниматель и (или) коммерческая организация. Тем самым соответствующая норма занимает свое место в системе положений, определяющих правовой режим осуществления предпринимательской деятельности. Что же касается участия в создании хозяйственных обществ, а также выступления в качестве вкладчиков в товариществах на вере, то в этой роли в виде общего правила может выступать любой гражданин или любое юридическое лицо, за двумя исключениями. Одно из них относится к публичным юридическим лицам. Имеется в виду, что государственные органы и органы местного самоуправления не вправе становиться участниками хозяйственных обществ и вкладчиками в товариществе на вере, если иное не установлено законом. Приведенная норма направлена на защиту интересов соответствующих юридических лиц и стоящих за ними в качестве собственников Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований <*>. Вместе с тем установлены специальные правила, относящиеся к возможности участия в соответствующем качестве самой Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. В подтверждение можно сослаться на п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8. Им предусмотрено, что "в случаях, когда учредителем (участником) хозяйственного общества или товарищества, созданного и зарегистрированного до 8 декабря 1994 г., в соответствии с ранее действовавшим законодательством выступил государственный орган или орган местного самоуправления, после введения в действие Кодекса его учредителем (участником) признаются соответственно Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование" <***>.

<*> См. ст. ст. 124 и 125 Гражданского кодекса РФ.

<***> Сборник постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2005 годы). С. 41.

Среди других могут быть выделены ограничительные правила участия в хозяйственных обществах и товариществах либо отдельных их видах, указанных в п. 4 ст. 66 ГК. Все такого рода ограничения в полной мере относятся и к выступлению в качестве стороны учредительного договора соответствующего общества или товарищества.

Во всех случаях, когда оказывается, что лицо, подписавшее учредительный договор, не обладало необходимыми для этого правами и было привлечено в качестве учредителя вопреки прямо обозначенным в законе запретам или ограничениям, договор должен признаваться недействительным.

Возможны ситуации, при которых основания признания сделки недействительной устанавливаются применительно к учредительному договору, насчитывающему более двух участников. Тогда возникает вопрос о судьбе учредительного договора в отношении остальных участников. В подобном случае речь идет о применении ст. 180 ГК, имея в виду, что недействительная часть сделки может и не влечь недействительности прочих ее частей. Непременным основанием для этого должна служить возможность предположения того, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части.

Учредительный договор рассчитан на особое доверие его сторон друг к другу. Вместе с тем степень фидуциарности заключенных учредительных договоров различна. Есть основание считать ее наибольшей для полного товарищества и меньшей, если не считать акционерного общества, учитывая особенности его учреждения, - для общественных и религиозных объединений. Есть основания предположить и то, что она оказывается тем большей, чем меньшим является число учредителей и тем самым доля участия каждого. Таким образом, для признания в указанных случаях соответствующей части договора сохранившей силу возникает потребность учитывать отмеченное обстоятельство. Разумеется, потребность прибегнуть к этому признаку существует только тогда, когда хотя бы один из оставшихся учредителей (участников) возражает против сохранения юридической силы за учредительным договором. При единодушии оставшихся учредителей, выступающих за сохранение создаваемого юридического лица, естественно, отпадает необходимость принимать во внимание степень фидуциарности, о которой идет речь, поскольку согласие сохранить договор само по себе подтверждает наличие необходимого доверия.

Особая ситуация возникает тогда, когда лицо при определенных условиях выходит из состава учредителей или выбывает из него помимо своей воли. На этот счет действуют специальные нормы, которые отражают присущую соответствующему виду обществ (товариществ) фидуциарность - степень доверия участников друг к другу.

Так, п. 1 ст. 76 ГК ("Изменение состава участников полного товарищества") предусматривает возможность сохранения действия учредительного договора на случай выхода или смерти кого-либо из товарищей, признания одного из них безвестно отсутствующим, недееспособным или ограниченно дееспособным либо несостоятельным (банкротом), открытия в отношении одного из участников реорганизационных процедур по решению суда и других указанных в статье обстоятельств, если только это предусмотрено учредительным договором товарищества или соглашением остающихся участников. В то же время ст. 78 ГК ("Последствия выбытия участника из полного товарищества") регулирует среди прочего вопросы правопреемства на случай смерти участника-гражданина или реорганизации участника - юридического лица. Применительно к первому случаю предусмотрено, в частности, вступление в полное товарищество наследника, при этом лишь с согласия других участников, а ко второму - вступление правопреемника реорганизованного юридического лица лишь с согласия оставшихся участников, если только иное не предусмотрено учредительным договором товарищества <*>. В той же ст. 78 ГК определен порядок регулирования расчетов с наследниками (правопреемниками), которые не вступили в товарищество. Соответствующие нормы могут при определенных обстоятельствах оказать аналогичное влияние на судьбу учредительного договора.

<*> В период действия ГК 1964 г. было высказано мнение о том, что, "поскольку обязательства участников договора носят личный характер, при признании их недееспособными или ограниченно

дееспособными, безвестно отсутствующими или при объявлении умершими в установленном порядке, а также в случаях смерти гражданина-участника либо реорганизации участника - юридического лица обязательства с их участием прекращаются, а учредительный договор подлежит новации с учетом обновленного субъектного состава" (Гражданское право. Т. 2. Полутом II / Под ред. Е.А. Суханова. С. 380).

-
КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) (под ред. О.Н. Садикова) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2005 (издание третье, исправленное, дополненное и переработанное).

-
С точки зрения действующего ГК (ст. 414), признающего основанием для новации соглашение сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между теми же лицами, предусматривающим иной предмет или способ исполнения, тем самым исключается возможность считать новацией перемену субъектного состава обязательства. В настоящее время есть основания в рассмотренном усмотреть особый вариант изменения условий обязательства. Имеется в виду изменение, в котором "обязательство не прекращается, а продолжает действовать в измененном виде" (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2002. С. 176 (автор - О.Ю. Шилохвост)).

С вопросом о субъектном составе учредительного договора связана и возможность свободного выхода учредителей из состава участников созданного юридического лица. За участниками (учредителями) закреплено такое право статьями, посвященными полному товариществу (п. 1 ст. 77 ГК), обществу с ограниченной ответственностью (ст. 94 ГК и ст. 26 Закона "Об обществах с ограниченной ответственностью"), ассоциациям и союзам (п. 2 ст. 123 ГК). В частности, придавая особое значение указанному праву применительно к полным товариществам, п. 2 ст. 77 ГК признает ничтожным соглашение между участниками об отказе от права свободного выхода из товарищества.

Порядок заключения и форма учредительного договора. Статья 52 ГК включает в круг существенных условий учредительного договора помимо тех, которые являются обязательными в целом для учредительных документов, определение порядка совместной деятельности по созданию юридического лица, условия передачи ему учредителями своего имущества и участия в его деятельности, условия и порядок распределения между участниками прибыли и убытков, управления деятельностью юридического лица, выхода учредителей (участников) из его состава. Таким образом, в приведенной общей норме перечень существенных для учредительного договора условий охватывает обе стадии учреждения юридического лица: и его образование, и осуществление деятельности юридического лица после его создания.

Круг существенных условий учредительного договора может быть установлен в дополнение к указанным в ст. 52 ГК применительно к отдельным видам создаваемых юридических лиц в самом ГК и в отдельных законах.

В число специальных норм, о которых идет речь, входят прежде всего те, что упомянуты в ГК в отношении полного товарищества (п. 2 ст. 70), товарищества на вере (п. 2 ст. 83), общества с

ограниченной ответственностью (п. 2 ст. 89), ассоциаций (союзов) коммерческих и некоммерческих организаций (п. 2 ст. 122).

Так, помимо указанных в п. 2 ст. 52 ГК для учредительного договора полного товарищества к существенным относятся условия о размере и составе складочного капитала товарищей, размере и порядке изменения долей каждого из участников в складочном капитале, размере, составе, сроках и порядке внесения участниками вкладов, а также об ответственности участников за нарушение обязанности по внесению вкладов (п. 2 ст. 70 ГК); для учредительного договора при создании товариществ на вере - условия о размере и составе складочного капитала, размере и порядке изменения доли каждого из полных товарищей в складочном капитале, размере и составе, сроках, а также порядке внесения ими вкладов, их ответственности за нарушение обязанностей по внесению вкладов, о совокупном размере вкладов, вносимых вкладчиками (п. 2 ст. 83 ГК). В отношении общества с ограниченной ответственностью Кодекс содержит указание на необходимые условия уже не только учредительного договора, но и учредительных документов в целом, не делая различий с точки зрения их содержания между учредительным договором и уставом. К существенным условиям в этом случае относятся размер уставного капитала общества, а также долей каждого из участников, размер, состав, сроки и порядок внесения участниками вкладов, ответственность за нарушение обязанностей по внесению вкладов, состав и компетенция органов управления обществом и порядок принятия ими решений, включая в дополнение к этому другие вопросы, которые должны приниматься непременно единогласно или квалифицированным большинством голосов (п. 2 ст. 89 ГК). В свою очередь ст. 122 (п. 2) ГК, имея в виду ассоциации и союзы юридических лиц, предусматривает необходимость включения в их учредительные документы условий о составе и компетенции органов управления ассоциацией (союзом) и порядке принятия ими решений, выделяя особо вопросы, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным большинством голосов членов ассоциации (союза), а также о порядке распределения имущества, которое остается после ликвидации ассоциации (союза) <*>.

<*> Есть основания полагать, что во всех тех случаях, когда в дополнение к ст. 52 ГК применительно к отдельным видам хозяйственных товариществ и обществ указано на непереносное включение условий в учредительные документы, под которыми имеются в виду устав и учредительный договор, место соответствующих условий, дополняющих ст. 52 ГК, определяется по выбору сторон с учетом особенностей самих условий.

Аналогичным образом ст. 14 Закона "О некоммерческих организациях" отнесла к необходимым условиям учредительного договора таких организаций определение порядка совместной деятельности по их созданию, условий передачи участниками своего имущества организации и участия в ее деятельности, порядка выхода учредителей (участников) из состава организации. Одновременно, не проводя разграничения между содержанием учредительного договора и устава, Закон установил необходимость включения в учредительные документы ассоциаций (союзов) и некоммерческого партнерства условий о составе и компетенции органов управления, порядке принятия ими решений, включая вопросы, решения по которым должны приниматься единогласно или квалифицированным большинством голосов, а также о порядке распределения имущества, оставшегося после ликвидации ассоциации (союза).

При сравнении норм ГК, определяющих существенные (необходимые) условия учредительного

договора, обращает на себя внимание все же некоторая непоследовательность в решении соответствующего вопроса. Представляется целесообразным в дальнейшем определить применительно к каждому виду юридических лиц, создаваемому на основе двух учредительных документов (учредительного договора и устава), набор существенных (необходимых) условий именно учредительных договоров. При этом, очевидно, такой набор все же будет учитывать, должно ли юридическое лицо в соответствии с ГК или специальным законом создаваться на основе помимо учредительного договора также и устава, имея в виду возможность расширить круг существенных условий этих последних.

Отнесение учредительных договоров к числу "учредительных документов" уже само по себе означает обязательность письменной формы таких договоров. Подобный вывод можно сделать и руководствуясь п. 1 ст. 70 ГК ("Учредительный договор полного товарищества"), п. 1 ст. 83 ГК ("Учредительный договор товарищества на вере"), а также п. 1 ст. 122 ГК ("Учредительные документы ассоциаций и союзов"). Во всех этих статьях содержится указание на то, что учредительный договор "подписывается сторонами". Специальный порядок заключения учредительного договора установлен в некоторых законах, которые посвящены отдельным видам юридических лиц. Примером может служить Закон "О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан". В нем установлено, что проект учредительного договора местных или межрайонных ассоциаций (союзов) садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений принимается общим собранием членов объединения и подписывается председателем правления соответствующего объединения (ст. 9).

Права и обязанности сторон учредительного договора. Общие на этот счет указания содержатся, в частности, в ст. 67 ГК. В ней выделены права на участие в управлении делами соответствующего коллективного образования (товарищества или общества), на получение информации о его деятельности и знакомство с бухгалтерскими книгами и иной документацией в установленном учредительными документами порядке, а также на участие в распределении прибыли, получение на случай ликвидации хозяйственного товарищества или общества части имущества, оставшегося после расчетов с кредиторами, или его стоимости. К обязанностям участников хозяйственного товарищества или общества отнесено внесение вкладов в порядке, размерах, способах и в сроки, предусмотренные учредительными документами, а также неразглашение конфиденциальной информации, относящейся к его деятельности. Участники могут иметь и иные права, предусмотренные ГК, законами о хозяйственных обществах, учредительными документами товарищества или общества, а также нести иные обязанности, которые предусмотрены учредительными документами. Речь идет о правах и обязанностях, относящихся к обеим стадиям соответствующих договоров, т.е. до и после внесения необходимых записей в Единый государственный реестр юридических лиц (именно вторая стадия должна быть признана создающей отношения корпоративного характера, учитывая, что как раз в них корпоративность образования получает наиболее полное проявление).

Особый круг прав и обязанностей предусмотрен для специальной категории участников - вкладчиков товарищества на вере. Этот круг в целом оказывается более узким по сравнению с тем, который установлен для другой категории участников того же вида товариществ - полных товарищей. Речь идет прежде всего о праве на участие в управлении и ведении дел товарищества, которое в этом виде товариществ принадлежит только полным товарищам. Особенность составляет также отсутствие у вкладчиков права оспаривать действия других участников по управлению и ведению дел товарищества. В обязанность вкладчиков не входит неразглашение конфиденциальной информации о деятельности товарищества. При этом принимается в расчет, что подобная информация вкладчику

вообще предоставляться не должна и соответственно он не может владеть ею. С неучастием вкладчиков в управлении товариществами связано и то, что определенная часть риска их деятельности переходит к полным товарищам. Это отчасти находит свое выражение в том, что при ликвидации товарищества на вере, в том числе и вследствие его банкротства, за вкладчиками признается преимущественное перед полными товарищами право на получение вкладов из общего состава имущества товарищества, которое осталось после того, как были удовлетворены требования его кредиторов (п. 2 ст. 86 ГК "Ликвидация товарищества на вере").

Статья 67 ГК в ряде случаев содержит прямую отсылку к учредительным документам, в которых должны конкретизироваться установленным в ней образом соответствующие права и обязанности. Предусмотрена, например, необходимость указания в учредительных документах хозяйственного товарищества или общества (если учредительными документами являются учредительный договор и устав, то по крайней мере в одном из них) порядка получения участниками информации о деятельности хозяйственного товарищества (общества), ознакомления с бухгалтерскими книгами и иной документацией, а равно о порядке, размере, способах и сроках внесения вкладов.

Отмеченные общие требования, имеющие в виду закрепление дополнительных прав и обязанностей участников в учредительных договорах хозяйственных товариществ и обществ, конкретизируются в ст. 73 ГК ("Обязанности участника полного товарищества"), ст. 85 ГК ("Права и обязанности вкладчика товарищества на вере"), ст. 93 ГК ("Переход доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью к другому лицу") и др.

ГК и специальные законы предусматривают наряду с неперенными условиями учредительного договора и такие, которые содержатся в диспозитивных нормах. Применительно к полным товариществам имеется в виду установление порядка подсчета количества голосов участников (п. 2 ст. 71), а равно распределения прибыли и убытков (п. 1 ст. 74).

Основу учредительного договора составляют взаимные обязательства его сторон, направленные в совокупности на создание юридического лица. В связи с возможным разрывом во времени между подписанием учредительного договора и регистрацией юридического лица необходимо обеспечение создания материальной базы для деятельности соответствующего образования. Имея это в виду, учредители обычно принимают на себя обязательство соединить взносы для обеспечения совместной деятельности по созданию юридического лица. С этой целью предусмотрено, что стороны, конкретизируя в учредительном договоре такого рода обязанности, устанавливают в нем, когда, что и в каком объеме должно быть внесено в качестве подобного взноса. Что же касается правового режима иного имущества в течение указанного времени (до регистрации юридического лица), речь может идти о близости его к тому, который установлен ст. ст. 244 - 256 гл. 16 ("Общая собственность") ГК. При этом вопрос о судьбе имущества, оставшегося после достижения цели, о которой идет речь, решается соглашением учредителей (участников).

Применительно к внесению вкладов учредителями (участниками) в общее имущество юридического лица возникает вопрос о сроках исполнения соответствующей обязанности. Прямой ответ на него содержится в п. 2 ст. 73 ГК, относящемся к полному товариществу и к полным товарищам товариществ на вере, а также в п. 3 ст. 90 ГК, относящемся к обществу с ограниченной ответственностью. Так, на участника полного товарищества (полного товарища в товариществе на вере) возлагается обязанность внести к моменту государственной регистрации не менее половины вклада в складочный капитал. Аналогичная обязанность возлагается и на учредителя (участника) в обществе с ограниченной (дополнительной) ответственностью.

Законом "Об обществах с ограниченной ответственностью" (ст. 16) предусматривается обязанность учредителя внести вклад в уставный капитал в течение срока, который определен учредительным договором, с тем, что не может такой срок превышать одного года, исчисляемого с момента государственной регистрации. В то же время размер вклада каждого из учредителей должен быть не менее номинальной стоимости его доли. Обязанность внесения вклада подчиняется правилу, в соответствии с которым на момент государственной регистрации он должен быть оплачен учредителем не менее чем наполовину. При этом установлен запрет на полное освобождение учредителя от необходимости внесения вклада, включая и запрет зачета соответствующих его требований, которые могут возникнуть, к обществу. Гарантия, о которой идет речь, имеет целью отразить прежде всего интересы гражданского оборота (третьих лиц).

Определенные права и обязанности, связывающие учредителей с учрежденным ими юридическим лицом, приобретают силу для учредителей и юридического лица лишь с того момента, когда юридическое лицо будет в установленном порядке учреждено (внесена соответствующая запись в Единый государственный реестр юридических лиц).

Ответственность сторон учредительного договора. Поскольку отношения между учредителями (участниками) в предусмотренных в ГК (специальном законодательстве) случаях основаны на связывающем их учредительном договоре, решение ряда вопросов относительно взаимной ответственности сторон предопределено особенностями этого договора. Прежде всего, это относится к самой конструкции учредительного договора, при которой каждый из учредителей является носителем некоторых единых с точки зрения их содержания прав и обязанностей по отношению не только к самому юридическому лицу, но и к другим учредителям. Еще одна особенность учредительного договора, на что уже обращалось внимание, состоит в том, что учредительный договор, по крайней мере в соответствующей его части, действует и до государственной регистрации юридического лица.

В связи с тем что основная обязанность сторон учредительного договора до момента государственной регистрации юридического лица сводится к обеспечению создания условий нормальной его деятельности, в случаях, если учредитель уклоняется от совершения необходимых для этого действий, в том числе тогда, когда именно по указанной причине учредить в установленный срок юридическое лицо не удалось, остальные учредители вправе требовать от него возмещения убытков, а если это установлено учредительным договором - то и выплаты неустойки.

Взаимный характер отношений учредителей с учреждаемым обществом (товариществом) предопределил одинаковую возможность наступления в случаях, специально обозначенных в ГК или в законе, ответственности учредителей перед созданным юридическим лицом и самого этого юридического лица перед учредителями.

В виде общего правила ответственность учредителя (участника) по обязательствам учреждаемого юридического лица, равно как и юридического лица по обязательствам учредителя (участника), не наступает. Исключения из этого правила должны быть предусмотрены Кодексом либо учредительными документами юридического лица (п. 3 ст. 56 ГК).

Соответствующая на этот счет норма не дает ответа на вопрос о характере ответственности, о которой идет речь, в том числе является ли она солидарной, субсидиарной или долевой. В ряде случаев приняты нормы применительно к отдельным видам юридических лиц. Так, в ст. 11 Закона "Об обществе с ограниченной ответственностью" предусмотрено, что учредители общества несут солидарную ответственность по обязательствам, связанным с учреждением общества и возникшим до

его государственной регистрации. Одновременно установлено, что общество несет ответственность по обязательствам учредителей, связанным с его учреждением, только в случае последующего одобрения их действий общим собранием участников общества.

К числу специальных норм об ответственности учредителей, распространяющихся на нее общий правовой режим, установленный для участников, могут быть отнесены те, которые включены среди прочих в ст. 75 ГК ("Ответственность участников полного товарищества по его обязательствам"). В этой статье содержится общее правило, в силу которого участники полного товарищества солидарно несут субсидиарную ответственность всем своим имуществом по обязательствам товарищества. При этом выделено то, что участник, не являющийся учредителем, отвечает наравне с другими участниками по тем обязательствам, которые возникли до того, как он вступил в товарищество. Приведенная норма позволяет признать, что учредители, как и участники полного товарищества, независимо от того, являются ли последние учредителями, должны нести солидарно субсидиарную ответственность по долгам созданного юридического лица в общем порядке. Применимы к учредителям и другие установленные в той же статье правила, действующие для выбывшего участника. В частности, имеется в виду, что все предусматривающие ответственность нормы, закрепленные ст. 75 ГК, являются императивными. С учетом этого обстоятельства п. 3 указанной статьи устанавливает, что соглашение участников товарищества, а значит, и его учредителей, которым предусмотрены ограничения их ответственности, ничтожно.

Прекращение и изменение учредительного договора. На учредительные договоры распространяются общие нормы гл. 29 ГК ("Изменение и расторжение договора"). Имеется в виду в первую очередь ст. 450 ГК ("Основания изменения и расторжения договора"). Из нее следует, что наряду с другими и учредительный договор может изменяться и расторгаться не только по соглашению его сторон, но и по решению суда, основанному на требовании одной из сторон. Речь идет о существенных нарушениях договора другой стороной, а также о прочих случаях, которые предусмотрены Кодексом, иными законами или договором. Изменение и расторжение учредительного договора могут происходить в режиме, установленном ст. 451 ГК, по причине существенного изменения обстоятельств, из которых исходили стороны при заключении договора.

Порядок изменения и расторжения учредительного договора определяется ст. 452 ГК, а последствия изменения и расторжения учредительного договора - ст. 453 ГК.

В подобных случаях учитываются присущая отношениям учредителей фидуциарность, а также общие цели, которые они поставили перед собой при учреждении общества (товарищества). Именно с этим связано признание того, что "изменение субъектного состава участников договора возможно, в виде общего правила, лишь с согласия всех учредителей. Переход имущественных прав от одного лица к другому в порядке правопреемства (например, при наследовании права на вклад в уставном фонде юридического лица) еще не приводит к возникновению у правопреемника статуса участника учредительного договора. Такие права он может приобрести только с момента подписания учредительного договора с согласия всех учредителей. Получается, что традиционные институты уступки права требования и перевода долга к учредительному договору не вполне применимы" <*>.

<*> Козлова Н.В. Указ. соч. С. 4.

К числу специальных норм об изменении учредительных договоров относится, в частности, ст.

33 Закона "Об обществах с ограниченной ответственностью", в соответствии с которой решение вопроса о внесении изменений в учредительный договор - в исключительной компетенции общего собрания участников общества.

Пункт 3 ст. 52 ГК, не делая исключений для учредительных договоров, устанавливает общие последствия изменения учредительных документов для третьих лиц. В нем предусмотрено, что изменения, о которых идет речь, приобретают силу для третьего лица только с момента государственной регистрации учредительного документа. Применительно к особым случаям, предусмотренным в законе, установлен уведомительный порядок, предполагающий, что для действительности произведенных изменений достаточно извещения органа, осуществляющего государственную регистрацию. При этом, защищая интересы третьих лиц, тот же п. 3 ст. 52 ГК включил указание на то, что юридическое лицо, а также его учредители (участники) не вправе ссылаться на отсутствие государственной регистрации таких изменений в отношениях с третьими лицами, которые действовали с учетом имевших место изменений.

Изменения учредительного договора могут коснуться не только его субъектного состава (имеется в виду выбытие кого-либо из состава хозяйственного товарищества либо общества или иного корпоративного юридического лица, а также вступление в него нового участника), но также и других условий того же договора.

Государственная регистрация изменений, внесенных в учредительный договор, осуществляется в порядке, предусмотренном ст. 18 Закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" <*>. Соответствующие изменения вносятся в Единый государственный реестр юридических лиц <***>. Уведомления о соответствующих изменениях направляются в порядке, предусмотренном ст. 19 того же Закона. Орган, ведущий указанный реестр, осуществляет предварительную проверку изменений, о которых идет речь, и в случае нарушения закона должен отказать в их государственной регистрации <****>. За сторонами признается право оспорить в суде действия соответствующих органов.

<*> СЗ РФ. 2001. N 33 (ч. I). Ст. 3431.

<***> См.: Правила ведения Единого государственного реестра юридических лиц и предоставления содержащихся в нем сведений // СЗ РФ. 2002. N 26. Ст. 2585.

<****> О значении, которое приобретает указанное обстоятельство, можно судить уже по тому, что утвержденная Постановлением Правительства РФ от 19 июня 2002 г. (СЗ РФ. 2002. N 26. Ст. 2589) форма заявления о государственной регистрации изменений, вносимых в учредительные документы юридического лица, предусматривает необходимость указания заявителя на то, что им соблюден установленный Законом порядок принятия решения о внесении изменений в учредительные документы юридического лица.

Публичный характер таких изменений связан с тем, что "учредительные документы обязательны не только для заключивших учредительный договор или утвердивших устав учредителей, но и для всех, кто вступает в отношения с данным юридическим лицом, включая органы государственной и муниципальной власти" (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 145).

Так, при рассмотрении дела по иску товарищества с ограниченной ответственностью о

признании недействительным отказа соответствующего органа в государственной регистрации произведенных изменений учредительного договора (изменения в данном случае выразились в сокращении числа учредителей, уменьшении размера уставного капитала реорганизованного товарищества и др.) Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ все же признал обоснованным отказ в государственной регистрации. Он указал (по одному из рассмотренных им дел) на то, что в силу ст. 91 ГК решение соответствующих вопросов входит в исключительную компетенцию общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью. Имелся в виду вопрос об изменении размеров уставного капитала, а также то, что при преобразовании товарищества в общество с ограниченной ответственностью не был нарушен порядок, установленный для реорганизации юридических лиц (п. 2 ст. 59 ГК). Президиум обратил внимание в то же время и на еще одно обстоятельство: отказ в регистрации был оспорен не учредителем, а товариществом, которым изменения и дополнения в учредительные документы внесены не были <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 1996. N 7. С. 87 - 88.

Ликвидация общества (товарищества) означает одновременно прекращение действия учредительного договора. Это относится к обоим указанным в п. 2 ст. 61 ГК случаям ликвидации юридического лица. Имеются в виду, во-первых, решение самих учредителей о ликвидации юридического лица, в том числе в связи с истечением срока, на который оно создано, либо достижение цели, для которой оно создано, и, во-вторых, наличие в указанных в ГК случаях решений на этот счет суда.

Признание учредительного договора недействительным может служить основанием для ликвидации юридического лица. Речь идет, в частности, о применении п. 2 ст. 25 Закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей". Указанная норма закрепляет за регистрирующим органом право обращения в суд с требованием о ликвидации юридического лица. Основаниями для удовлетворения подобных требований служат допущенные при создании юридического лица грубые нарушения закона или иных правовых актов (если эти нарушения носят неустранимый характер), а также неоднократные либо грубые нарушения закона (или иных правовых актов) о государственной регистрации юридических лиц.

В свою очередь, признание учредительного договора недействительным должно рассматриваться как основание для ликвидации юридического лица. По этому поводу справедливо отмечалось: "Прекращение действия учредительного договора вследствие ликвидации юридического лица нельзя смешивать с признанием учредительного договора недействительным и связанной с этим ликвидацией юридического лица. Учредительный договор может быть признан недействительным на основе общих норм гражданского законодательства. В случае признания недействительным учредительного договора одновременно недействительным признается факт государственной регистрации созданного на его основе юридического лица. Поэтому в качестве общего последствия признания недействительными учредительного договора и акта государственной регистрации юридического лица является не реституция и иные последствия, предусмотренные п. 2 ст. 167 ГК РФ, а ликвидация юридического лица в порядке, установленном ст. ст. 61 - 64 ГК РФ. Это объясняется тем, что в таких случаях речь идет о необходимости среди прочего ликвидации имущественных и неимущественных последствий незаконного создания и функционирования субъекта гражданских правоотношений" <*>.

<*> Ем В.С., Козлова Н.В. Указ. соч. С. 13 - 14.

Вместе с тем следует учесть то, что вопрос о ликвидации юридического лица может вообще не возникнуть, если речь идет о недействительности лишь части учредительного договора. В подобных случаях применению подлежит ст. 180 ГК ("Последствия недействительности части сделки").

В свое время Г.Ф. Шершеневич выделял четыре основания прекращения полного товарищества (тем самым и учредительного договора): общее согласие участников, истечение срока, несостоятельность товарищества, а также вынесение в определенных случаях судебного на этот счет решения. Вместе с тем автор указывал и на еще два основания для прекращения товарищества на вере. Имелись в виду: изменение состава участников, а также распадение товарищества по таким основаниям, как общее согласие товарищей, истечение срока договора, несостоятельность товарищества, отсутствие необходимого числа товарищей <*>.

<*> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 356 - 358, 380 - 381.

Круг оснований, о которых идет речь, стал теперь более широким. Так, еще до принятия действующего ГК Н.В. Козлова назвала их девять, не претендуя к тому же на исчерпывающий характер указанного ею перечня <*>.

<*> Имелись в виду, в частности, достижение цели создания юридического лица, невозможность создания юридического лица, истечение срока действия учредительного договора (если он нес срочный характер), соглашение сторон о расторжении учредительного договора, признание договора недействительным, заявление требований учредителей о его расторжении и др. (см.: Козлова Н.В. Указ. соч. С. 95 - 96).

Одновременно был сделан вывод, в силу которого "вызывает большие сомнения обязательность тех положений устава (допустим, относительно последствий неисполнения учредителем обязательства по внесению вклада), в процессе принятия которых данный учредитель проголосовал против. Непонятно также, как будут разрешаться возможные имущественные конфликты между участниками при их выходе из состава общества, если Положением порядок выхода и приема новых участников не урегулирован, а в числе постановлений, обязательных для включения в устав, эти условия не предусмотрены (п. 20). Представляется необходимым, чтобы в специальных законах, регулирующих взаимоотношения между учредителями в процессе создания и деятельности различных видов договорных объединений, соотношение учредительного договора и устава было установлено предельно четко" <*>.

<*> Там же. С. 76.

Оба предложения (полностью отказаться от самой возможности расхождения либо предложить решение, исключающее саму возможность расхождения), которые были адресованы действующему законодательству, все же являются спорными по своему существу. Имеется в виду, что сама возможность расхождения, о которой идет речь, делает более гибким соответствующее решение, учитывающее специфику, во-первых, избранного вида юридического лица и, во-вторых, наиболее соответствующего интересам обоих решение.

2. Договор о создании акционерного общества

Понятие договора о создании акционерного общества. Второй из видов договоров об образовании юридического лица составляет договор о создании акционерного общества. Этому договору посвящены отдельные нормы ГК, а также Федерального закона "Об акционерных обществах" <*> (далее - Закон).

<*> СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 1; 2006. N 2. Ст. 172.

Непосредственным предшественником Закона было Положение об акционерных обществах, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 25 декабря 1990 г. <*>. Указанное Положение исходило из того, что основанием возникновения отношений по поводу создания акционерного общества должна была служить подписанная всеми учредителями "Заявка на регистрацию". Такая "заявка" признавалась формальным договором между учредителями <***>.

<*> СП РСФСР. 1991. N 6. Ст. 92.

<***> Как отмечала при создании нового Закона Г.С. Шапкина, "в отличие от Положения об акционерных обществах... Закон не считает договор учредителей о создании общества учредительным документом общества, поскольку данный договор определяет лишь порядок осуществления учредителями деятельности по учреждению общества, а также их взаимные права и обязанности, возникающие в процессе создания общества. Срок действия учредительного договора Законом не определен, следовательно, если указанный срок не будет установлен в самом договоре, то он будет действовать до момента полного исполнения обязательств (в том числе и по оплате распределенных акций) всеми учредителями. Учредительными документами общества не являются также ни протокол, ни решение собрания его учредителей.

Закон признает в качестве учредительного документа акционерного общества лишь устав, требования которого обязательны для исполнения всеми органами и акционерами общества" (Шапкина Г.С. Федеральный закон "Об акционерных обществах": Практический комментарий к применению. М., 1996. С. 29 - 30).

Точно так же О.Ю. Шилов обращает внимание на то, что "договор о создании акционерного общества... нередко отождествляется с учредительным договором, что не вполне оправданно с учетом более узкого содержания такого договора по сравнению с учредительным договором (ст. 52 ГК), а также в силу прямого указания на то, что договор о создании акционерного общества не является его учредительным документом (п. 5 ст. 9 Закона "Об акционерных обществах")" (Гражданское право

Действующий Гражданский кодекс (п. 1 ст. 98), а также Закон предусматривают необходимость заключения между учредителями договора о создании акционерного общества (п. 5 ст. 9). При всем его значении договор, о котором идет речь, в отличие от учредительного договора не является учредительным документом <*>. Это прямо следует из п. 3 ст. 98 ГК, в силу которого "учредительным документом является его устав, утвержденный учредителями". По указанной причине на него не распространяются общие нормы об учредительных документах юридического лица (см. ст. ст. 49, 52 и др. ГК). Соответственно, договор о создании акционерного общества не входит в перечень предусмотренных в Законе "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" учредительных документов, которые должны служить основанием для государственной регистрации акционерного общества.

-
КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах" (постатейный) М.В. Телюкиной включен в информационный банк.

-
<*> М.В. Телюкина усматривает причину отнесения к числу учредительных документов только устава в том, что "при функционировании АО субъектный состав его учредителей не имеет значения (так как АО является объединением капиталов, а не лиц). Соответственно, при передаче активов акционеры меняются: если бы учредительный договор был учредительным документом, то при каждом изменении состава акционеров "приходилось бы осуществлять перерегистрацию АО" (Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах (постатейный)". М., 2005. С. 71).

До настоящего времени продолжается спор по поводу правовой природы договора о создании акционерного общества. Имеется в виду его соотношение с двумя другими посвященными образованию корпоративных организаций договорами (речь идет о договоре простого товарищества и учредительном договоре).

Весьма распространенная точка зрения сводится к тому, что все договоры, о которых идет речь, в сущности представляют собой договор об образовании простого товарищества. В этой связи, в частности, обращается внимание на то, что "учредительный договор является по существу разновидностью договора о совместной деятельности, предусмотренной ст. ст. 1041 - 1054 ГК (указанные статьи составляют в совокупности гл. 55 ГК "Простое товарищество". - М.Б.). Именно так он определен в п. 1 ст. 98 ГК, регулирующем образование акционерного общества" <*>.

<*> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 246.

Этой же точки зрения придерживается и В.В. Залесский, полагающий, что "договор о создании общества (имеется в виду акционерное общество. - М.Б.) следует отнести к договорам простого товарищества (договорам о совместной деятельности), в котором двое или несколько лиц обязуются соединить свои вклады и соответственно действовать для достижения цели, не противоречащей закону (ст. 1041 ГК)" <*>. Близкие к этому взгляды высказывают, в частности, О.Н. Крапивин и В.И. Власов <***>.

<*> Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах" / Под ред. Г.С. Шапкиной. М., 2002. С. 75. См. также: Телюкина М.В. Указ. соч. С. 69.

<***> В этой связи указанными авторами обращено внимание на то, что "в целом отношения между учредителями можно рассматривать как отношения товарищей в простом товариществе, создаваемом и действующим согласно статьям 1041 - 1054 ГК РФ. По договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону цели" (Крапивин О.Н., Власов В.И. Комментарий к Закону "Об акционерных обществах". М., 1998. С. 51).

Отождествление договора об образовании акционерного общества с договором простого товарищества способно вызвать определенные возражения.

Прежде всего, это связано с тем, что единственной целью договора о создании акционерного общества служит образование соответствующего юридического лица, между тем ст. 1041 ГК допускает, как из нее можно сделать вывод, достижение неограниченного числа не противоречащих закону результатов его деятельности, кроме одного - именно образования юридического лица. По этой причине обоснованным представляется утверждение Д.И. Степанова: "Нельзя поставить знак равенства между договором учредительным по созданию АО и договором простого товарищества. Легальная дефиниция договора простого товарищества, содержащаяся в п. 1 ст. 1041 ГК РФ, указывает на один из существенных признаков этого договора, а именно: стороны по такому договору совместно действуют без образования юридического лица, строго учитывая направленность данного договора на создание юридического лица, очевидно, поэтому смешение этих видов недопустимо" <*>.

<*> Степанов Д. Особенности договора учредителей о создании акционерного общества // Хозяйство и право. 2000. N 2. С. 45.

Близкую, хотя и более осторожную позицию занимает М.Ю. Тихомиров, полагающий, что, "несмотря на неполное совпадение субъектного состава возможных сторон договора о совместной деятельности (имеется в виду договор о совместной деятельности, отождествляемый с договором простого товарищества. - М.Б.) и договора о создании акционерного общества при создании акционерного общества, вполне допустимо при подготовке договора о его создании ориентироваться также на правовые нормы, установленные в ст. ст. 1041 - 1054 ГК РФ" (Комментарий к Федеральному закону "Об акционерных обществах". М., 2003. С. 67).

Не совсем однозначной показалась и позиция В.В. Чубарова. Им справедливо отмечается, что при создании акционерного общества закрытого или открытого типа (п. 1 ст. 98 ГК) "между учредителями общества заключается договор о совместной деятельности, целью которого является регистрация общества в качестве юридического лица. В период действия договора к нему применяются общие нормы гражданского законодательства о сделках" (Гражданское право России: Обязательственное право: Курс лекций. М., 2004. С. 727). С этим следовало бы согласиться, если бы автор не придерживался той точки зрения, что "договор о создании акционерного общества строится по модели договора простого товарищества" (Там же. С. 72, 727; см. об этом также: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. С. 751).

Среди аргументов в пользу самостоятельной природы договоров о создании акционерных обществ можно указать также на ограниченный по общему правилу период действия таких договоров. Указанный договор направлен на учреждение юридического лица, вследствие чего его цель оказывается достигнутой именно в момент, когда юридическое лицо (акционерное общество) признается созданным. Собственно деятельность учрежденного акционерного общества, таким образом, оказывается вне действия договора о создании акционерного общества. Это, однако, не исключает того, что возможно и после учреждения акционерного общества возникновение между учредителями споров, связанных с исполнением договора о создании акционерного общества. Не исключается также и возникновение споров, возбужденных учредителями по поводу признания недействительным самого договора о создании акционерного общества, равно как и оспаривание регистрации учрежденного общества.

По поводу разграничения двух договоров - о создании акционерного общества и простого товарищества - в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 ноября 2003 г. N 19 обращается внимание на то, что "заключаемый учредителями акционерного общества договор о создании общества является договором о совместной деятельности по учреждению общества и не относится к учредительным документам (п. 5 ст. 9 Закона). В связи с этим при рассмотрении спора о признании договора о создании акционерного общества недействительным суды должны руководствоваться соответствующими нормами Гражданского кодекса Российской Федерации о недействительности сделок" <*>.

<*> Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2005 годы). С 216 - 217.

В этой связи представляется обоснованной позиция тех, кто выступает в пользу трехчленной квалификации договоров о создании корпоративных образований и, более того, имея в виду создание акционерных обществ, полагает, что "деятельность учредителей, направленная на создание общества, распределение между ними прав и обязанностей в связи с созданием общества, определение содержания устава общества, регулируется договором, заключаемым учредителями в письменной форме... Договор о создании общества (о совместной деятельности по учреждению общества) является самостоятельным видом обязательно-правового договора, имеющего специальный режим ответственности участников договора по обязательствам, связанным с созданием общества" <*>.

<*> Мозолин В.П., Юденков А.П. Комментарий к Закону об акционерных обществах. М., 2002. С. 51.

Стороны договора о создании акционерного общества. Статья 10 Закона определяет круг тех, кто может выступать учредителями акционерного общества <*>. Общее на этот счет правило выражается в предоставлении такой возможности как гражданам, так и юридическим лицам, принявшим решение об учреждении акционерного общества. При этом особо оговорена возможность создания акционерного общества одним учредителем (разумеется, в этом случае отпадает вопрос о заключении договора) с тем, что единственным учредителем не может быть такое же, состоящее из одного лица, хозяйственное общество.

<*> Определенной спецификой обладает акционерное общество работников (народных предприятий). Имеется в виду, что договор о создании народных предприятий должен быть подписан всеми теми, кто решил стать акционерами народных предприятий (см.: ст. 3 Федерального закона "Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)" // СЗ РФ. 1998. N 30. Ст. 3611; 2002. N 12. Ст. 1093).

Из приведенного вытекает признание допустимым выступления в качестве сторон в договоре о создании акционерного общества граждан и юридических лиц во всех случаях, когда иное не запрещено на уровне федерального закона <*>. Так, в указанной статье Закона содержится запрещение выступления в качестве учредителей государственных органов и органов местного самоуправления, если только иное, т.е. разрешение на подобное участие, не предусмотрено опять-таки на уровне федерального закона.

<*> О возможных участниках акционерного общества и их правовом статусе см., в частности: Бушев А.Ю., Скворцов О.Ю. Акционерные права: Вопросы теории и судебной практики. М., 1997. С. 29 - 42.

Из двух видов акционерных обществ - открытых и закрытых - менее жесткий режим, относящийся к возможному составу участников и тем самым учредителей, установлен для акционерных обществ открытого типа. Подтверждением может служить, в частности, включение в п. 4 ст. 66 ГК правила, в силу которого запрещения или ограничения участия отдельных категорий граждан в хозяйственных товариществах и обществах могут быть установлены законом с тем, однако, что такая возможность исключается для открытых акционерных обществ. Подтверждением аналогичной ограничительной тенденции применительно к закрытым акционерным обществам служит и регулирование вопроса о количественном составе учредителей акционерного общества. В то время как для открытого акционерного общества их число является неограниченным, в закрытом учредителей не должно быть более 50 (п. 2 ст. 10 Закона). Кроме того, предусмотрено, что Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования (если только не имеются в виду созданные в процессе приватизации общества) в случаях, установленных федеральным

законом, вправе быть учредителями только открытого акционерного общества (п. 4 ст. 7 Закона) <*>.

<*> См. также: п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. "О некоторых вопросах применения Федерального закона "Об акционерных обществах" (Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1992 - 2005 годы). С 216.

Участвовать в учреждении акционерного общества могут и иностранные инвесторы. На этот счет в течение определенного времени действовала ст. 9 (п. 6) Закона, устанавливавшая возможность такого участия лишь в соответствии с федеральными законами Российской Федерации об иностранных инвестициях. Преимущественно имелись в виду Закон РСФСР "Об иностранных инвестициях в РСФСР" <*>, а также Постановление Правительства РФ "О регистрации предприятий с иностранными инвестициями" <***>. В настоящее время действующим является Закон от 9 июля 1999 г. "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" <****>. Действующая редакция п. 6 ст. 9 Закона ограничивается указанием на возможность предусмотреть в федеральных законах особенности учреждения акционерных обществ с участием иностранных инвесторов.

<*> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1991. N 29. Ст. 1008.

<***> СП РФ. 1992. N 1 - 2. Ст. 6.

<****> СЗ РФ. 1999. N 28. Ст. 3493 (с последующими изменениями).

В силу п. 2 ст. 98 ГК и ст. 10 (п. 3) Закона "Об акционерных обществах" учредители несут солидарную ответственность по своим обязательствам, которые возникли до регистрации акционерного общества. При этом ст. 10 (п. 3) Закона предусматривает на этот счет, что речь должна идти непременно об обязательстве, связанном с созданием акционерного общества, т.е. составляющем часть совместной деятельности учредителей. При наличии указанных условий солидарная ответственность учредителей наступает вне зависимости от того, исходит ли соответствующее требование от одного из них либо от третьего лица.

И ГК (п. 2 ст. 98), и Закон (п. 3 ст. 10) особо выделяют случаи, при которых ответственность по обязательствам учредителей, связанным с созданием акционерного общества, несет оно само. Непременным условием для этого служит последующее одобрение действий учредителей общим собранием акционеров.

Ответственность акционерного общества лишь крайне редко может конкурировать с ответственностью учредителей, поскольку последняя рассчитана главным образом на случаи, когда акционерное общество еще не создано, в то время как ответственность общества - на случаи, когда, напротив, правовые основания функционирования учредителей уже отпали.

Порядок заключения договора о создании акционерного общества и его форма. Статья 8 Закона содержит указание на два возможных способа создания акционерного общества. Один из них - реорганизация, по поводу которой в самом Законе, в первой его редакции, были названы все пять перечисленных в ст. 58 ГК видов реорганизации юридических лиц: слияние, разделение, выделение, преобразование и присоединение. Однако в числе прочих принятых в 2001 г. новелл Закона из

названного перечня в указанной статье был исключен последний вариант реорганизации - присоединение. Тем самым учитывалось, что в таком случае (при присоединении) новое юридическое лицо вообще не создается. Все сводится тогда к переходу прав и обязанностей присоединяемого юридического лица к другому юридическому лицу в соответствии с передаточным актом (п. 2 ст. 58 ГК).

Еще один способ создания акционерных обществ - учреждение их вновь. Ему посвящена одноименная ст. 9 Закона, которой предусмотрено, что общество, если только в нем оказалось более одного учредителя, создается по решению учредительного собрания (при одном учредителе решение об учреждении принимается им самим). В таком решении должны найти отражение результаты голосования учредителей, принятые ими решения по таким вопросам, как учреждение акционерного общества, утверждение устава общества, а также избрание его органов. При этом сам порядок решения соответствующих вопросов зависит от степени их значимости. В то время как решения об учреждении общества, утверждении денежной оценки ценных бумаг, других вещей или имущественных прав либо иных прав, которые имеют денежную оценку, использованных в оплату акций, должны приниматься учредителями единогласно, для избрания органов управления обществом достаточно большинства в три четверти голосов, которые представляют акции, подлежащие размещению среди учредителей общества.

И ГК (ст. 98), и Закон (ст. 9) включили указание на обязательную письменную форму заключенного учредителями договора о создании акционерного общества. Одновременно с этим в обоих источниках предусмотрены существенные условия указанного договора. Несмотря на то что речь в приведенных статьях идет об одном и том же договоре, включенные в ту и другую нормы, перечни соответствующих условий не вполне совпадают. Это не препятствует обеспечению определенного их единства благодаря тому, что п. 1 ст. 98 ГК установлена необходимость включения в договор о создании акционерного общества помимо названных в этой статье ГК и других условий, предусмотренных в Законе. Так, непеременимыми условиями заключенного между учредителями договора о создании акционерного общества названы: определение порядка осуществления учредителем совместной деятельности по созданию общества; размер уставного капитала; категории выпускаемых акций и порядок их размещения. В ст. 9 (п. 5) Закона такой же перечень включает определение порядка осуществления учредителями совместной деятельности по учреждению общества, размер его уставного капитала, категории и типы акций, подлежащих размещению среди учредителей, размер и порядок их оплаты, права и обязанности учредителей по созданию общества.

Договор о создании акционерного общества определенным образом конкурирует с его учредительным документом - уставом. Об этом можно судить уже по тому, что среди сведений, которые в силу п. 3 ст. 11 Закона непременно должны быть включены в устав, значительное число воспроизводит те, что в качестве существенных условий договора о создании акционерного общества указаны в ст. 98 ГК и ст. 9 Закона (имеются в виду размер уставного капитала общества, категории выпускаемых акций и др.). В этой связи справедливо указание на то, что "различие между уставом и договором о создании акционерного общества можно усмотреть в том, что устав обязателен для всех органов акционерного общества, а договор обязывает только учредителей, которые его подписали" <*>.

Все же основную особенность устава, предопределившую его приоритет по отношению к договору о создании акционерного общества, составляет то, что устав в отличие от договора, о котором идет речь, является учредительным документом и в этом качестве, в частности, именно устав, а не договор, предрешает вопрос о государственной регистрации общества. С этим связан ряд последствий. По поводу одного из них Г.С. Шапкина обратила внимание на то, что "основания для безусловного признания недействительным устава общества при недействительности договора о его создании вряд ли есть, поскольку договор может быть признан недействительным лишь в определенной части или по тем мотивам, которые не затрагивают устава, а последний не будет противоречить закону. Однако в тех случаях, когда договор о создании общества признается ничтожным как противоречащий закону и содержащиеся в нем незаконные условия вошли в устав, связь между незаконной сделкой и уставом очевидна, и поэтому есть основания считать, что ст. 167 ГК применима в такой ситуации и в отношении устава, и в отношении акта государственной регистрации общества" <*>.

<*> Шапкина Г.С. Арбитражно-судебная практика применения Закона "Об акционерных обществах". М., 1997. С. 38.

Примером может служить рассмотрение дела по иску о признании недействительным договора о создании акционерного общества в части включения в уставный капитал и возврата истцу в качестве последствия такого признания переданного имущества. В постановлении по этому делу Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал на то, что исковое требование о возврате внесенного истцом в уставный капитал акционерного общества могло быть рассмотрено лишь одновременно с требованиями о признании недействительными в соответствующей части устава акционерного общества, основанного на данном договоре, и связанного с ним акта о государственной регистрации этого общества <*>.

<*> Вестник ВАС РФ. 2002. N 9. С. 100.

Права и обязанности сторон в договоре о создании акционерного общества. Закрепление в рассматриваемом договоре прав и обязанностей сторон имеет целью определить, какая из них, что, когда и как должна сделать, имея в виду учреждение общества и обеспечение условий его функционирования, в позднейший после создания период <*>.

<*> Соответственно, заслуживает внимания указание на слишком узкое определение понятия "учредитель общества" в п. 1 ст. 10 Закона: граждане и (или) юридические лица, принявшие решение о его (акционерного общества) учреждении. Имеется в виду, что регистрацией общества его создание не исчерпывается (см.: Мамай В. Договор о совместной деятельности - исходная основа формирования состава учредителей // Хозяйство и право. 1999. N 7. С. 136 и сл.; Жариков С.Е. Договор о создании акционерного общества // Законодательство. 1999. N 7. С. 43 и сл.).

Именно в этом находит свое проявление совместная деятельность, направленная на создание

акционерного общества. Речь идет о совершении сторонами различных указанных в договоре действий фактического и юридического характера.

Среди других предметом прав и обязанностей сторон является оплата различного рода расходов и прежде всего расчетов за размещение акций. С целью защитить интересы прежде всего третьих лиц и самого акционерного общества появились в том же 2001 г. новеллы в Законе, имеющие существенное значение среди прочего и применительно к указанным вопросам.

Следует особо отметить среди них, прежде всего, внесенную в Закон (ст. 2) норму, названную "жесткой новеллой" <*>, в силу которой акционерному обществу запрещено совершать сделки, не связанные с его учреждением, до того, как будут оплачены 50% акций, распределенных среди учредителей.

<*> Глушецкий А.А., Липаев Ф.А., Пантелеев П.А. Практический комментарий к изменениям и дополнениям к Федеральному закону "Об акционерных обществах". М., 2003. С. 39.

Наибольшее количество новелл, направленных на обеспечение своевременного расчета за неоплаченные учредителями акции, было помещено в ст. 34 Закона ("Оплата акций и иных эмиссионных ценных бумаг при их размещении"). Так, в частности, предусмотрено, что распределенные при учреждении общества акции должны быть оплачены в полном объеме в течение года с момента государственной регистрации общества. Более короткий срок может быть установлен самим договором о создании акционерного общества, с тем, однако, что не менее 50% акций должно быть оплачено в течение трех месяцев с момента государственной регистрации.

Особо выделено то, что, если иное не предусмотрено уставом общества, акция, принадлежащая учредителю, предоставляет право голоса лишь с момента полной оплаты акций.

Если сравнить между собой направленные на создание соответствующих коллективных образований договоры простого товарищества, учредительный договор, а также договор о создании акционерного общества, нетрудно установить, что во всех трех определениях основное место занимают условия, которые относятся к "совместной деятельности участников". При этом сама эта деятельность применительно к каждому из указанных трех договоров обладает существенными особенностями, определяемыми спецификой целей соответствующей деятельности. Так, если в договоре простого товарищества предметом служит совместная деятельность для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели (п. 1 ст. 1041 ГК), то в учредительном договоре его предмет составляет осуществление совместной деятельности по учреждению юридического лица и участия в его деятельности (п. 2 ст. 52 ГК), а в договоре, имеющем в виду создание акционерного общества, предмет совместной деятельности составляет создание общества.

-