

Комментарии к гражданскому законодательству #Мюсса

ЗАЕМ, КРЕДИТ, ФАКТОРИНГ, ВКЛАД И СЧЕТ

постатейный комментарий
к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса
Российской Федерации

Под редакцией А.Г. Карапетова

- В.В. Байбак
- О.М. Иванов
- А.Г. Карапетов
- М.А. Любимова
- И.Н. Махалин
- А.А. Павлов
- С.В. Сарбаш
- И.А. Ястржембский

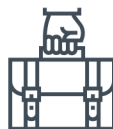


СТАТУТ

МЮССА ЛОГОС

Юридический институт «М-Логос»

с 2003 года является ведущей образовательной организацией в сфере дополнительного профессионального образования юристов и занимается научно-просветительскими проектами в области права.



- **Дневные, вечерние и онлайн курсы повышения квалификации юристов**
- **Организация научно-практических конференций и круглых столов**
- **Выпуск тематических дайджестов новостей права**
- **Иные просветительские и образовательные проекты в области права**

www.m-logos.ru



Издательство электронных книг и видеокурсов «М-Логос»:

- Подготовка и издание электронных книг из Серии комментариев к гражданскому законодательству *#Глосса*
- Издание других электронных книг по праву
- Издание записей видеокурсов по актуальным вопросам права

www.m-lawbooks.ru

ЗАЕМ, КРЕДИТ, ФАКТОРИНГ, ВКЛАД И СЧЕТ

ПОСТАТЕЙНЫЙ КОММЕНТАРИЙ
К СТАТЬЯМ 807–860.15
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов

М-Логос
2019

Уважаемые читатели!

Настоящая книга опубликована в электронной ее версии в свободном доступе благодаря поддержке, которую оказали:

ALLEN & OVERY



КИАП | КОРЕЛЬСКИЙ
ИЩУК
АСТАФЬЕВ

Linklaters



при Российском
институте
современного
арбитража

| S B | Saveliev, Batanov
& P | & Partners



ФБК | Legal



а также

судебный юрист Алексей Костоваров,
Best Lawyers "Banking and Finance Law"

УДК 347.44
ББК 67.404.212.1
316

Ответственный редактор

А.Г. Карапетов — д.ю.н., директор Юридического института
«М-Логос», профессор Высшей школы экономики,
главный редактор журнала «Вестник экономического правосудия
Российской Федерации»

Серия комментариев к гражданскому законодательству #Глосса

316 **Заем, кредит, факторинг, вклад и счет : постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. — Москва : М-Логос, 2019. — 1282 с. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса.)**

ISBN 978-5-9500177-8-0

Настоящий комментарий написан с целью помочь юристам-практикам, судьям, ученым и студентам, а также всем интересующимся гражданским правом сориентироваться в проблемных вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договорах займа, кредита, факторинга, вклада и счета с учетом новелл, принятых в рамках реформы ГК РФ и вступивших в силу 1 июня 2018 г. Авторы ставили себе задачу осветить максимальное число сложных и неоднозначных вопросов толкования и применения как нетронутых реформой, так и измененных и абсолютно новых положений ГК РФ о данных договорах, отразить накопившуюся судебную практику применения этих статей и в ряде случаев предложить оптимальные пути решения выявленных коллизий.

УДК 347.44
ББК 67.404.212.1

ISBN 978-5-9500177-8-0

© Коллектив авторов, 2019
© М-Логос, 2019

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

Байбак Всеволод Владимирович – к.ю.н., доцент Высшей школы экономики (Санкт-Петербургский филиал):

– комментарии в соавторстве с А.Г. Карапетовым к статьям 824–831, 833 ГК РФ;

Иванов Олег Михайлович – к.ю.н., доцент кафедры банковского права МГЮА им. О.Е. Кутафина, сопредседатель Комитета по инвестиционным банковским продуктам Ассоциации банков России, вице-президент АО «Альфа-банк»:

– комментарии к статьям 809, 817, 819–821.1 ГК РФ;

Карапетов Артем Георгиевич – д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос», профессор Высшей школы экономики, главный редактор журнала «Вестник экономического правосудия Российской Федерации»:

– комментарии к пунктам 1–3, 5, 6 статьи 807, статьям 808, 810–814, 823, 860.8–860.10 ГК РФ;

– комментарий к статье 860.7 ГК РФ (за исключением подпункта 1.16 комментария к этой статье);

– подпункт 1.16 комментария к статье 860.7 ГК РФ в соавторстве с И.А. Ястржембским;

– комментарии в соавторстве с В.В. Байбаком к статьям 824–831, 833 ГК РФ;

Любимова Марина Андреевна – начальник отдела нормотворчества и анализа международной практики регулирования Управления регулирования Службы по защите прав потребителей и обеспечению доступности финансовых услуг Банка России¹:

– комментарий к пункту 7 статьи 807 ГК РФ;

Махалин Иван Николаевич – эксперт в области рынка ценных бумаг:

– комментарий к пункту 4 статьи 807 ГК РФ;

¹ Написанный автором текст не является и не может считаться выражением официальной точки зрения Банка России и (или) иных лиц, с которыми автора связывали или связывают трудовые отношения, и представляет собой точку зрения автора.

Павлов Андрей Анатольевич – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета:

– комментарии к статьям 818, 822, 832 ГК РФ;

Сарбаш Сергей Васильевич – д.ю.н., судья ВАС РФ в отставке, заслуженный юрист РФ:

– комментарии к статьям 834–860.6, 860.11–860.15 ГК РФ;

Ястржембский Игорь Александрович – консультант Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, руководитель гражданско-правовой практики юридической фирмы «Щекин и партнеры»:

– подпункт 1.16 пункта 1 комментария к статье 860.7 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие от ответственного редактора	40
Принятые сокращения	45
ГЛАВА 42. ЗАЕМ И КРЕДИТ	49
§ 1. ЗАЕМ	49
Статья 807. Договор займа	49
1. Общие характеристики договора займа	50
1.1. Предмет договора займа	50
1.2. Объект предоставления по договорам займа	51
(а) Деньги	51
(б) Вещи, определяемые родовыми признаками	52
(в) Бездокументарные ценные бумаги	55
(г) Документарные ценные бумаги	60
(д) Документарная ценная бумага, выданная самим займодавцем	62
(е) Иные имущественные права	65
1.3. Передача имущества в собственность	66
(а) Передача займа третьему лицу	66
(б) Передача займа юридическому лицу, имеющему в отношении своего имущества не право собственности, а иное ограниченное вещное право	67
(в) Вопрос о собственности займодавца	68
(г) Момент предоставления займа применительно к вещам и ценным бумагам	70
(д) Передача в собственность применительно к безналичным денежным средствам	70
(е) Передача в собственность применительно к безналичным денежным средствам: проблема зачета	73
(ж) Конкретизация порядка выдачи денежного займа (кредита) в договоре	77
1.4. Возвратность	78
(а) Возвратность применительно к деньгам	78
(б) Возвратность применительно к вещам, ценным бумагам и иным видам имущества	80
(в) Неполное совпадение объема займа и возвратного предоставления	81

(г) Проектное финансирование в обмен на долю в прибыли (доходе)	82
(д) Мерцание каузы: возможное несовпадение характеристик предоставляемого и возвращаемого имущества	86
(е) Конвертируемый заем: частный случай мерцания каузы	94
(ж) Мерцание каузы: возможное отпадение обязательства по возврату (кредитные ноты и др.)	97
(з) Бессрочные займы без права займодавца востребовать возврат займа	102
1.5. Квалифицирующие признаки кредита как разновидности займа	102
1.6. Реальность или консенсуальность договора займа: ситуация до 1 июня 2018 г.	103
1.7. Реальность или консенсуальность договора займа: ситуация после 1 июня 2018 г.	109
(а) Действие новой редакции п. 1 ст. 807 ГК РФ во времени ...	110
(б) Может ли займодавцем по консенсуальной модели займа быть индивидуальный предприниматель?	112
(в) Определение природы договора	114
(г) Некоторые технические проблемы реального договора займа.....	114
(д) Ответственность займодавца в случае непредоставления займа.....	118
(е) Срок и условия исполнения обязательства по предоставлению займа.....	118
(ж) Обязанность принять заем	121
(з) Опционная модель займа	122
(и) Опционная модель с элементами кредитной линии.....	124
(к) Реальность или консенсуальность: потребительский заем и ломбардный заем	127
(л) Возможность уступки требования о выдаче займа (кредита)	128
(м) Последствия противоречия условия об обязательстве предоставить заем императивной реальности договора займа.....	130
1.8. Существенные условия договора займа	131
1.9. Качество имущества, предоставляемого в заем	133
1.10. Заем, обеспеченный залогом, и обеспечительная собственность.....	134
(а) Обеспечительное удержание права собственности	135

(б) Обеспечительная передача права собственности	136
(в) Споры о допустимости титульного обеспечения	138
(г) Анализ основных отличий	139
(д) Промежуточные итоги.....	152
(е) Универсальная модель передачи права собственности на вещь в обеспечительных целях	153
1.11. Субординация требований займодавца при банкротстве должника	159
1.12. Дополнительные источники регулирования обязательственных отношений сторон договора займа	172
2. Валютный заем	173
2.1. Валютная оговорка	173
2.2. Выплата займа или его погашение в иностранной валюте	175
2.3. Комбинированные варианты.....	178
3. Право на отказ от договора до выдачи займа	178
3.1. Право займодавца на отказ от договора	178
(а) Очевидность предвидимого нарушения	180
(б) Существенность предвидимого нарушения	183
(в) Предупреждение	183
(г) Приостановление исполнения обязательства по выдаче займа	185
(д) Частичный отказ (приостановление).....	186
(е) Возможность блокирования права на превентивный отказ от выдачи займа (кредита) в договоре	186
(ж) Уточнение оснований для превентивного отказа в договоре.....	188
(з) Возможность установить в договоре право на немотивированный отказ займодавца от предоставления займа или отказ, обусловленный иными обстоятельствами.....	190
(и) Возможность требовать возврата выданного займа (кредита)	192
(к) Последствия неправомерного отказа займодавца от договора	194
(л) Убытки	195
(м) Возможность взыскания пени или процентов годовых при неправомерном отказе займодавца от предоставления займа (кредита).....	196
(н) Возможность понуждения займодавца к предоставлению займа (кредита) при неправомерном отказе займодавца от предоставления займа (кредита).....	198

3.2. Право на произвольный отказ заемщика от договора до выдачи ему займа.....	199
(а) Императивность или диспозитивность	200
(б) Последствия неправомерного уклонения заемщика от получения займа по консенсуальному договору займа	201
4. Облигации	202
4.1. Облигации как эмиссионные ценные бумаги	203
(а) Форма облигаций	206
(б) Учет прав на облигации и порядок перечисления дохода...	207
(в) Императивный и квазипубличный характер регулирувания.....	208
(г) Особые правила о публичном размещении и обращении ..	210
4.2. Размещение облигаций и заключение договора облигационного займа	210
(а) Возражения против квалификации договора о размещении облигаций в качестве купли-продажи	211
(б) Квалификация договора облигационного займа и момент его заключения	212
(в) Выводы о квалификации договора о размещении облигаций.....	214
(г) Сроки размещения облигаций	215
(д) Оплата облигаций при размещении	215
(е) Исковая давность для оспаривания сделок при размещении.....	215
4.3. Права, предоставляемые облигациями	215
(а) Погашение	215
(б) Досрочное погашение	216
(в) Обращение облигаций.....	216
(г) Приобретение облигаций самим эмитентом.....	217
(д) Процент и дисконт	219
(е) Обеспечение по облигациям	220
4.4. Последствия нарушения прав владельцев облигаций	221
(а) Причины специфического положения владельцев облигаций при дефолте	222
(б) Представитель владельцев облигаций	224
(в) Общее собрание владельцев облигаций	225
4.5. Субсидиарное регулирование облигаций положениями ГК РФ о договорах, в том числе о договоре займа.....	226
4.6. Случаи, когда облигации имеют признаки, не типичные для договора займа.....	227
(а) Структурные облигации	227

(б) Оплата облигаций и погашение номинала имуществом	228
(в) Бессрочные облигации	229
(г) Итоговые замечания	232
5. Предоставление займа третьему лицу	232
5.1. Передача займа представителю	233
5.2. Переадресация исполнения	234
5.3. Идентификация моделей	237
6. Ограничение на массовые сделки по привлечению денег граждан на заемной основе	238
6.1. Последствия нарушения нормы	239
6.2. Исключение для выпуска облигаций	241
7. Особенности привлечения гражданами процентного займа в некоммерческих целях	241
7.1. Законы, устанавливающие особенности предоставления потребительских займов	242
7.2. Закон о потребительском кредите (займе)	244
(а) Предмет регулирования	244
(б) Субъекты правоотношений	248
(в) Объект правоотношений	252
(г) Специфика регулирования	252
7.3. Закон о банках и банковской деятельности	255
7.4. Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях	255
7.5. Закон о кредитной кооперации	262
7.6. Закон о сельскохозяйственной кооперации	264
7.7. Закон о ломбардах	266
Статья 808. Форма договора займа	267
1. Письменная форма	267
1.1. Последствия несоблюдения письменной формы	269
(а) Доказывание реального договора	273
(б) Консенсуальный договор займа	277
(в) Ничтожность	280
1.2. Варианты письменной формы	281
(а) Письменная форма на материальном носителе	281
(б) Письменная форма при электронном варианте заключения договора	282
(в) Проблемы доказывания	290
2. Расписка	292
2.1. Природа расписки	293
2.2. Детали оформления	294

2.3. Риски при банкротстве.....	297
2.4. Возврат расписки при погашении долга	298
2.5. Отличие расписки от документа, в котором фиксируется задолженность.....	299
Статья 809. Проценты по договору займа	301
1. Понятие процентов по договору займа	302
1.1. Возмездность договора займа (кредитного договора)	302
1.2. Определение процента	303
1.3. Экономический смысл процентов.....	304
1.4. Характер условия о процентах	305
1.5. Законный процент. Ключевая ставка Банка России	307
1.6. Плавающий характер применяемой ключевой ставки	308
1.7. Ставка по валютным займам.....	308
1.8. Ставка процента по неденежным займам	310
1.9. Отграничение процентов от платежей иной правовой природы.....	310
(а) Иные платежи за пользование займом (кредитом)	310
(б) Вознаграждения за самостоятельные услуги	311
(в) Опционные премии и платежи за осуществление тех или иных секундарных прав.....	311
(г) Доход от совместной деятельности.....	311
(д) Штрафные санкции за просрочку.....	313
2. Порядок определения процентов	313
2.1. Свобода процентов.....	313
2.2. Процентная ставка	314
2.3. Процентная ставка по неденежным займам	314
2.4. Плавающая процентная ставка.....	315
2.5. Базовая процентная ставка	317
(а) Индекс потребительских цен	317
(б) <i>MosPrime Rate</i>	317
(в) <i>RUONIA</i>	318
(г) <i>LIBOR</i>	318
2.6. Изменение кредитором процентной ставки в одностороннем порядке.....	319
(а) Защита неkomмерсанта.....	319
(б) Защита от злоупотребления правом на одностороннее изменение ставки.....	322
(в) Баланс интересов кредитора и заемщика при одностороннем изменении процентной ставки	327

(г) Момент возникновения правового эффекта одностороннего изменения ставки	328
2.7. Порядок начисления процентов	328
2.8. Сложные проценты	331
(а) Проценты за пользование на проценты за просрочку	337
(б) Проценты за просрочку на проценты за пользование	338
(в) Проценты за просрочку на проценты за просрочку	338
(г) Кумулятивные сложные проценты	338
2.9. Повышенные (штрафные) проценты	339
3. Порядок уплаты процентов	341
3.1. Аннуитетный порядок возврата займа и уплаты процентов..	342
3.2. Пропорциональный порядок возврата займа и уплаты процентов	344
3.3. Авансовая уплата процентов	344
3.4. Очередность погашения требования об уплате процентов	348
3.5. Особенности условия о процентах в договорах краткосрочного займа	350
4. Беспроцентный заем	350
4.1. Случаи, когда заем презюмируется беспроцентным	350
4.2. Заем ценных бумаг	351
4.3. Заем иных отдельных видов имущественных прав	352
5. Запрет ростовщических процентов	352
5.1. Политико-правовые основания для ограничения процентов по займу (кредиту)	352
5.2. Сфера действия запрета ростовщических процентов	354
(а) Ограниченная сфера действия	354
(б) По виду договоров и объекту займа	355
(в) По субъектному составу	355
(г) По дате заключения договора	358
5.3. Обычно взимаемые проценты	359
5.4. Чрезмерная обременительность для заемщика	363
5.5. Момент сравнения	365
5.6. Процедура уменьшения размера процентов	365
5.7. Темпоральное действие решения об уменьшении процентов	367
5.8. Иные санкции	368
5.9. Иные гражданско-правовые средства борьбы с ростовщичеством	368
6. Проценты при досрочном возврате займа	370
6.1. Досрочный возврат по инициативе заемщика	370

6.2. Досрочный возврат по требованию кредитора (причитающиеся проценты).....	370
6.3. Аннуитетные проценты при досрочном возврате кредита	373
6.4. Досрочный возврат и проценты в виде фиксированного разового платежа.....	373
6.5. Досрочный возврат и авансированные проценты	373
Статья 810. Обязанность заемщика возвратить сумму займа.....	374
1. Обязанность вернуть заем.....	374
1.1. Срок возврата	375
1.2. Бессрочный заем и заем до востребования	376
(а) Механика востребования возврата	376
(б) Возможность вернуть заем по инициативе заемщика.....	377
(в) Диспозитивность правила о праве востребовать исполнение и «вечные» займы	379
1.3. Отлагательное условие для погашения займа вместо срока ..	383
1.4. Иные требования к порядку исполнения обязательства заемщика	386
1.5. Безакцептное списание	389
1.6. Проблема «связанного кредита»	392
1.7. Досрочное погашение кредитного долга и судьба дополнительных сделок, заключенных заемщиком в связи с заключением кредитного договора.....	395
1.8. Иные способы погашения долга заемщика.....	402
2. Досрочный возврат займа по воле заемщика	403
2.1. Досрочный возврат беспроцентного займа	403
2.2. Досрочный возврат процентного займа, привлеченного физическим лицом.....	404
2.3. Досрочный возврат процентного займа в остальных случаях.....	408
2.4. Плата за досрочный возврат займа	409
3. Момент возврата займа	413
3.1. Момент возврата денежного займа при безналичном переводe.....	413
3.2. Возврат движимых вещей и ценных бумаг	414
3.3. Возврат займа указанному кредитором лицу	415
3.4. Документальное оформление возврата займа.....	415
Статья 811. Последствия нарушения заемщиком договора займа.....	417
1. Начисление процентов годовых по правилам ст. 395 ГК РФ при просрочке	417

1.1. Порядок начисления процентов за просрочку.....	417
1.2. Неустойка в связи с просрочкой.....	420
1.3. Соотношение процентов по ст. 395 ГК РФ и пеней с процентами за пользование займом	421
1.4. Скрытые штрафные санкции.....	424
1.5. Штрафные санкции и ст. 319 ГК РФ.....	427
1.6. Мораторные убытки	429
1.7. Основания освобождения от ответственности.....	430
2. Право на досрочное истребование займа при нарушении графика погашения долга	431
2.1. Концептуальные проблемы	431
2.2. Функциональное назначение акселерации на случай просрочки в погашении долга	436
2.3. Акселерация при просрочке в уплате процентов и нарушении иных обязательств заемщика	436
2.4. Механика акселерации.....	439
2.5. Акселерация долга и основания освобождения от ответственности	442
2.6. Существенность нарушения	443
2.7. Соотношение с правом на расторжение нарушенного договора.....	446
2.8. Право приостановить выдачу новых займов.....	449
2.9. Активный отказ от права на акселерацию долга или права на отказ от договора на будущее.....	450
2.10. Срок на реализацию права на акселерацию и запрет на противоречивое поведение	452
2.11. Причитающиеся проценты	455
2.12. Убытки и неустойка за вынужденное досрочное сворачивание договорного правоотношения	456
2.13. Ковенанты и возможность акселерации заемного долга и отказа от договора по основаниям, не связанным с просрочкой	459
2.14. Диспозитивность правила об акселерации.....	461
Статья 812. Оспаривание займа по безденежности	462
1. Безденежность займа и реальность договора	462
1.1. Возможные доказательства непредоставления займа.....	464
1.2. Безденежность и иные объекты заемного предоставления ...	466
1.3. Безденежность и валютирование зачетом	466
2. Запрет на использование свидетельских показаний для оспаривания займа	467

2.1. Применение правила к реальным договорам займа	467
2.2. Применение правила к консенсуальным договорам займа	468
2.3. Исключения из правила	469
3. Частичная безденежность	471

Статья 813. Последствия утраты обеспечения обязательств

заемщика	473
(а) Акселерация долга	474
(б) Неисполнение обязательств по предоставлению обеспечений	475
(в) Утрата обеспечения	478
(г) Ухудшение условий обеспечения	480
(д) Отказ от договора на будущее	483
(е) Вина займодавца	484
(ж) Иные предусмотренные в законе основания досрочного истребования займа, которые связаны с эффективностью обеспечения	484
(з) Причитающиеся проценты	487
(и) Убытки	487
(к) Диспозитивность и повышение процентов	490

Статья 814. Целевой заем

1. Специфика целевого займа	492
2. Нарушение обязанности обеспечить целевое использование займа или обязанности обеспечить возможность контроля целевого использования	493
2.1. Нарушение обязанности целевого использования	493
2.2. Нарушение обязанности обеспечить возможность контроля	494
2.3. Средства защиты	494
(а) Акселерация долга	494
(б) Отказ от договора	495
(в) Причитающиеся проценты и убытки	496
(г) Диспозитивность и иные последствия, предусмотренные в договоре	497

Статья 815 и статья 816. Утратили силу

Статья 817. Договор государственного займа

1. Государственный заем как источник финансирования дефицита бюджета	498
---	------------

1.1. Исторические предпосылки включения комментируемой статьи в ГК РФ	498
1.2. Понятие «государственный заем» в бюджетном и гражданском законодательстве	499
1.3. Субъектный состав договора государственного займа	501
1.4. Объект договора государственного займа	502
(а) Внутренние и внешние займы	502
(б) Товарные займы.....	503
(в) Золотые сертификаты.....	504
1.5. Право, применимое к договорам государственного займа....	505
1.6. Облигации Банка России, кредит Банка России, докапитализация банков	506
(а) Облигации Банка России	506
(б) Кредит Банка России	507
(в) Докапитализация банков	507
2. Добровольность государственных и муниципальных займов	510
3. Формы государственных займов	511
3.1. Облигационная форма государственных займов	511
3.2. Процедура эмиссии и обращения государственных и муниципальных облигаций	514
3.3. Виды государственных облигаций Российской Федерации..	517
(а) Облигации федеральных займов.....	518
(i) ОФЗ-ПД.....	519
(ii) ОФЗ-ПК.....	520
(iii) ОФЗ-ИН	521
(iv) ОФЗ-АД	522
(v) ОФЗ-Н	523
(б) Государственные сберегательные облигации (ГСО).....	524
(в) Иные виды государственных облигаций, выпускавшихся Минфином России	525
3.4. Государственные облигации субъектов Российской Федерации	528
3.5. Иная форма государственных займов	530
3.6. Заключение договора государственного займа за рамками предусмотренных законом конструкций	531
4. Изменение условий займа.....	532
5. Муниципальные облигации.....	533
Статья 818. Новация долга в заемное обязательство	534
1. Общие замечания	534
1.1. Новлируемое (первоначальное) обязательство.....	534

1.2. Заемное обязательство: предмет	536
1.3. Заемное обязательство: применимые правила	537
1.4. Допустимость новации долга в заемное обязательство	539
1.5. Последствия новации долга в заемное обязательство в отношении дополнительных обязательств и возражений	539
1.6. Последствия новации долга, вытекающего из применения мер ответственности	543
1.7. Новация субординируемых при банкротстве требований в заемное требование	546
1.8. «Автоматическая» новация при наступлении условия или срока	548
2. Условия новации обязательства в заемное	549
2.1. Существование первоначального обязательства	549
2.2. Соглашение о новации: допустимость совершения и содержание	551
2.3. Соглашение о новации: форма	551
2.4. Соглашение о новации: порядок совершения	553
2.5. Соглашение о новации: порядок совершения (особые правила)	554
2.6. Новое обязательство	554
2.7. Намерение обновить	555
2.8. Последствия недействительности соглашения о новации	556
§ 2. КРЕДИТ	557
Статья 819. Кредитный договор	557
1. Общие характеристики кредитного договора	557
1.1. Экономическое значение кредитного договора	557
1.2. Понятие кредита	558
1.3. Признаки кредитного договора	558
1.4. Объект кредитного договора	561
1.5. Субъектный состав	565
(а) Банк или иная кредитная организация	565
(б) Синдикат кредиторов	569
(в) Заемщик	570
(i) Потребитель	570
(ii) Категории граждан-заемщиков	573
1.6. Правовая природа кредитного договора	574
1.7. Консенсуальность	576
1.8. Опционные модели кредита	576
1.9. Особенности синдицированного кредита	577

1.10. Обязательство банка по предоставлению кредита	581
1.11. Основные обязательства заемщика	582
1.12. Обязательство по уплате непроцентных платежей	582
(а) Проблема действительности условий о банковских комиссиях. Предпосылки включения в ГК РФ оговорки об «иных платежах» по кредитному договору.....	582
(б) «Иные платежи» заемщика и намерение законодателя	585
(в) Непроцентные платежи: плата или компенсация.....	587
(г) Плата, взимаемая при предоставлении кредита.....	588
(д) Плата за открытие кредитной линии и плата за поддержание кредитного лимита.....	592
(е) Плата за ведение ссудного счета и плата за обслуживание кредита	596
(ж) Плата за рассмотрение кредитной заявки	600
(з) Плата за выдачу выписок и справок	603
(и) Плата за отказ от получения кредита.....	604
(к) Плата за досрочный возврат кредита.....	605
(л) Некоторые итоги	605
2. Сравнение регулирования кредитного договора и договора займа	607
Статья 820. Форма кредитного договора.....	609
(а) Письменная форма кредитного договора	609
(б) Кредитный договор на бумажном носителе	610
(в) Кредитный договор, заключаемый посредством обмена электронными документами	611
(i) Межбанковский кредит.....	612
(ii) Потребительский кредит.....	613
(г) Особенности оформления кредитного договора с использованием общих условий.....	617
(д) Табличная форма индивидуальных условий договора потребительского кредита	619
(е) Стандартные формы договора синдицированного кредита	625
Статья 821. Отказ от предоставления или получения кредита	630
1. Отказ от предоставления кредита	631
2. Отказ заемщика от получения кредита.....	631
2.1. Нарушение систематики	632
2.2. Плата за отказ от кредита	632
3. Право на отказ от договора при нарушении условий о целевом использовании кредита	633

Статья 821.1. Требование кредитора о досрочном возврате кредита..	634
(а) Правовая природа досрочного возврата кредита.....	635
(б) Источник возникновения оснований для акселерации.....	637
(в) Основания истребования (акселерации) кредита, предусмотренные ГК РФ.....	637
(г) Основания досрочного истребования (акселерации) кредита, предусмотренные в иных законах	640
(i) Закон о банках и банковской деятельности	640
(ii) Закон о потребительском кредите (займе)	642
(iii) Закон об ипотеке	645
(д) Возможность указания дополнительных, неизвестных ГК РФ и иным специальным законам оснований акселерации кредита.....	647
(е) Оценка ограничений на включение в потребительский договор дополнительных оснований для акселерации долга ...	648
(ж) Классификация случаев досрочного истребования (акселерации) кредита на основании условий договора	652
(з) Типичные основания досрочного истребования кредита в предпринимательских кредитных договорах	657
(i) Неплатеж.....	657
(ii) Нарушение финансовых показателей	658
(iii) Введение в заблуждение. Недостоверные заверения	659
(iv) Перекрестное неисполнение (cross-default)	660
(v) Неполучение разрешений, корпоративных одобрений, лицензий и патентов.....	661
(vi) Сделки с активами заемщика.....	661
(vii) Сделки на нерыночных условиях.....	663
(viii) Участие в других кредитных сделках	664
(ix) Недопустимые корпоративные действия	664
(x) Смена участников, руководителя или вида деятельности ..	664
(xi) Неисполнение обязанности по страхованию	664
(xii) Непредоставление доступа.....	665
(xiii) Несостоятельность заемщика	665
(xiv) Принудительное изъятие имущества заемщика или введение ограничения на распоряжение им	666
(xv) Судебные и административные разбирательства.....	666
(xvi) Требования в отношении поручителя	666
(и) Защита интересов заемщика	667
(к) Защита третьих лиц.....	668
(л) Основания досрочного возврата и отказ от предоставления кредита	669

§ 3. Товарный и коммерческий кредит	670
Статья 822. Товарный кредит	670
(а) Общие замечания.....	671
(б) Правовая природа договора товарного кредита	671
(в) Место товарного кредита в системе заемных договоров, квалифицирующие признаки товарного кредита	672
(г) Правовая регламентация	674
(д) Характеристика договора товарного кредита: реальность или консенсуальность.....	674
(е) Характеристика договора товарного кредита: возмездность / безвозмездность.....	676
(ж) «Проценты» по договору товарного кредита	676
(з) Существенные условия договора товарного кредита	677
(и) Какие общие положения о займе подлежат применению к договору товарного кредита?	678
(к) Применение к отношениям сторон правил о купле-продаже ..	680
Статья 823. Коммерческий кредит	682
(а) Понятие коммерческого кредита	682
(б) Соотношение процентов по коммерческому кредиту и законных процентов по ст. 317.1 ГК РФ.....	692
(в) Применение иных правил о займе и кредите	693
ГЛАВА 43. ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ	697
Статья 824. Договор финансирования под уступку денежного требования	697
1. Понятие договора факторинга.....	698
1.1. Купля-продажа денежного требования с дополнительным оказанием услуг.....	699
1.2. Обеспечительная уступка денежного требования с оказанием дополнительных услуг.....	705
(а) Порядок реализации обеспечительных прав.....	709
(б) Последствия перехода требования фактора к клиенту о возврате займа к третьим лицам в порядке уступки или в силу закона	709
(в) Возможность последующей уступки уступленного в целях обеспечения требования.....	710
(г) Фидуциарные обязанности	710
(д) Последствия банкротства клиента.....	711

(е) Банкротство фактора	715
(ж) Соотношение обеспечительного факторинга и безвозвратного факторинга с поручительством клиента	716
1.3. Уступка денежного требования на инкассо	717
1.4. Элемент финансирования.....	723
1.5. Оплата услуг фактора	724
1.6. Осуществление прав по денежным требованиям клиента (включая обеспечительные права)	725
1.7. Дополнительные услуги по учету денежных требований	726
1.8. Рамочный характер договора и многократность уступок	727
1.9. Итоговые замечания по поводу определения квалифицирующих признаков договора факторинга	729
1.10. Соотношение с прежней дефиницией факторинга	730
1.11. Иные характеристики договора	732
1.12. Участие должника в договоре факторинга	733
1.13. Раскрытие информации о договоре факторинга.....	734
2. Бухгалтерские и иные услуги	737
3. Факторинг и цессия	737
4. Факторинг и иные договоры.....	740
5. Факторинг как смешанный договор и принципы комбинированного регулирования	741
Статья 825. Финансовый агент	742
Статья 826. Денежное требование, являющееся предметом уступки ...	744
1. Предмет уступки.....	744
1.1. Существующие и будущие требования.....	746
2. Момент перехода требования	748
2.1. Момент перехода существующего требования	749
2.2. Момент перехода будущего требования	749
2.3. Возможна ли уступка условного требования в состоянии подвешенности?	750
3. Отсутствие необходимости документировать переход требования ..	751
Статья 827. Ответственность клиента перед финансовым агентом....	752
1. Ответственность за недействительность	752
1.1. Безвозвратная модель факторинга.....	753
1.2. Ответственность клиента за действительность требования в контексте обеспечительной модели факторинга	756
1.3. Ответственность цедента и инкассо-факторинг	757
2. Утративший силу пункт 2	758

3. Ответственность за неисполнение уступленного требования.....	760
3.1. Ответственность за исполнение уступленного требования при безвозвратной модели факторинга	760
3.2. Ответственность за исполнение и обеспечительный факторинг.....	761
3.3. Ответственность за исполнение и факторинг на инкассо.....	761
3.4. Резюме	762
Статья 828. Недействительность запрета уступки денежного требования.....	762
Статья 829. Последующая уступка денежного требования	767
1. Допустимость последующей уступки денежного требования	767
2. Последующая уступка при обеспечительном и инкассо-факторинге	767
2.1. Специфика последующей уступки при обеспечительном факторинге	770
3. Правовая квалификация последующих уступок.....	773
Статья 830. Исполнение денежного требования должником финансовому агенту.....	774
(а) Общие правила об уведомлении	774
(б) Кто вправе уведомить должника?	775
(в) Уведомление о совершении сделки цессии или о переходе права?	777
(г) Уведомление и возражения	781
(д) Раскрытие возражений в разумный срок после уведомления ..	784
(е) Скрытая уступка	786
Статья 831. Права финансового агента (фактора) на суммы, полученные от должника	787
1. Последствия платежа в рамках безвозвратной модели факторинга	788
2. Последствия платежа в адрес фактора при обеспечительном факторинге	789
2.1. Механизм погашения заемного долга	790
2.2. Механизм засчитывания при последующей уступке	793
2.3. Обратная уступка.....	794
2.4. Диспозитивность или императивность	794
3. Последствия платежа при инкассо-модели факторинга	795
4. Зачет.....	795

Статья 832. Встречные требования должника	796
1. Общие замечания	796
1.1. Условия зачета: применение общих правил.....	796
1.2. Условия зачета: изъятие из принципа встречности	797
1.3. Применение предписаний ст. 412 ГК РФ	798
1.4. Последующие уступки	802
1.5. Препятствия к зачету: применение общих правил	802
1.6. Порядок осуществления зачета	805
1.7. Применение к «судебному зачету».....	805
1.8. Квазизачетные конструкции.....	806
1.9. Зачет и гарантии цедента по ст. 390 ГК РФ.....	806
1.10. Иные случаи зачета.....	808
2. Недопустимость зачета: специальный случай.....	808
2.1. Квазизачетные конструкции.....	809
 Статья 833. Возврат должнику сумм, полученных финансовым агентом (фактором)	809
 ГЛАВА 44. БАНКОВСКИЙ ВКЛАД	812
 Статья 834. Договор банковского вклада	812
1. Природа банковского вклада	812
1.1. Предмет договора	813
1.2. Существенные условия	813
1.3. Требования к субъектам	814
1.4. Критерий возвратности.....	815
1.5. Возможны ли беспроцентный вклад, замена процента на иное встречное предоставление или вклад с «отрицательными ставками»?	816
1.6. Вопрос о реальном и одностороннем характере договора.....	819
(а) Реальный характер договора вклада	819
(б) Односторонний характер договора.....	821
1.7. Внесение вклада третьим лицом.....	821
1.8. Способы возврата вклада	822
1.9. Документы, необходимые для открытия вклада	822
2. Договор вклада как публичный договор.....	822
2.1. Обязанность заключить договор с любым обратившимся	823
2.2. Исключения из правила об обязанности открывать вклад любому обратившемуся	823
2.3. Запрет на дискриминацию.....	824
3. Соотношение банковского счета и вклада	825

3.1. Различия квалифицирующих признаков договора.....	827
3.2. Запрет на перечисление денежных средств с вклада третьим лицам	828
4. Вклады и иные кредитные организации	829
Статья 835. Право на привлечение денежных средств во вклады	830
1. Требование к стороне, принимающей вклад	831
2. Последствия принятия вкладов без необходимого разрешения.....	831
2.1. Вклады, вносимые гражданами	832
2.2. Вклады, вносимые юридическими лицами.....	837
3. Расширение сферы применения правил п. 2 ст. 835 ГК РФ.....	838
3.1. Размещение эмиссионных ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным.....	839
3.2. Векселя и иные ценные бумаги	841
3.3. Привлечение кредитной организацией денег граждан на возвратной основе в рамках обычного займа.....	843
Статья 836. Форма договора банковского вклада	845
1. Письменная форма договора вклада	845
1.1. Электронная форма.....	846
1.2. Спорные случаи оформления вклада	847
2. Ничтожность при нарушении требования письменной формы ...	849
Статья 837. Виды вкладов	850
1. Виды вкладов	851
1.1. Срочный вклад	851
1.2. Вклад до востребования	851
1.3. Иные виды вкладов	852
2. Право вкладчика-гражданина требовать досрочного возврата вклада.....	857
2.1. Частичное снятие денег со срочного вклада	857
2.2. Срок выдачи вклада при его истребовании	858
2.3. Сберегательный сертификат	858
2.4. Права залогодержателя.....	858
3. Свобода договора в части условий возврата вклада и уплаты процентов	858
4. Запрет на отказ вкладчика от права на досрочный возврат срочного вклада.....	859
4.1. Последствия нарушения императивного запрета	860
4.2. Иные ограничения права на досрочное снятие вклада.....	861

5. Пересчет процентов при досрочном снятии срочного вклада	861
5.1. Определение применимой ставки	862
5.2. Темпоральный эффект снижения ставки.....	862
5.3. Частичный возврат	866
5.4. Расторжение договора при нарушении	867
6. Трансформация срочного вклада во вклад до востребования.....	867
6.1. Трансформация вклада и одностороннее изменение договора.....	868
6.2. Диспозитивность	869
6.3. Информирование	870
6.4. Отсутствие необходимости личного присутствия.....	870
7. Сберегательный (депозитный) сертификат	870
 Статья 838. Проценты на вклад	871
1. Процент по вкладу.....	872
1.1. Последствия отсутствия в договоре указания на процент	873
2. Право банка изменить размер процента по вкладам до востребования.....	873
2.1. Злоупотребление правом.....	874
2.2. Способы коммуникации	874
2.3. Диспозитивность	876
3. Изменение ставки по срочным вкладам.....	877
3.1. Вклад, внесенный гражданином.....	878
3.2. Вклад, внесенный юридическим лицом.....	879
3.3. Сберегательные (депозитные) сертификаты.....	881
 Статья 839. Порядок начисления процентов на вклад и их выплаты....	881
1. Период начисления процентов.....	881
1.1. Границы процентного периода.....	882
2. Порядок начисления процентов.....	882
2.1. Срок выплаты процентов.....	884
2.2. Невостребованные проценты	885
2.3. Запрет на выплату процентов позже момента возврата вклада..	887
 Статья 840. Обеспечение возврата вклада	887
1. Обеспечение требований вкладчиков-граждан	888
1.1. Страхование вкладов.....	889
1.2. Иные обеспечения, предусмотренные законом.....	892
1.3. Иные обеспечения, предусмотренные договором	892
2. Обеспечение требований вкладчиков, являющихся юридическими лицами	893

2.1. Императивность или диспозитивность	893
3. Информирование	894
3.1. Последствия нарушения требования об информировании	895
4. Последствия нарушения обязанностей по обеспечению, а также утраты или ухудшения обеспечения	895

Статья 841. Внесение третьими лицами денежных средств

на счет вкладчика	897
(а) Общие замечания	897
(б) Природа отношений третьего лица и банка	898
(в) Знание о реквизитах счета	898
(г) Презумпция согласия	899

Статья 842. Вклады в пользу третьих лиц

1. Общие контуры конструкции	900
1.1. Догматическая конструкция и соотношение с институтом договора в пользу третьего лица	901
1.2. Идентификация третьего лица	902
1.3. Права промиссара до изъяснения дестинатарием воли воспользоваться правами по вкладу	904
1.4. Права промиссара после вступления в права дестинатария ..	904
1.5. Организационные обязанности вкладчика	905
1.6. Судьба банковского счета	906
1.7. Правопреемство	906
1.8. Возражения	907
1.9. Зачет	907
1.10. Судьба начисленных процентов	908
1.11. Судьба обеспечений	908
1.12. Условия и сроки	908
1.13. Отказ дестинатария от прав	908
1.14. Последствия пассивности дестинатария	909
1.15. Отнесение требований по вкладу к имущественной массе промиссара или дестинатария	910
1.16. Смежная конструкция	911
1.17. Требование личного присутствия вкладчика и конструкция вклада в пользу третьего лица	912
1.18. Диспозитивность	912
2. Права лица, открывшего вклад, до момента вступления в права третьего лица	913
2.1. Диспозитивность или императивность	914
3. Соотношение с правилами ст. 430 ГК РФ	914

Статья 843. Сберегательная книжка	915
1. Общие вопросы	915
2. Предъявление сберегательной книжки	916
2.1. Непризнание сберегательной книжки ценной бумагой	917
2.2. Запрет на выдачу сберегательных книжек на предъявителя	917
Статья 844. Сберегательный и депозитный сертификаты	917
1. Понятие сберегательного (депозитного) сертификата	918
1.1. Различие между сберегательным и депозитным сертификатами	921
1.2. Запрет на предъявительские сертификаты	922
1.3. Иные виды сертификатов	922
1.4. Обслуживание сертификатов в филиалах банков	922
1.5. Учет прав по выданным сертификатам	923
1.6. Отчуждение прав на сертификаты	923
1.7. Обязательные реквизиты сертификатов	924
2. Проценты и иные условия	927
2.1. Акты Банка России	927
3. Ограничение права вкладчика требовать возврата вклада по требованию	928
4. Сберегательный (депозитный) сертификат, предоставляющий вкладчику право досрочного востребования вклада	929
5. Обездвижение	930
5.1. Порядок обездвижения выданных документарных сертификатов	931
5.2. Смысл комментируемого пункта	932
Статья 844.1. Особенности договора банковского вклада в драгоценных металлах	933
1. Понятие вклада в драгоценных металлах	934
1.1. Объект вклада	934
1.2. Виды вклада в драгоценных металлах	936
1.3. Форма возвращаемого металла	938
1.4. Срочный вклад и вклад до востребования	938
1.5. Перечисление с вклада третьим лицам	939
2. Существенные условия	939
2.1. Наименование металла	940
2.2. Размер процентов	940
2.3. Форма получения процентов	940
2.4. Порядок расчета денежных средств, подлежащих выдаче	940
2.5. Последствия отсутствия в договоре существенных условий	941

3. Применение общих правил ГК РФ о вкладе	941
4. Страхование вкладов	942
4.1. Уведомление об отсутствии страховой защиты.....	943
ГЛАВА 45. БАНКОВСКИЙ СЧЕТ	944
§ 1. Общие положения о банковском счете	944
Статья 845. Договор банковского счета	944
1. Предмет договора	945
1.1. Предмет обязательств банка	947
1.2. Расчетные операции	948
1.3. Виды счетов	948
1.4. Небанковские счета.....	949
1.5. Срок договора	950
1.6. Денежное обязательство банка и уступка.....	950
2. Право «использования» денежных средств на счете.....	952
3. Свобода распоряжения денежными средствами на счете	953
3.1. Диспозитивность	953
3.2. Клиент как слабая сторона договора	955
3.3. Безакцептное списание	956
3.4. Случаи, выходящие за рамки данного пункта.....	956
3.5. Ограничения, установленные законом	956
4. Права на денежные средства на счете.....	956
4.1. Блокировка	957
5. Совместный счет	958
5.1. Отличия совместного счета.....	958
5.2. Ограничения	958
5.3. Режимы совместного счета	959
(а) Пропорциональность и непропорциональность	960
(б) Совместный счет супругов	961
6. Иные кредитные организации.....	962
7. Электронные средства платежа	963
Статья 846. Заключение договора банковского счета	965
1. Открытие счета	965
2. Обязательность заключения договора счета с любым обратившимся	965
2.1. Публичный договор.....	966
2.2. Исключения из правила об обязанности банка открыть счет клиенту	967
(а) Законодательство о легализации.....	967

(б) Иные законодательные основания для отказа в открытии счета	969
2.3. Последствия необоснованного уклонения от заключения договора.....	970
3. Банковский счет на условиях электронного средства платежа	971
Статья 847. Порядок распоряжения денежными средствами, находящимися на счете	971
1. Общие замечания	972
1.1. Подтверждение полномочий на распоряжение средствами на счете.....	972
2. Безакцептное списание.....	973
2.1. Оформление.....	975
2.2. Отмена распоряжения.....	976
3. Группа счетов.....	977
3.1. Проблемные вопросы.....	978
4. Электронные инструменты удостоверения полномочий	979
Статья 848. Операции по счету, выполняемые банком.....	981
1. Операции по счету.....	981
1.1. Диспозитивность	983
1.2. Обязанность предупреждения	983
2. Отказ в зачислении денежных средств на счет или списании денег со счета в силу положений закона	984
3. Отказ в зачислении денежных средств на счет или списании денег со счета в силу положений договора.....	985
Статья 849. Сроки операций по счету.....	987
(а) Срок зачисления	987
(б) Ограниченная диспозитивность срока зачисления.....	988
(в) Сроки списания и выдачи наличных со счета	988
(г) Списание или перечисление	990
(д) Коллизия с положениями Закона о банках и банковской деятельности	991
(е) Ответственность.....	992
Статья 850. Кредитование счета	992
1. Понятие овердрафта.....	993
1.1. Момент предоставления кредита.....	995
1.2. Запреты на овердрафт	995

2. Природа договора счета с условием об овердрафте	996
2.1. Специфика комбинированного регулирования.....	996
2.2. Исключения.....	997
2.3. Совместные счета	998
2.4. Процент	998
2.5. Извещение о наличии условий для кредитования счета	998
2.6. Условия овердрафта	999
2.7. Диспозитивность	1000
2.8. Комиссии	1002
2.9. Применение Закона о потребительском кредите (займе) ...	1002

Статья 851. Оплата расходов банка на совершение операций

по счету.....	1002
1. Оплата услуг банка	1003
1.1. Оплата дополнительных услуг	1004
1.2. Порядок взимания платы.....	1005
1.3. Ограниченная рациональность.....	1006
1.4. Одностороннее изменение банком условий о плате за отдельные операции и дополнительные услуги	1007
2. Порядок взимания платы.....	1008

Статья 852. Проценты за пользование банком денежными

средствами.....	1009
1. Процент	1009
1.1. При каких условиях начисляются проценты?	1010
1.2. Диспозитивность	1011
1.3. Порядок уплаты процентов.....	1012
1.4. Срок зачисления процентов на счет	1012
2. Диспозитивная ставка процента.....	1012

Статья 853. Зачет встречных требований банка и клиента по счету... 1013

(а) Право банка на зачет и его ограничения	1014
(б) Право или обязанность.....	1016
(в) Уведомление о зачете.....	1017
(г) Заявитель зачета.....	1018
(д) Арест счета	1019
(е) Возможность заблокировать право зачета	1020

Статья 854. Основания списания денежных средств со счета 1021

1. Распоряжение клиента.....	1021
1.1. Распоряжение с отложенным механизмом реализации	1022

1.2. Отзыв распоряжения	1025
1.3. Бремя доказывания наличия оснований для списания	1027
2. Списание денег со счета в силу закона или судебных актов.....	1027
2.1. Судебное решение	1028
2.2. Закон как основание для списания	1028
2.3. Случаи, установленные договором.....	1031
2.4. Ответственность банка.....	1032
Статья 855. Очередность списания денежных средств со счета	1032
1. Календарная очередность	1033
2. Ситуация недостаточности денег на счете	1035
2.1. Очередность списания	1036
(а) Первая очередь.....	1036
(б) Вторая очередь.....	1037
(в) Третья очередь	1037
(г) Четвертая очередь.....	1038
(д) Пятая очередь	1038
2.2. Календарный приоритет внутри одной очереди	1038
2.3. Несколько счетов.....	1039
2.4. Обеспечительные меры	1039
2.5. Соотношение с Законом об исполнительном производстве	1040
Статья 856. Ответственность банка за ненадлежащее совершение операций по банковскому счету	1041
(а) Ответственность.....	1041
(б) Проект реформы	1041
(в) Фактические изменения в ст. 856 ГК РФ: общий обзор	1044
(г) Обязанность восстановить остаток по счету в случае несанкционированного списания со счета.....	1045
(i) Общее правило.....	1045
(ii) Специфика использования электронного средства платежа.....	1047
(iii) Судебная практика	1051
(iv) Промежуточные итоги.....	1052
(v) Природа обязанности восстановить остаток.....	1053
(vi) Возможность применения правила о совместной вине..	1054
(vii) Императивность	1055
(д) Дополнительные убытки при необоснованном списании.....	1056
(е) Порядок принудительной реализации требования клиента в отношении случая неосновательного списания	1057

(ж) Проценты годовые по ст. 395 ГК РФ	1057
(з) Договорные проценты	1060
(и) Санкции, установленные законодательством о защите прав потребителей	1060
(к) Ответственность в силу Закона о банках и банковской деятельности	1062
(л) Коллизия ст. 856 и п. 3 ст. 866 ГК РФ	1063
(м) Применение неустойки и начисление договорных процентов после расторжения	1064
(н) Договорные санкции	1066
(о) Убытки при просрочке в осуществлении платежных операций	1066
(п) Требования в отношении остатка по счету в случае уклонения от совершения платежных операций по счету	1066
(р) Публично-правовые ограничения	1068
(с) Обязанность банка при необоснованном списании в соотношении с обязанностью ее получателя	1069
Статья 857. Банковская тайна	1070
1. Общее правило	1071
1.1. Объект банковской тайны.....	1073
1.2. Закон о банках и банковской деятельности	1073
1.3. Обязанные субъекты	1074
1.4. Характер обязанности банка	1074
1.5. Диспозитивность или императивность	1076
1.6. Право клиента на распространение информации о своих счетах	1077
1.7. Уступка.....	1077
1.8. Универсальное правопреемство и иные подобные случаи	1079
1.9. Раскрытие информации при судебной защите прав.....	1079
2. Допустимость раскрытия банковской тайны.....	1079
2.1. Предоставление сведений представителю клиента	1080
2.2. Взимание платы за предоставление информации о счете ...	1080
2.3. Бюро кредитных историй.....	1081
2.4. Раскрытие банковской тайны государственным органам и иным лицам.....	1082
2.5. Объем предоставляемой третьим лицам информации	1084
3. Ответственность	1084
3.1. Иные способы защиты	1085
3.2. Сообщение недостоверных сведений	1086

Статья 858. Ограничение распоряжения счетом	1086
1. Ограничения свободы распоряжения деньгами на счете	1087
1.1. Прежняя редакция и Проект реформы ГК РФ	1088
1.2. Итоговые изменения	1089
1.3. Арест денег на счете.....	1091
1.4. Приостановление операций по счету	1094
1.5. Блокирование	1096
1.6. Ограничения, устанавливаемые самим банком в связи с применением законодательства о противодействии легализации и финансированию терроризма	1098
2. Ограничения распоряжения средствами на совместных счетах....	1100
2.1. Супружеские совместные счета	1101
2.2. Последствия неправомерного ареста.....	1102
3. Ограничения на распоряжение деньгами на счете и расторжение договора	1102
3.1. Судьба средств на заблокированном счете.....	1104
 Статья 859. Расторжение договора банковского счета	 1105
1. Свобода отказа от договора.....	1107
1.1. Императивность и вопрос о счете с овердрафтом или счете, открываемом при выпуске кредитной карты	1109
1.2. Толкование заявления клиента.....	1112
1.3. Последствия расторжения	1112
2. Право банка произвольно закрыть счет при отсутствии движения по счету или положительного остатка на нем.....	1113
2.1. Пассивность счета	1114
2.2. Предупреждение и отказ от договора	1115
2.3. Последствия внесения денег на счет в период предупреждения	1115
2.4. Императивность или диспозитивность	1116
2.5. Возможность установления дополнительных оснований для отказа банка от договора в самом договоре	1117
3. Отказ банка от договора на основании положений закона	1120
3.1. Основания расторжения	1120
3.2. Механизм отказа.....	1123
3.3. Правовой эффект направленного заявления об отказе до истечения 60-дневного срока.....	1124
4. Расторжение договора судом по требованию банка	1126
4.1. Снижение суммы остатка ниже порогового уровня	1127
4.2. Отсутствие операций по счету в течение года	1129
4.3. Исключения на уровне закона	1131

4.4. Возможность согласовать право на внесудебный отказ от договора по основаниям, указанным в п. 4 ст. 859 ГК РФ.....	1132
5. Судьба остатка на счете после расторжения	1132
5.1. Юридическая судьба неисполненных распоряжений	1136
5.2. Отсутствие необходимости оформления платежного поручения.....	1137
5.3. Исключения.....	1137
5.4. Состав остатка денежных средств.....	1137
5.5. Последствия нарушения банком обязательства вернуть остаток и начисление процентов.....	1138
5.6. Перечисление остатка на несколько счетов.....	1138
5.7. Смерть клиента.....	1139
5.8. Уступка.....	1139
6. Последствия невострбования клиентом остатка.....	1140
6.1. Порядок перечисления невострбованного остатка в Банк России.....	1141
6.2. Конверсия.....	1143
6.3. Истребование остатка со спецсчета в Банке России	1143
6.4. Специальные нормы закона	1145
7. Закрытие счета как последствие расторжения.....	1145
Статья 859.1. Особенности договора банковского счета в драгоценных металлах	1147
1. Вводные замечания	1147
1.1. Дефиниция и предмет договора.....	1148
1.2. Операции по счету.....	1149
1.3. Натуральный и безналичный металл.....	1150
1.4. Операция по принятию драгоценных металлов.....	1151
1.5. Выдача металла со счета в натуре или в наличной форме.....	1152
1.6. Операции зачисления и перечисления в пределах одного банка.....	1152
1.7. Перечисление и зачисление обезличенного металла между сторонами, обслуживаемыми разными банками	1153
1.8. Обращение взыскания на металлосчет по долгам клиента....	1154
1.9. Мультиметаллический счет.....	1154
1.10. Запрет на проведение операций в иностранной валюте	1154
1.11. Отличия от иных договоров	1154
1.12. Иные законы и правовые акты	1156
2. Существенные условия	1157
2.1. Возможность выделения иных существенных условий.....	1159

2.2. Условие о процентах	1160
3. Применение правил о банковских счетах	1160
3.1. Защита при ликвидации банка	1161
3.2. Страхование вкладов	1161
4. Отдельные виды металлосчетов	1161
4.1. Иерархия применимых норм	1162
Статья 860. Применение общих положений о банковском счете	
к отдельным видам банковских счетов	1163
1. Применение общих положений о счетах к отдельным видам	
счетов	1163
2. Регулирование залогового счета	1164
§ 2. Номинальный счет	1165
Статья 860.1. Договор номинального счета	1165
1. Номинальный счет как новый институт	1165
1.1. Дефиниция и природа номинального счета	1166
1.2. Сфера применения номинального счета	1169
1.3. Множественность бенефициаров	1172
1.4. Кто вправе требовать от банка перевода средств	
бенефициару?	1173
2. Существенные условия	1174
3. Контроль со стороны банка	1175
Статья 860.2. Заключение договора номинального счета	1176
1. Форма сделки	1177
1.1. Письменная форма договора	1177
1.2. Проставление даты на договоре	1178
2. Участие бенефициара в договоре	1178
3. Последствия несоблюдения требований к форме сделки	1179
4. Множественность бенефициаров	1180
Статья 860.3. Операции по номинальному счету	1181
Статья 860.4. Предоставление сведений, составляющих банковскую	
тайну, бенефициару по договору номинального счета	1182
Статья 860.5. Арест или списание денежных средств,	
находящихся на номинальном счете	1185
1. Иммунитет от взысканий по долгам владельца счета	1185
1.1. Исключения	1186

2. Обращение взыскания на денежные средства на номинальном счете по долгам бенефициара	1187
2.1. Номинальный счет, открытый для целей учета денежных средств, переданных эскроу-агенту, не являющемуся банком, на эскроу.....	1188
2.2. Законодательство об исполнительном производстве	1189
2.3. Дополнительные случаи, вытекающие из закона или договора .	1189
(а) В силу закона.....	1189
(б) В силу договора.....	1190

Статья 860.6. Изменение и расторжение договора номинального счета, замена владельца номинального счета

1. Изменение и расторжение договора.....	1191
1.1. Особенности расторжения договора номинального счета, заключенного без участия бенефициара	1191
2. Информирование бенефициара о волеизъявлении владельца счета о расторжении договора	1192
2.1. Уведомление бенефициара при расторжении договора банком	1193
3. Замена владельца номинального счета.....	1193
4. Последствия расторжения договора	1194

§ 3. СЧЕТ ЭСКРОУ

Статья 860.7. Договор счета эскроу

1. Природа договора счета эскроу	1196
1.1. Оформление договора счета эскроу.....	1199
1.2. Консенсуальность или реальность	1199
1.3. Динамика обязательственных отношений	1200
1.4. Порядок и срок депонирования	1203
1.5. Подтверждение оснований для перечисления средств бенефициару.....	1205
1.6. Существенные условия	1206
(а) Сумма депонирования или порядок ее определения	1206
(б) Порядок определения размера суммы, подлежащей перечислению бенефициару	1206
(в) Основания для перечисления средств бенефициару или порядок их определения.....	1206
1.7. Включение денежных средств на счете эскроу в имущественную массу банка	1207
1.8. Денежные средства на счете эскроу и имущественные массы депонента и бенефициара.....	1209

1.9. Обеспечительная природа и последствия банкротства депонента	1211
1.10. Порядок реализации требований бенефициара и депонента к банку	1213
1.11. Последствия неправомерного перечисления банком средств бенефициару	1214
1.12. Проценты	1215
1.13. Отличия от смежных договорных конструкций.....	1215
1.14. Последствия замены кредитора в обязательстве о выплате денежных средств бенефициару.....	1217
1.15. Взаимосвязь счета эскроу и базового договора, обязательства из которого исполняются путем депонирования	1218
1.16. Использование счета эскроу при долевом строительстве..	1220
(а) Общая идеология реформы.....	1220
(б) Требования к банкам.....	1223
(в) Договор о ведении счетов эскроу для конкретного застройщика.....	1223
(г) Эскроу и государственная регистрация договора участия в долевом строительстве	1224
(д) Проценты.....	1224
(е) Банкротство банка.....	1224
(ж) Переход права требования покупателя по отношению к застройщику к третьим лицам.....	1225
(з) Прекращение договора счета эскроу	1226
(и) Недействительность	1226
(к) Изменение цены	1227
(л) Раскрытие эскроу	1227
(м) Зачет	1228
(н) Банкротство застройщика.....	1228
(о) Истечение срока депонирования до окончания строительства.....	1228
2. Смешанный договор	1230
3. Вознаграждение банка	1231
4. Субсидиарное применение общих правил о банковских счетах и эскроу	1231
Статья 860.8. Ограничения по распоряжению денежными средствами и использованию счета эскроу	1233
1. Ограничение свободы распоряжения средствами на счете	1233
2. Запрет на смешение депонированной суммы с иными деньгами депонента	1234

3. Срок перечисления средств бенефициару.....	1235
4. Защита от обращения взыскания на счет эскроу по долгам депонента или бенефициара.....	1235
4.1. Возможные злоупотребления	1237
Статья 860.9. Предоставление сведений, составляющих банковскую тайну, по договору счета эскроу.....	1239
Статья 860.10. Закрытие счета эскроу	1239
1. Основания для закрытия счета эскроу	1240
1.1. Неприменение правил п. 1–2 ст. 859 ГК РФ.....	1240
1.2. Досрочное расторжение договора счета эскроу	1240
1.3. Судьба договора счета эскроу при прекращении того договора, обязательства по которому исполняются путем депонирования	1242
2. Последствия расторжения договора счета эскроу	1242
§ 4. Публичный депозитный счет.....	1243
Статья 860.11. Договор публичного депозитного счета	1243
1. Природа публичного депозитного счета	1244
1.1. Дефиниция договора публичного депозитного счета	1245
1.2. Случаи открытия публичного депозитного счета	1246
1.3. Особенности открытия депозитного счета нотариуса	1247
1.4. Соотношение с правилами ст. 327 ГК РФ о депозите нотариуса.....	1248
1.5. Риски банкротства банка	1250
1.6. Требования к банку	1251
1.7. В чью имущественную массу входят деньги на публичном депозитном счете?	1252
2. Отсутствие контроля банка в отношении использования денежных средств на счете.....	1253
3. Права бенефициара	1253
3.1. Природа обязательства лица, открывшего публичный депозитный счет, перед бенефициаром и депонентом	1254
4. Основания и порядок предъявления требования к владельцу счета.....	1256
Статья 860.12. Операции по публичному депозитному счету, совершаемые банком	1257
1. Ограничение числа возможных операций	1257
1.1. Поименованные операции.....	1258

1.2. Иные операции, предусмотренные законом.....	1258
1.3. Закрытый список?	1259
1.4. Иные права владельца счета.....	1260
1.5. Запрет на овердрафт	1260
1.6. Вознаграждение банка за услуги.....	1260
2. Ответственность владельца публичного депозитного счета.....	1261
3. Ответственность банка.....	1262
3.1. Ответственность банка в случае нарушения им обязанностей по контролю	1263

Статья 860.13. Проценты за пользование банком денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете..... 1266

1. Проценты.....	1267
2. Размер процента	1268
3. Учет процентов при перечислении депонированных средств бенефициару или депоненту.....	1269
3.1. Соотношение с правилами ст. 327 ГК РФ.....	1270
3.2. Судьба уплаченных процентов	1270
3.3. Учет вознаграждения банка	1271
3.4. Механизм вычета.....	1272

Статья 860.14. Распоряжение денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете..... 1272

1. Иммунитет публичного депозитного счета	1273
1.1. Ошибочность названия статьи.....	1273
1.2. Притязания третьих лиц на требования бенефициара и депонента	1273
2. Последствия неисполнения владельцем счета своих обязанностей по распоряжению денежными средствами на счете	1274
2.1. Произвольный возврат депонированных у нотариуса средств	1276

Статья 860.15. Замена владельца публичного депозитного счета и прекращение договора 1278

1. Смерть нотариуса или сложение им полномочий	1279
2. Последствия преобразования и упразднения органа, открывшего счет.....	1280
3. Невозможность закрытия счета банком.....	1281

ПРЕДИСЛОВИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОГО РЕДАКТОРА

Представленный на суд читателя постатейный комментарий является четвертым в начатой в 2017 г. издательствами «Статут» и «М-Логос» серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса. Первая книга в этой серии была посвящена общим положениям ГК РФ о договорах и обязательствах и была издана в начале 2017 г.¹ Вторая, вышедшая в начале 2018 г., — общим положениям о сделках, представительстве и исковой давности². Третья, опубликованная в сентябре 2018 г., — положениям ГК РФ о наследственном праве³. Настоящая же книга посвящена нормам ГК РФ о финансовых сделках — займе, кредите, факторинге, вкладе и счете (ст. 807–860.15 ГК РФ).

Какова концепция данной книги?

В современных условиях трудно представить себе применение любого кодифицированного акта без постатейных комментариев, написанных экспертами в соответствующих областях права и позволяющих сориентироваться в основных положениях кодекса. Такой научно-практический формат юридической литературы характерен для многих европейских стран (например, Германии, Франции, Швейцарии) и пользуется широким признанием у практикующих юристов, нотариусов, судей, студентов и ученых.

В России также издается достаточное число постатейных комментариев к различным кодексам, но многие из них (хотя, безусловно, и не все) страдают в той или иной мере рядом существенных недостатков. Во-первых, в них очень часто не представлена полностью судебная практика высших судов по толкованию соответствующих статей кодекса. В то же время без учета правовых позиций высших судов понимание реально действующего российского права («права в действии», а не «права в книгах») и его практическое применение крайне затруднено. Во-вторых, такие комментарии нередко не ставят себе задачу вскрыть и осветить основные проблемные и неоднозначные вопросы, проти-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017.

² Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018.

³ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018.

воречия и ошибки внутри текста кодекса и вместо этого пытаются, скорее, сгладить или обойти острые углы, а то и вовсе содержат простой пересказ комментируемой нормы другими словами. В результате у юристов, читающих такие комментарии, не возникает понимания всего спектра проблем и вопросов, с которыми они могут столкнуться впоследствии в рамках правоприменения. Эти недостатки снижают практическую и научную ценность подобных комментариев для юридического сообщества. Сказанное, за рядом исключений, относится и к издаваемым в России постатейным комментариям к Гражданскому кодексу Российской Федерации.

В рамках серии #Глосса мы попытались создать серию критических комментариев, отличающихся от того, что печаталось в России за последние годы, а именно — комментарии с акцентом на максимально широкий обзор судебной практики высших судов по всем актуальным вопросам толкования законодательных норм и выявление наиболее острых, неоднозначных и проблемных вопросов толкования и применения соответствующих норм. Авторы настоящей книги не пытались избегать сложных вопросов, а, наоборот, делали на них акцент, выявляя противоречия и неясности в тексте Кодекса и предлагая в ряде случаев варианты решения возникающих проблем. Юрист, изучивший данный комментарий, по задумке авторов, должен получить представление об основных подводных камнях и проблемах, учет которых необходим для любого практикующего юриста или судьи.

При этом в центре внимания настоящего комментария оказались нормы ГК РФ о займе и кредите, факторинге, вкладе и счете. Выбор такой тематики для четвертой книги серии был предопределен тем, что совсем недавно, 1 июня 2018 г., положения об указанных договорах были существенно изменены в рамках реформы ГК РФ. Данная реформа породила множество новых вопросов, которые сейчас встают перед практикующими юристами, судьями и учеными. Поэтому было принято решение посвятить четвертый том именно этой проблематике. По ряду причин комментарии к обновленным в рамках той же реформы положениям о расчетах не были включены в рамки настоящего тома.

От лица ответственного редактора хочу сделать несколько важных замечаний, позволяющих лучше понять те методологические установки, которые разделялись коллективом авторов.

Во-первых, авторы не ставили себе задачу подготовить обзор всей судебной практики применения соответствующих норм и сконцентрировались на разборе и систематизации судебной практики высших

судов (прежде всего ликвидированного в 2014 г. Высшего Арбитражного Суда РФ, а также Верховного Суда РФ и отчасти Конституционного Суда РФ). Анализ практики нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции был бы непосильной задачей и привел к выходу объема и без того обширной книги за все разумные пределы. В то же время юристам, желающим глубже разобраться в соответствующей проблематике, рекомендуется проводить дополнительные исследования судебной практики по интересующему вопросу. Благо современные электронные справочные правовые системы открывают для этого все возможности.

Во-вторых, авторам по тем же причинам, связанным с поиском баланса между глубиной и широтой исследования, пришлось отказаться от идеи отразить в комментарии обзор научной литературы по соответствующим вопросам. Полноценный доктринальный обзор и систематизация взглядов ученых на те или иные проблемы толкования соответствующих статей ГК РФ были признаны избыточными в контексте формата постапейного комментария. Это несколько не означает, что авторы недооценивали важность накопившегося научного багажа и проигнорировали наработки других исследователей.

В-третьих, авторы едины во мнении, что в условиях российского частного права, в рамках которого большинство проблем либо вовсе не изучено, либо изучено крайне поверхностно, особую научную ценность имеет качественный компаративный анализ с акцентом на опыт ведущих континентально-европейских и англосаксонских правовых порядков. Такой компаративный анализ ни в коем случае не должен завершаться слепым копированием выявленных зарубежных образцов; он должен предполагать критическое осмысление опыта ведущих зарубежных правовых порядков и взвешенный подход к рецепции соответствующих решений.

В то же время в рамках настоящего комментария представить такой компаративный обзор, который, безусловно, значительно обогатил бы его, не представлялось возможным. С одной стороны, в силу той же ограниченности предельного объема книги. С другой — в силу того, что проводить такой анализ на достаточно высоком уровне желательно с опорой на соответствующие французские, немецкие, итальянские, голландские и иные первоисточники. К сожалению, авторы настоящего комментария не могут похвастаться столь широкими познаниями в названных иностранных языках. Доступные большинству авторов англоязычные компаративные источники, безусловно, помогают разобраться во многих вопросах права Великобритании, США, а также ряда ведущих европейских стран (благо сейчас выходит достаточно

много англоязычной компаративной литературы о частном праве континентально-европейских стран), но их глубина и объем не позволяют представить на страницах настоящего комментария целостный обзор по всем сотням и тысячам острых проблем, которые проявляются при применении комментируемых норм ГК РФ. Фрагментарное же использование компаративной информации было признано нецелесообразным.

В связи с этим авторы ограничились ссылками на международные акты унификации частного права (Принципы УНИДРУА, Модельные правила европейского частного права, Конвенция УНИДРУА по международным факторинговым операциям и т.п.). Также остается надеяться, что в будущем в России удастся подготовить комментарий, основанный на более полном и глубоком компаративном анализе.

В-четвертых, авторы уделяли особое внимание новым нормам ГК РФ, принятым в рамках реформы гражданского законодательства и вступившим в силу с 1 июня 2018 г. Многие из этих норм вполне естественно порождают массу вопросов, которые авторы и попытались выявить в рамках комментария.

В-пятых, авторы не только выявляли проблемы в толковании норм ГК РФ, но и предлагали соответствующие пути их решения. К сожалению, формат комментария не предоставляет возможность приводить развернутую и подробную аргументацию. Поэтому во многих случаях читатель увидит только авторское видение, но не увидит детального обоснования. В то же время применительно к особо важным проблемам авторы представляют на суд читателя и краткое обоснование сделанного ими выбора.

В-шестых, многие из выявленных вопросов толкования норм ГК РФ достаточно сложно решить без проведения глубокого научного исследования. Поэтому читатель не должен удивляться тому, что в ряде мест комментария авторы вовсе воздерживаются от высказывания своего мнения или высказывают его достаточно осторожно, оговариваясь, что здесь представлено лишь предварительное суждение по вопросу, достойному дальнейшего анализа и обсуждения.

В-седьмых, коллектив авторов достаточно широк, что повлекло неизбежность согласования позиций по пересекающимся вопросам. Большинство из таких позиций, по крайней мере по ключевым проблемам, удалось согласовать. Но внимательный читатель, возможно, обнаружит некоторые частные разночтения в комментариях, подготовленных разными авторами.

В-восьмых, при написании комментария многие из авторов, включая меня как ответственного редактора, активно рецензировали тексты

соавторов и выдвигали свои предложения по их оптимизации, многие из которых в итоге принимались. Но в конечном счете последнее слово оставалось за автором комментария к соответствующей статье.

Настоящая книга готовилась в период с января по ноябрь 2018 г. и отражает текст ГК РФ, содержание иных законов и судебную практику по состоянию на декабрь 2018 г.

В ходе написания данной книги большую помощь своими замечаниями и критикой на проекты комментариев к некоторым статьям ГК РФ оказали А.Г. Архипова, Е.В. Бибикина, Р.С. Бевзенко, С.А. Громов, А.В. Давыдов, А.В. Егоров, В.В. Ефремов, Р.А. Жирнов, С.М. Карпушкин, П.А. Правящий, А.О. Рыбалов, Е.Р. Усманова, Д.В. Шевченко, Р.М. Янковский, а также многочисленные юристы, принимавшие участие в дискуссии по поводу некоторых фрагментов настоящего комментария, которые выкладывались для предварительного обсуждения на портале www.zakon.ru. Авторы выражают им большую признательность.

Остается надеяться на то, что данная книга покажется российским юристам полезной и поможет лучше сориентироваться в море проблемных вопросов российского гражданского законодательства.

А.Г. Карапетов
Декабрь 2018 г.

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности – Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле от 12 декабря 2001 г.

Оттавская конвенция 1988 г. – Конвенция УНИДРУА по международным факторинговым операциям, заключенная в г. Оттаве 28 мая 1988 г.

Модельные правила европейского частного права – Принципы, определения и модельные правила европейского частного права: Проект общей системы координат европейского частного права (в ред. 2009 г.)

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

БК РФ – Бюджетный кодекс Российской Федерации

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

ЖК РФ – Жилищный кодекс Российской Федерации

ЗК РФ – Земельный кодекс Российской Федерации

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях

УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации

УПК РФ – Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

Закон о Банке России – Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»

Закон о валютном регулировании и валютном контроле – Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»

Закон о долевом строительстве – Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»

Закон о драгоценных металлах и драгоценных камнях – Федеральный закон от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях»

Закон о защите прав потребителей – Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»

- Закон о кредитной кооперации** – Федеральный закон от 18 июля 2009 г. № 190-ФЗ «О кредитной кооперации»
- Закон о лизинге** – Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»
- Закон о ломбардах** – Федеральный закон от 19 июля 2007 г. № 196-ФЗ «О ломбардах»
- Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях** – Федеральный закон от 2 июля 2010 г. № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях»
- Закон о национальной платежной системе** – Федеральный закон от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»
- Закон о несостоятельности (банкротстве)** – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»
- Закон о переводном и простом векселе** – Федеральный закон от 11 марта 1997 г. № 48-ФЗ «О переводном и простом векселе»
- Закон о потребительском кредите (займе)** – Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»
- Закон о противодействии легализации доходов** – Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»
- Закон о регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей** – Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»
- Закон о рынке ценных бумаг** – Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»
- Закон о сельскохозяйственной кооперации** – Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»
- Закон о синдицированном кредите (займе)** – Федеральный закон от 31 декабря 2017 г. № 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»
- Закон о страховании вкладов** – Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов в банках Российской Федерации»
- Закон об АО** – Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»
- Закон об ипотеке** – Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»
- Закон об ООО** – Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

- Закон об опеке и попечительстве** – Федеральный закон от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве»
- Закон об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг** – Федеральный закон от 29 июля 1998 г. № 136-ФЗ «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»
- Закон об удаленной идентификации** – Федеральный закон от 31 декабря 2017 г. № 482-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»
- Закон об электронной подписи** – Федеральный закон от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи»
- Закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ** – Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»
- Закон от 5 декабря 2017 г. № 378-ФЗ** – Федеральный закон от 5 декабря 2017 г. № 378-ФЗ «О внесении изменений в статью 9.1 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)»»
- Закон от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ** – Закон от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования осуществления эмиссии ценных бумаг»
- Закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ** – Федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)» и Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях»»
- Основы законодательства РФ о нотариате** – Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1)
- Проект ГУ** – Проект Гражданского уложения Российской империи
- Проект концепции реформы ГК РФ** – Проект концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 69 от 30 марта 2009 г.))
- Проект реформы ГК РФ** – проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные

законодательные акты Российской Федерации» в редакции, внесенной Президентом РФ в Госдуму

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации

КАД ВС РФ – Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда Российской Федерации

КГД ВС РФ – Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации

КЭС ВС РФ – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации

АСВ – Агентство по страхованию вкладов

ЕГРН – Единый государственный реестр недвижимости

ЕСИА – Единая система идентификации и аутентификации

МФО – микрофинансовые организации

ПСК – полная стоимость потребительского кредита (займа)

РТК – реестр требований кредиторов

ГЛАВА 42. ЗАЕМ И КРЕДИТ

§ 1. Заем

Статья 807. Договор займа

1. По договору займа одна сторона (займодавец) передает или обязуется передать в собственность другой стороне (заемщику) деньги, вещи, определенные родовыми признаками, или ценные бумаги, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество полученных им вещей того же рода и качества либо таких же ценных бумаг.

Если займодавцем в договоре займа является гражданин, договор считается заключенным с момента передачи суммы займа или другого предмета договора займа заемщику или указанному им лицу.

2. Иностранная валюта и валютные ценности могут быть предметом договора займа на территории Российской Федерации с соблюдением правил статей 140, 141 и 317 настоящего Кодекса.

3. Если займодавец в силу договора займа обязался предоставить заем, он вправе отказаться от исполнения договора полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок.

Заемщик по договору займа, в силу которого займодавец обязался предоставить заем, вправе отказаться от получения займа полностью или частично, уведомив об этом займодавца до установленного договором срока передачи предмета займа, а если такой срок не установлен, в любое время до момента получения займа, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором займа, заемщиком по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность.

4. Договор займа может быть заключен путем размещения облигаций. Если договор займа заключен путем размещения облигаций, в облигации или в закрепляющем права по облигации документе указывается право ее держателя на получение в предусмотренный ею срок от лица, выпустившего облигацию, номинальной стоимости облигации или иного имущественного эквивалента.

5. Сумма займа или другой предмет договора займа, переданные указанному заемщиком третьему лицу, считаются переданными заемщику.

6. Заемщик – юридическое лицо вправе привлекать денежные средства граждан в виде займа под проценты путем публичной оферты либо

путем предложения делать оферту, направленного неопределенному кругу лиц, если законом такому юридическому лицу предоставлено право на привлечение денежных средств граждан. Правило настоящего пункта не применяется к выпуску облигаций.

7. Особенности предоставления займа под проценты заемщику-гражданину в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью, устанавливаются законами.

Комментарий

1. Общие характеристики договора займа.

1.1. Предмет договора займа. Договор займа является одним из классических договорных типов и ключевым элементом системы поименованных договоров в условиях рыночной экономики. Современная экономика во многом строится на использовании заемных средств, кредит — ключевой механизм инвестирования в производство и развитие иных бизнес-проектов и стимулирования потребления.

В корпоративных финансах альтернативой является привлечение инвестиций в капитал коммерческой корпорации. Но последний вариант предполагает предоставление инвестору корпоративного контроля и статуса участника корпорации со всеми вытекающими отсюда корпоративными правами, но в то же время не гарантирует получение инвестором возврата своих инвестиций, так как выплата дивидендов зависит от финансовых показателей корпорации и требует принятия решения большинства участников. Заемная модель не дает инвестору по умолчанию корпоративный контроль, но дает гарантии возврата предоставленных средств (за рамками ситуации банкротства заемщика). Выбор модели здесь зависит от воли сторон. В то же время в случае с заинтересованными в привлечении финансирования гражданами и некорпоративными юридическими лицами (например, автономная некоммерческая организация, фонд) модель инвестиций в капитал заблокирована, и заемная модель финансирования оказывается чуть ли не единственной.

Гражданский кодекс РФ закрепляет следующие квалифицирующие признаки договора займа, характеризующие его предмет: а) объектом предоставления со стороны займодавца являются деньги, родовые вещи или ценные бумаги; б) имущество, отвечающее указанным критериям, передается в собственность заемщика, в) заемщик по прошествии времени возвращает аналогичное имущество. Уплата процентов не является квалифицирующим признаком займа, так как заем может быть и беспроцентным (подробнее см. комментарий к ст. 809 ГК РФ).

Далее мы постараемся подробнее разобрать эти квалифицирующие признаки.

1.2. Объект предоставления по договорам займа.

(а) *Деньги*. Предоставление в заем денег являлось и будет, видимо, являться типичным и наиболее распространенным предметом обязательства займодавца.

Что данная статья понимает под деньгами? Очевидно и в судебной практике не ставится под сомнение, что объектом предоставления по договору займа могут быть как наличные деньги, так и безналичные денежные средства. Несмотря на то что применительно к безналичным деньгам говорить о передаче их в собственность не вполне корректно (ибо безналичные деньги не являются вещами, а представляют собой имущественные обязательственные права), судебная практика не колеблется в вопросе об отнесении безналичных денежных средств к объектам договора займа (подробнее о критерии передачи в собственность см. подп. «г» п. 1.3 комментария к настоящей статье). О возможности использования иностранной валюты в качестве объекта предоставления по договору займа см. комментарий к п. 2 настоящей статьи.

При этом превышение установленного лимита использования наличных платежей в расчетах¹ может служить основанием для признания соответствующего положения договора консенсуального займа о выдаче согласованной суммы займа именно наличными ничтожным. Это не должно означать ничтожность всего договора и условия о сумме займа. Соответственно, если договор носит консенсуальный характер, выпадение условия о наличной форме передачи займа в силу его ничтожности (ст. 180 ГК РФ) означает, что на стороне займодавца на самом деле имеется обязательство выдать заем в согласованной сумме в безналичном формате. Если такой заем наличными с превышением установленных лимитов все-таки предоставлен, к сторонам

¹ Согласно действующему на момент написания настоящего текста п. 6 Указания Банка России от 7 октября 2013 г. № 3073-У «Об осуществлении наличных расчетов» «наличные расчеты в валюте Российской Федерации и иностранной валюте между участниками наличных расчетов в рамках одного договора, заключенного между указанными лицами, могут производиться в размере, не превышающем 100 тысяч рублей либо сумму в иностранной валюте, эквивалентную 100 тысячам рублей по официальному курсу Банка России на дату проведения наличных расчетов (далее – предельный размер наличных расчетов)». Данное требование не распространяется на расчеты между физическими лицами, а также на расчеты между физическими лицами и юридическими лицами (или индивидуальными предпринимателями) и применяется только для расчетов между юридическими лицами, между индивидуальными предпринимателями, а также между юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями (см. п. 1 и 5 данного Указания).

могут быть применены соответствующие административные санкции (ст. 15.1 КоАП РФ), но это ни в коей мере не отменяет факта предоставления займа, возникновения заемного обязательства на стороне заемщика и необходимости его исполнения на согласованных условиях¹. При этом к возврату такого займа должен применяться тот же подход: условие о наличном характере подлежащей возврату суммы будет ничтожным и должно замещаться обязательством возврата той же суммы в безналичном порядке; но в случае фактического возврата долга наличными с нарушением лимита должны опять же применяться лишь административные санкции. Иначе говоря, заемщик не может отрицать факт получения займа, а займодавец не может ставить под сомнение погашение заемного долга со ссылкой на то, что соответствующий спорный платеж был осуществлен наличными с превышением установленного лимита. Но эти выводы справедливы, если сам факт платежа наличными не оспаривается сторонами или при возникновении спора доказан. Нарушение установленного лимита расчета наличными само по себе не порочит такое доказательство как расписка в получении займа наличными, это доказательство вполне допустимо, несмотря на данное нарушение (правила ст. 68 АПК РФ и ст. 60 ГПК РФ здесь вряд ли применимы). В то же время здесь следует помнить, что при установлении требований в делах о банкротстве применяется более высокий стандарт доказывания, поэтому при банкротстве, как минимум юридических лиц суды крайне скептически относятся к распискам, подтверждающим передачу наличных (см. п. 2.3 комментария к ст. 808 ГК РФ), особенно если речь идет о превышении установленных лимитов расчетов наличными.

(б) Вещи, определяемые родовыми признаками. Объектом предоставления по договору займа могут быть не только наличные деньги, но и иные вещи, определяемые родовыми признаками (зерно, бензин, уголь, драгоценные металлы и т.п.).

О проблеме разграничения договора займа родовых вещей и конструкции товарного кредита см. комментарий к ст. 822 ГК РФ.

По окончании срока договора заемщик должен вернуть то же количество аналогичных вещей. Аналогичность определяется с учетом качественных и иных характеристик. Например, если в заем была предоставлена партия зерна первого сорта, возврату подлежит такое же зерно идентичной сортности (подробнее см. п. 1.4 комментария

¹ В похожей ситуации КЭС ВС РФ в Определении от 7 августа 2018 г. № 307-ЭС17-23678 указала, что само по себе нарушение указанного лимита расчета наличными не ставит под сомнение факт платежа; достаточной мерой санкции является применение мер административной ответственности.

к настоящей статье). Иначе говоря, речь должна идти не об уникальных, а о заменимых вещах.

Изменение рыночной стоимости переданных вещей не влечет изменение объема обязательства по возврату займа, если иное не предусмотрено договором.

Понятие родовых вещей в целом не вполне корректно. Правильнее говорить о договорном предоставлении, определяемом родовыми признаками. Практически любая вещь может быть предметом как предоставления, определенного индивидуализированными признаками передаваемой вещи, так и предоставления, определенного родовыми признаками. Так, например, договор купли-продажи может быть направлен на передачу конкретного автомобиля с уникальным номером *VIN*, но тот же автомобиль может быть продан в составе рода по договору поставки некоего числа автомобилей соответствующего года выпуска и комплектации. Иначе говоря, родовой или индивидуально-определенный характер имеет не вещь (в силу каких-то ее объективных свойств), а объект предоставления по договорному обязательству.

То же применимо и к договорам займа. Но здесь ситуация несколько сложнее. Для квалификации договора займа ключевое значение имеет не то, индивидуальными или родовыми признаками в договоре описана вещь, *предоставляемая в заем*, а то, каким образом описано имущество, *подлежащее возврату*. Так, например, то, что в реальном договоре займа одна сторона передает другой 10 смартфонов с идентификацией каждого из них по уникальному серийному номеру в прилагаемом к договору акте или спецификации, не исключает квалификацию такого договора в качестве займа, если очевидно, что обязательство другой стороны состоит в том, чтобы впоследствии вернуть то же количество аналогичных смартфонов (не обязательно тех же самых, что были ранее переданы).

Таким образом, для квалификации договора в качестве займа вещей необходимо, чтобы можно было представить себе определенный способ описать вещь как часть некоего рода, одну из некоего множества сходных вещей. Иногда это сделать крайне затруднительно, и вещь сложно описать как объект предоставления, определенного родовыми признаками. Так, например, трудно себе представить в реальной жизни условие договора о передаче любых двух картин Ван Гога, содержащих изображение звездного неба. Картина Ван Гога, скорее всего, будет объектом индивидуально-определенного предоставления, а следовательно, и возвращать придется не аналогичное имущество, а именно ее, а значит в такой ситуации трудно помыслить себе договор займа. Но в большинстве случаев конкретная вещь может быть описана как

единица некоего рода вещей и приобрести в контексте конкретного договора заменимый характер, а соответственно, выступать в качестве объекта договора займа.

Раз вещь как объект договора должна быть определена в договоре родовыми признаками, т.е. быть заменимой, должен иметься некий рынок вещей, отвечающих тем же родовым признакам, или хотя бы теоретическая возможность для заемщика впоследствии создать или приобрести у третьих лиц вещь, соответствующую таким родовым характеристикам, с тем чтобы такую вещь вернуть займодавцу.

Иногда говорят, что объектом предоставления по договору займа должны являться только потребляемые вещи (вроде топлива или зерна). Но с такой позицией сложно согласиться. Заем вещей предполагает необходимость возврата *аналогичных* вещей, т.е. предполагается, что к моменту возврата займа у заемщика уже может и не быть тех самых вещей, которые он получил в заем, и ему придется создавать аналогичные вещи или приобретать их у третьих лиц для возврата. Это значит, что значение имеет критерий заменимости, а не критерий потребляемости. Не имеет значения, как заемщик расстается с получаемыми от займодавца вещами. Он может их потребить, если вещи в принципе потребляются в процессе использования, но может распорядиться ими иначе (например, продать третьим лицам или иным образом запустить в оборот). Запустить в оборот посредством последующего отчуждения можно и непотребляемые вещи (например, некоторое число царских монет определенного номинала и года выпуска, почтовых марок некой серии и т.п.).

В чем состоит отличие договора займа вещей от договора аренды, найма или ссуды? Ведь теоретически одна и та же вещь может быть предметом предоставления как по договору займа, так и в рамках арендных отношений (или ссуды). Например, три велосипеда можно передать как в аренду или ссуду, так и теоретически в заем. Все зависит от того, а) переходят ли они в собственность получателя, и б) что обязуется получатель вернуть. Если согласно условиям договора имущество не переходит в собственность, а остается в собственности у передающей имущество стороны и оказывается у получателя на каком-то ином ограниченном производном праве, говорить о займе однозначно невозможно. Здесь речь будет идти в большинстве случаев об аренде, ссуде, возможно, о хранении.

Но также нельзя говорить о займе и тогда, когда некая вещь передается в собственность, а возврату согласно условиям договора по окончании некоего срока подлежит не аналогичная, а именно та самая вещь (в нашем примере те самые три велосипеда, которые были переданы),

т.е. возвратное предоставление носит индивидуально-определенный характер, а не описано родовыми признаками. Как квалифицировать такой специфический договор о передаче имущества во *временную собственность* с его неминуемым возвратом, — вопрос не из простых. Многое здесь будет зависеть от иных аспектов содержания сделки. В некоторых случаях это может быть непоименованный договор передачи вещи в собственность в целях управления (фидуция в целях управления, подробнее о такой сделке применительно к акциям см. подп. «в» п. 1.2 комментария к настоящей статье). В других случаях это может быть договор о передаче имущества в обеспечительную собственность (фидуция в обеспечительных целях, подробнее см. п. 1.10 комментария к настоящей статье). В любом случае в описанных ситуациях вещь передается в собственность, но не в заем.

В то же время не противоречит природе займа ситуация, в которой заемщик, имея право вернуть по окончании срока займа аналогичную вещь, вернет ту же самую вещь, которую он в качестве займа получил. Последнее возможно, если он по какой-то причине не смог потребить вещь или распорядиться ею либо если он, приобретая аналогичную вещь на рынке для ее возврата займодавцу, случайно или не случайно приобрел ту самую вещь, которую в свое время, получив от займодавца, он и запустил в оборот. Для квалификации договора в качестве займа принципиально лишь то, что заемщик мог свободно распоряжаться полученным имуществом и исполнить обязательство, вернув не те же самые, а аналогичные вещи, которые он создаст или приобретет на рынке к моменту возврата.

(в) *Бездокументарные ценные бумаги.* Комментируемая норма в действующей редакции, упоминающей ценные бумаги, вступила в силу с 1 июня 2018 г. Ценные бумаги, как известно, могут быть как документарными, так и бездокументарными. Соответственно, заем бездокументарных ценных бумаг (в том числе акций) рассматривается сейчас законом как разновидность договора займа, и к таким договорам применяются общие правила ГК РФ о займе. Такие сделки нередко заключаются на фондовом рынке. Так что решение данного вопроса на уровне ГК РФ следует только приветствовать, так как оно распространяет на эти сделки достаточно сбалансированный правовой режим заемных отношений. Заем безналичных денег мало чем отличается от займа акций: в обоих случаях объектом выступают имущественные права, а не вещи. Было бы странно, если бы эти конструкции регулировались бы принципиально по-разному. Все правила ГК РФ о займе вполне адекватно применяются и в контексте займа акций или иных бездокументарных бумаг.

То же касается и документарных ценных бумаг, которые обездвижены путем помещения на хранение депозитарию с применением к обороту таких бумаг режима оборота бездокументарных бумаг согласно ст. 148.1 ГК РФ. В таком режиме в России выпускается большинство облигаций (подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 807 ГК РФ). Предоставление в заем таких бумаг будет осуществляться путем проведения соответствующих записей по счетам депо сторон договора.

Но как следует определять природу таких договоров, заключенных до 1 июня 2018 г.? До 1 июня 2018 г. норма п. 4 ст. 3 Закона о рынке ценных бумаг прямо допускала предоставление брокером своим клиентам ценных бумаг в качестве займа, но в тот период времени возникали два основных вопроса.

Первый: что, если заем предоставлен лицом, не являющимся брокером? Некоторые суды приходили к абсурдному выводу о ничтожности такого договора. Логика этого неправильного решения была такова: в ст. 807 ГК РФ написано о займе денег или родовых вещей, а Закон о рынке ценных бумаг упоминает лишь заем бездокументарных ценных бумаг, предоставляемый брокером, следовательно, заем бездокументарных ценных бумаг в остальных случаях ничтожен. Этот подход в корне неверен. Нет смысла считать норму п. 1 ст. 807 ГК РФ в прежней редакции императивной: данная норма об объекте займа со всей очевидностью является определяющей квалифицирующие признаки договора займа, а не ограничивающей свободу договора. Соответственно, ни о какой ничтожности договора, не вписывающегося в конструкцию займа как поименованного договора, речь идти не может. Тот же факт, что Закон о рынке ценных бумаг вскользь упоминает возможность заключения договора займа бездокументарных ценных бумаг брокером, сам по себе не означает, что в остальных случаях такой договор должен считаться ничтожным. Так что договоры займа бездокументарных ценных бумаг, независимо от их субъектного состава, в случае их заключения до 1 июня 2018 г. должны считаться законными и действительными сделками.

Второй вопрос: как же следует квалифицировать такие договоры при их заключении до 1 июня 2018 г.? Как известно, противоречие условий договора квалифицирующим нормам (нормам, закрепляющим квалифицирующие признаки того или иного поименованного договора) не порочит договор, а «выталкивает» его в разряд непоименованных. Поэтому может показаться, что, например, договор займа акций, заключенный до 1 июня 2018 г., следует признать непоименованным. Такой вывод безосновательно формирует регулятивный вакуум и отсекает в отношении этого договора прямое применение

законодательного регулирования займа, абсолютно уместного и в отношении займа бездокументарных ценных бумаг. Да, безусловно, в силу п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 и ст. 421 ГК РФ к непоименованному договору могут избирательно применяться отдельные нормы о поименованных договорах по аналогии закона. Но когда адекватным оказывается применение практически всего правового режима поименованного договора без серьезных исключений, говорить о точечной, избирательной аналогии закона не приходится. При этом нелепо говорить, что некий договор не является займом, но к нему применяются все нормы о займе по аналогии закона. С точки зрения элементарной логики и экономии мыслительных усилий и литигационных издержек (неминуемо возникающих, когда в отношении каждой такой нормы стороне придется убеждать судью в необходимости ее применения по аналогии закона) куда проще расширительно интерпретировать квалифицирующие признаки соответствующего поименованного договора.

Если в силу прямого указания в ГК РФ нормы о купле-продаже применяются к купле-продаже имущественных прав (п. 4 ст. 454 ГК РФ), почему бы и регулятивному режиму договора займа не покрывать собой заем не вещей, а бездокументарных ценных бумаг? Отсутствие в правилах о займе до 1 июня 2018 г. прямой оговорки на этот счет вряд ли нас должно останавливать. Кроме того, в п. 6 ст. 143 ГК РФ еще с 1 сентября 2013 г. прямо указано на применимость к бездокументарным ценным бумагам норм ГК РФ о ценных бумагах документарных (до этого аналогичная норма содержалась в п. 1 ст. 149 ГК РФ), а ст. 128 ГК РФ с 1995 г. устанавливала, что ценные бумаги являются вещами. В связи с этим было бы разумно квалифицирующую норму п. 1 ст. 807 ГК РФ об объекте займа в редакции, действовавшей до 1 июня 2018 г., интерпретировать расширительно, с тем чтобы правовой режим заемных отношений охватил и договор займа бездокументарных ценных бумаг.

Из этого следует, что договор займа бездокументарных ценных бумаг, заключенный между любыми субъектами как после, так и до 1 июня 2018 г., является законным и подчиняется общим правилам ГК РФ о займе.

По окончании срока займа заемщик будет обязан вернуть то же количество аналогичных бездокументарных ценных бумаг. Аналогичность здесь должна определяться с учетом правовых характеристик бездокументарных ценных бумаг, которые были закреплены в договоре для описания соответствующего рода. Например, в случае, когда по договору в заем передаются голосующие акции публичного акцио-

нерного общества, заемщик будет обязан вернуть такое же количество голосующих акций того же общества и не может погасить свой долг передачей привилегированных акций этого же эмитента или акций иного эмитента.

Изменение рыночной стоимости акций или иных бездокументарных бумаг не влечет возникновение у заемщика обязанности вернуть меньшее или большее число соответствующих бумаг, если иное не предусмотрено договором займа.

Особая проблема возникает в случае с займом акций. Обычно такие сделки заключаются заемщиком, чтобы сыграть на понижении стоимости акций на бирже. Он берет в заем определенное количество акций, немедленно их продает по текущим котировкам, а когда наступает время возвращать акции займодавцу, он скупает на рынке необходимое количество акций и переводит их на займодавца: если за этот отрезок времени котировки акций упали, расчет заемщика оправдывается, и он получает спекулятивный доход в виде образовавшейся разницы.

На практике может встречаться (и за рубежом встречается) сделка приобретения акций на время с последующим возвратом, заключаемая в стратегических целях (например, когда один акционер занимает определенный пакет акций на время у другого для того, чтобы получить необходимое большинство для принятия того или иного корпоративного решения или реализации того или иного корпоративного права, требующего наличия у данного лица определенного пакета акций). В ряде стран такие сделки относят к категории займа акций. Вопросы об их правовой природе, законности, целесообразности подведения под категорию обхода закона и о борьбе с возможными частными злоупотреблениями не столь очевидны и заслуживают отдельного обсуждения. Как бы то ни было, если по условиям сделки получатель обязуется акции не отчуждать третьим лицам и после небольшого срока и соответствующего акта голосования вернуть, говорить о займе точно невозможно, так как заем предполагает передачу имущества в целях потребления или отчуждения третьим лицам, а не для использования с сохранением права собственности на имущество.

От договора займа следует также отличать сделки, цель которых — передать акции в собственность другого лица в целях управления. В данном случае приобретатель акций не намеревается немедленно отчуждать полученный пакет и планирует осуществлять корпоративные права по полученным акциям (голосовать, получать дивиденды) от своего имени, но в интересах изначального собственника. Такого рода сделка (назовем ее фидуцией в целях управления) обычно предусматривает обязательства не производить свободное отчужде-

ние акций и так или иначе регулирует осуществление получателем корпоративных прав. Договор такого рода носит непоименованный характер и, сближаясь с римским институтом *fiducia cum amico*, немецким *Treuhand* или французским *fiducie*, является своеобразным конкурентом поименованного в ГК РФ договора доверительного управления. В отличие от последнего фидуция в целях управления отличается тем, что имущество передается на возвратной основе в целях управления в собственность, и задача управляющего (фидуциарного собственника) состоит в том, чтобы управлять данным активом, извлекать из него доходы, которые будут между сторонами распределяться по условиям договора. Такой договор имеет не заемную каузу, а, скорее, направлен на оказание услуг по управлению активом. Его законность может быть выведена из правил ст. 421 ГК РФ о свободе заключения непоименованного договора. Но однозначного понимания того, стоит ли допускать существование такого конкурента доверительного управления, в российском праве пока нет. Требуется разрешения целый ряд вопросов. Во-первых, это банкротный аспект. Если акции перешли в собственность управляющего, при его банкротстве они оказываются в конкурсной массе, а у лица, передавшего акции, имеется лишь обязательственное притязание на их возврат, которое он может осуществлять в ходе дела о банкротстве как обычный конкурсный кредитор. При банкротстве же лица, передавшего акции, последние в его конкурсную массу не входят. Но эти выводы справедливы в той степени, в которой наше право не признает немецкую конструкцию *Treuhand* в целях управления, в рамках которой собственность на некое имущество формально переходит управляющему, но при банкротстве оно оказывается в конкурсной массе лица, передавшего имущество, так как «экономическая собственность» остается у такого лица. Стоит ли в России развивать подобный институт, пока не ясно. Во-вторых, фидуциарный характер передачи в собственность в целях управления означает, что у управляющего возникают фидуциарные обязанности осуществлять управление активом (в нашем примере корпоративные права) добросовестно и разумно. В случае с акциями этот аспект становится важным, ибо управляющий, став акционером и голосуя за те или иные корпоративные решения, отчасти освобождается от их долгосрочных последствий с учетом того, что акции будут возвращены «учредителю управления», что может привести к злоупотреблениям и провоцировать беспечность (так называемая проблема *empty voting*). В-третьих, подлежат определению вопросы о судьбе дивидендов (они могут распределяться между сторонами согласно условиям договора

или засчитываться полностью или частично в счет оплаты «услуг» управляющего). В общем и целом дизайн этого института требует прояснения, но очевидно, что к займу акций он не имеет отношения. Если лицо принимает в собственность некое имущество и по задумке сторон оно это имущество не планирует потреблять или отчуждать третьим лицам, а при наступлении срока возврата вернет именно то самое имущество, которое оно получило, речь идет не о займе.

(г) *Документарные ценные бумаги.* Из действующей редакции п. 1 комментируемой статьи следует, что объектом предоставления по договору займа могут быть и документарные ценные бумаги. В отношении займа документарных ценных бумаг, обездвиженных у депозитария в порядке ст. 148.1 ГК РФ, применяются правила об обороте бездокументарных бумаг: это касается облигаций, большинство выпусков которых осуществляется на условиях обездвижения, а также может касаться сберегательных (деPOSITных) сертификатов, которые в силу п. 5 ст. 844 ГК РФ также могут выпускать в режиме обездвижения. Как уже отмечалось выше, предоставление таких обездвиженных за счет сдачи на хранение депозитарию бумаг в заем и возврат по истечении установленного срока осуществляются путем совершения соответствующих записей по счетам депо сторон, т.е. в режиме оборота бездокументарных бумаг. Но, в принципе, можно чисто теоретически помыслить и передачу в заем документарных ценных бумаг в их классической форме посредством их физической передачи и последующего возврата (например, вексель, складское свидетельство, сберегательный сертификат и т.п.).

В рамках такого договора займодавец, чьи обязательственные или иные права подтверждаются такой ценной бумагой, переоформляя документарную ценную бумагу на заемщика и передавая ее во владение последнего, тем самым уступает ему соответствующие обязательственные или иные удостоверенные такой бумагой права по отношению к третьему лицу, изначально выдавшему ценную бумагу и обязанному по ней. Заемщик же, получивший соответствующее количество таких документарных ценных бумаг и, соответственно, удостоверяемые ими обязательственные или иные права и использовавший их по своему усмотрению (распорядившись ими и получив за них деньги от третьих лиц или предъявив их к исполнению к обязанному по ценной бумаге лицу и получив от него положенное по бумаге исполнение), будет обязан по истечении срока договора вернуть то же количество таких же ценных бумаг, т.е. произвести обратное отчуждение аналогичных ценных бумаг и, соответственно, уступку удостоверяемых ими прав. Аналогичность возвращаемых ценных бумаг определяется с учетом

содержания закрепляемых в ценных бумагах имущественных прав. Так, например, если объектом займа были векселя определенного банка, заемщик должен вернуть заем, предоставив займодавцу векселя того же банка с аналогичным номиналом, правовой природой (простой или переводной вексель) и условиями погашения (сроками, процентной ставкой и т.п.).

В принципе, в современных условиях, когда документарные ценные бумаги, как правило, не выпускаются сериями, не всегда легко помыслить себе рынок стандартизированных и однотипных (т.е. заменимых) документарных ценных бумаг одного и того же обязанного лица. В той степени, в которой отсутствует рынок абсолютно аналогичных бумаг, вряд ли возможен и заем таких бумаг. Но чисто логически такая модель возможна. Например, в те времена, когда акции были документарными, вполне распространены были займы таких бумаг. В частности, возможность предоставления займа предъявительских документарных ценных бумаг была установлена и в Проекте ГУ (ст. 1888).

Но здесь следует отличать две разные конструкции. В рамках одной в заем передаются именно ценные бумаги, после их передачи у заемщика созревает заемное обязательство вернуть аналогичные бумаги и, возможно, еще и уплатить проценты. Если заемщик попытался получить исполнение по бумаге от обязанного по бумаге лица (например, векселедателя, склада, выпустившего складское свидетельство, или банка, выдавшего сберегательный сертификат), но столкнулся с проблемами, это само по себе не исключает созревание его обязанности платить проценты, так как суть заемного предоставления состояла в передаче в собственность самих ценных бумаг. Равно как не исключает такую обязанность и то, что заемщик так и не продал эти бумаги третьим лицам и не получил по ним исполнение от обязанного лица. Но возможна и другая конструкция: цель договора состоит в том, чтобы передать заемщику деньги или некие товары, а передача бумаги просто дает заемщику правовую возможность получить данное имущество от третьего лица. Соответственно, в такой ситуации, если, например, займодавец передал заемщику складское свидетельство, дающее право забрать у некоего элеватора тот или иной объем зерна, соответствующий тому, что ранее передал элеватору по договору иррегулярного хранения займодавец, заем не считается предоставленным, пока зерно со склада заемщик не забрал. Если, например, элеватор впал в банкротство и забрать зерно у заемщика не получилось, то заем не предоставлен и заемное обязательство просто не возникло. Сторонам следует четче в договоре фиксировать выбор одной из двух указанных конструкций.

Как представляется, договор займа, объектом которого является предоставление документарных ценных бумаг, должен квалифицироваться в качестве займа и тогда, когда он был заключен до 1 июня 2018 г. Дело в том, что в редакции, действовавшей до этого, предоставление вещей, определяемых родовыми признаками, также рассматривалось в качестве допустимого предмета договора займа. Документарные ценные бумаги в силу ст. 128 ГК РФ относятся к категории вещей. Если из природы и целей договора следует, что объектом предоставления и возврата являются не индивидуализированные вещи (какой-то уникальный вексель), а некий род вещей (например, векселя такого-то банка с определенными характеристиками), имеются все основания для того, чтобы говорить о передаче в заем вещей, определяемых родовыми признаками. Заемщик, получив такой вексельный заем, может использовать полученные векселя как суррогат денег (например, расплачиваясь со своими поставщиками по согласованию с ними путем индоссирования таких векселей), а затем при наступлении срока возврата займа обязан выкупить на рынке у третьих лиц аналогичные векселя того же векселедателя и вернуть их займодавцу.

В принципе, возможно установление в договоре и альтернативно-обязательства: либо вернуть аналогичные векселя, либо погасить долг в деньгах, но это ставит пока не решенный у нас в праве вопрос о природе такого, безусловно, законного договора (подробнее о проблеме мерцающей каузы см. подп. «д» п. 1.4 комментария к настоящей статье).

(д) Документарная ценная бумага, выданная самим займодавцем. Но можно ли в рамках заемного правоотношения передать не документарные ценные бумаги, выданные третьими лицами, а документарную ценную бумагу, выданную самим займодавцем?

Проанализируем этот вопрос на примере векселя. В данном случае заемщик получает в свое распоряжение основанное на векселе обязательственное право требовать безусловного платежа от самого займодавца. Он может использовать этот вексель в качестве инструмента расчетов со своими собственными кредиторами (индоссируя такие векселя на имя своих кредиторов, заемщик может по согласованию с ними погашать перед ними свои долги) или как юридическое основание для получения денег от займодавца путем предъявления векселя к оплате после наступления срока платежа по векселю. В любом случае вряд ли можно говорить о предоставлении в такой ситуации в заем именно векселя. Факт выдачи займодавцем на имя заемщика векселя не является предоставлением со стороны займодавца, сам заем будет предоставлен только тогда, когда по данному векселю произойдет

оплата. Соответственно, не вексель является объектом заемного предоставления, вексель лишь оформляет притязание заемщика на получение денежного займа. Когда вексель будет оплачен, заем и будет предоставлен, и он будет носить денежный характер. Иначе говоря, выдача собственного векселя не является передачей какого-либо имущества в адрес векселедержателя, а порождает у последнего имущество (обязательственное право). Соответственно, здесь не соблюдается такой квалифицирующий признак займа, как передача имущества в собственность, предполагающий сингулярное правопреемство в отношении прав на объект предоставления.

В той степени, в которой допускается консенсуальный заем (см. п. 1.7 комментария к настоящей статье), видимо, нет причин блокировать такой специфический способ структурировать обязательство займодавца по предоставлению денежного займа. Теоретически преимущество такого механизма для заемщика состоит в том, что требование о предоставлении денежного займа приобретет дополнительную надежность. Это требование в силу абстрактности вексельных притязаний можно будет реализовать путем истребования суммы займа в судебном порядке по общим правилам о взыскании вексельного долга, чего по общему диспозитивному правилу невозможно сделать по обычному займу (см. подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье). Кроме того, займодавец по причине все той же абстрактности притязаний по векселю теряет возможность отказаться от выплаты этой суммы векселедержателю со ссылкой на реализацию своего права на отказ от договора займа до предоставления займа по правилам п. 3 ст. 807 ГК РФ. Но важно учесть, что данные особенности проявляются только после индоссирования векселя на третье лицо, так как сама абстрактность вексельного долга проявится только после этого и при условии предъявления к векселедателю требования не изначальным векселедержателем (заемщиком), а новым кредитором. Дело в том, что в той степени, в которой векселедержателем остается изначальный заемщик, долг векселедателя остается каузальным и позволяет векселедателю ссылаться на возражения, вытекающие из специфики своих обязательственных отношений с векселедержателем (в данном случае — из договора займа) (о каузальности вексельного долга в отношениях между векселедателем и изначальным векселедержателем см. п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14). Потенциальное более прочное положение последующих приобретателей векселя после перехода к ним приобретаемых требований в конечном итоге может как минимум теоретически делать такие требования более ликвидными (повышать их рыночную стоимость).

При этом, естественно, после получения денег конечным векселедержателем долг по возврату заемного долга созреет у исходного заемщика, так как речь шла лишь об уступке требования о выплате займа, а не о передаче всего договора, включая долг по возврату займа¹.

Наконец, завершая разговор о векселях, следует сказать, что в вексель может быть обложено обязательство заемщика погасить предоставленный ему заем. В таких ситуациях речь идет об обычном займе, но возвратный долг заемщика приобретает специфику, предопределенную применением к этому долгу правил о векселях. Естественно, ни о каком предоставлении в заем векселя здесь говорить также не приходится.

Те же выводы применимы с необходимыми адаптациями и к иным документарным ценным бумагам, опосредующим те или иные обязательственные права. Впрочем, представить себе в реальности предоставление в заем коносамента или складского свидетельства еще более трудно, чем предоставление в заем векселей, ибо, насколько нам известно, в России не существует рынка стандартизированных коносаментов и складских свидетельств и практически невозможно представить себе ситуацию возврата займодавцу абсолютно аналогичных ценных бумаг. Это, видимо, и обуславливает отсутствие практики заключения подобных договоров. В то же время логическая возможность такой конструкции имеется.

¹ Кроме того, возможна и иная конструкция. Иногда на практике одно лицо выдает другому собственный вексель, а взамен получает оплату еще до того, как наступает срок собственного платежа по векселю. Судебная практика такие договоры возмездного приобретения одним лицом у другого собственного векселя последнего не квалифицирует ни как заем, ни как куплю-продажу, а относит к категории законных непоименованных договоров (Постановление Президиума ВАС РФ от 21 мая 2013 г. № 16735/12). Подробный разбор этой ситуации выходит за рамки настоящего комментария, но, видимо, стоит согласиться с тем, что сама выдача векселя в такой ситуации не является предоставлением по договору займа. Если оплата за выдачу векселя происходит до выдачи векселя, то ситуация понятна: векселедатель просто подтверждает свой долг по возврату полученного финансирования путем выдачи векселя, соответственно, здесь сделка должна квалифицироваться как заем, но заемщиком выступает сам векселедатель. Если оплата за выдачу векселя должна происходить после выдачи векселя (в вышеупомянутом деле Президиума ВАС РФ имела место именно такая ситуация), мы имеем какую-то нелепую конструкцию, которую, видимо, действительно надо квалифицировать как непоименованный договор. Если векселедатель выдаст вексель, а затем не получит оплату, он, конечно же, сможет заблокировать взыскание с него долга, ссылаясь на отсутствие каузы у подтвержденного векселем долга. Но если векселедержатель индоссорирует вексель добросовестному третьему лицу, вексельный долг приобретет абстрактные черты, и векселедатель придется производить выплату по векселю в пользу нового векселедержателя еще до получения денег от первого векселедержателя.

(е) *Иные имущественные права.* Комментируемая норма не упоминает в качестве возможных объектов предоставления по договору займа иные имущественные права. Означает ли это, что предоставление на возвратной основе таких прав, не относящихся к категории безналичных денежных средств или бездокументарных ценных бумаг, является незаконным? Конечно же, нет. В любом случае наш закон допускает заключение непоименованных договоров (ст. 421 ГК РФ). Но, думается, нет нужды отправлять подобные сделки в разряд непоименованных и отрывать их от проверенного правового регулирования заемных отношений, которое вполне адекватно применимо и к таким договорам предоставления имущественных прав на возвратной основе. Главное, чтобы договор предусматривал возврат того же объема идентичных с точки зрения своего содержания прав. В этом плане квалифицирующие признаки договора займа, закрепленные в комментируемой норме, следует толковать расширительно, а перечень возможных объектов предоставления по такому договору – в качестве иллюстративного.

Так, например, мы не видим препятствий к заключению договора займа, предусматривающего передачу на возвратной основе электронных денежных средств (например, денег на кошельках в платежных сервисах *Qiwi* или Яндекс.Деньги), той или иной криптовалюты или иных стандартизированных цифровых активов (например, «игровые деньги» в многопользовательских компьютерных играх), если право в целом признает такие права имущественными и оборотоспособными и какие-то специальные ограничения (например, в отношении расчетов такими средствами между юридическими лицами) на уровне закона не установлены.

Если соответствующая компания сотовой связи допускает такой способ пополнения лицевого счета абонента, как перевод части остатка по лицевому счету другого абонента, вполне мыслим такой перевод на заемной основе. В такой ситуации, конечно же, никакие денежные средства не переводятся, а один абонент уступает другому неденежные требования к сотовому оператору по оказанию услуг сотовой связи на определенную сумму, а изменение сальдо такого неденежного долга сотового оператора перед данными абонентами и отражается по их лицевым счетам. То же можно сказать и о накопленных милях, бонусах, премиальных баллах, если оборот неденежных требований на предоставление тех или иных скидок или иных преференций, отраженных в этих своеобразных условных единицах, в принципе, возможен согласно правилам соответствующей компании, запустившей данную бонусную программу.

По сути, все, что является имуществом, может быть предметом легального оборота и отчуждено на возмездной основе, может теоретически быть и предметом займа, если соответствующее предоставление описано родовыми признаками.

1.3. Передача имущества в собственность. Вторым упомянутым в комментируемой норме квалифицирующим признаком договора займа (помимо перечня возможных объектов предоставления) является передача указанных объектов в собственность заемщика.

Здесь законодатель допускает некоторую неточность. Собственность есть категория, в узком цивилистическом смысле этого понятия применимая лишь к вещам, в то время как безличные денежные средства, акции или облигации, которые, безусловно, могут быть предметом договора займа, вещами не являются, а являются иным имуществом по смыслу ст. 128 ГК РФ. Соответственно, в данном случае собственность понимается законодателем в более широком смысле как исключительное, «монопольное» и максимально полное право в отношении как вещей (право собственности в узком смысле), так и бестелесных видов имущества. В случае с облигациями, оборот которых переведен в режим оборота бездокументарной ценной бумаги за счет централизованного хранения, речь идет о передаче в заем бездокументарной ценной бумаги, закрепляющей требование, вытекающее из облигационного займа; в случае с акциями — бумаг, закрепляющих комплекс корпоративных прав (включая право на получение информации и дивиденды, голосование и т.п.).

Лицо, получающее вещи или бестелесные виды имущества в собственность (в широком понимании этого термина), приобретает право на те виды использования данного имущества, которые имеет собственник, включая право на потребление (например, при займе топлива) или распоряжение (например, акции, как правило, приобретаются в заем для немедленной продажи на бирже). По окончании срока займа созревает обязательство заемщика произвести обратное отчуждение (т.е. передачу в собственность займодавца) того же вида имущества, с теми же характеристиками и по общему правилу в том же его количестве.

(а) Передача займа третьему лицу. В силу п. 5 ст. 807 ГК РФ договор может предусматривать передачу предмета займа напрямую в собственность указанному в договоре третьему лицу. В таких ситуациях имущество не проходит через имущественную массу заемщика, а в результате переадресации исполнения переходит из имущественной массы займодавца в имущественную массу указанного заемщиком третьего лица. Естественно, такая модель ни в коей мере не исключает

возникновение обязательства по возврату займа у самого заемщика. Подробнее см. комментарий к п. 5 ст. 807 ГК РФ.

(б) Передача займа юридическому лицу, имеющему в отношении своего имущества не право собственности, а иное ограниченное вещное право. В принципе, мы не видим причин, почему заемщиком по договору займа не может быть юридическое лицо, не имеющее право собственности на находящееся у него имущество (например, унитарное предприятие, учреждение). Предоставление займа таким лицам означает, что имущество попадает в собственность учредителя, а у организации-заемщика оказывается на соответствующем ограниченном вещном праве (пусть понятие ограниченного вещного права и не совсем применимо к таким видам имущества, способным быть предоставленным по договору займа, как безналичные денежные средства или бездокументарные ценные бумаги). Для примирения такого вывода с буквой закона требуется расширительное толкование критерия «передача в собственность заемщику», но, как уже было выше показано, ничего невероятного в расширительном толковании данного квалифицирующего признака нет, и оно может быть допущено и в данном контексте.

В то же время следует учесть, что в законодательстве об отдельных видах подобных юридических лиц могут быть установлены специальные ограничения на привлечение займов. Так, например, согласно п. 10 ст. 161 БК РФ казенное учреждение не имеет права получать кредиты или займы. Соответственно, заем в такой ситуации просто невозможен, а сделка должна признаваться ничтожной по правилам п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Согласно ст. 24 Закона о государственных и муниципальных предприятиях среди допускаемых способов привлечения такими предприятиями заимствований указаны привлечение банковского кредита и ряд иных механизмов, но не упоминается обычный заем. Эта норма иногда толкуется судами от обратного как императивный запрет на привлечение средств по договорам займа, но такой вывод кажется несколько нелепым, так как та же статья среди допускаемых способов привлечения заимствований указывает выдачу векселей. Но ведь вексель выписывается в подтверждение заимствования именно в рамках заемного правоотношения. Просто невозможно представить, что закон может запрещать привлекать средства по обычным договорам займа и одновременно разрешать делать то же с использованием векселей, инструмента куда более опасного для должника, чем обычный заем. Впрочем, следует отметить, что в силу п. 2 ст. 24 того же Закона ВС РФ для привлечения заимствований требуется согласие собственника имущества. Так что получение займа унитарным предприятием

не считается запрещенным, но на совершение сделки должно быть получено согласие собственника имущества унитарного предприятия; иначе сделка может быть оспорена по правилам ст. 173.1 ГК РФ. Этот подход подтверждается и в практике ВС РФ (см. Определение КЭС ВС РФ от 7 августа 2018 г. № 23-КГ18-3).

(в) Вопрос о собственности займодавца. Из указания в числе квалифицирующих признаков займа передачи имущества в собственность заемщика косвенно следует, что сам займодавец должен иметь право собственности на передаваемое им имущество до момента передачи. Ведь в силу известной правовой максимы и элементарных законов логики никто не может передать больше прав, чем у него имеется. Соответственно, чтобы передать вещи в собственность заемщика займодавец сам должен быть собственником таких вещей. Если займодавец владеет вещами на правах, например, арендатора или хранителя или вовсе украл эти вещи у собственника (но при этом данные вещи не смешались с иными однородными вещами займодавца), займодавец не стал их собственником, а следовательно, заемщик, получивший данные вещи от займодавца в качестве займа, не приобретет собственность в рамках сингулярного правопреемства, как минимум если данные вещи не смешались с его собственными однородными вещами. Впрочем, все эти нюансы вещного права в контексте займа достаточно умозрительны, ибо заем родовых вещей, которые не принадлежат займодавцу, да к тому же еще и не смешиваются с вещами ни займодавца до предоставления, ни с однородными вещами заемщика после предоставления, представляется абсолютно фантастической ситуацией.

В случае с безналичными деньгами и бездокументарными ценными бумагами (т.е. имущественными правами) ситуация разрыва владения и прав собственности (в широком экономическом смысле этого понятия) не встает. Для того чтобы перечислить безналичные средства заемщику, займодавец должен иметь их на своем счете (т.е. иметь обязательственное право требования к банку на сумму остатка на счете), а для перевода на имя заемщика акций займодавец должен быть учтен в соответствующем реестре акционеров или депозитарии как акционер и обладатель соответствующих акций.

В то же время здесь могут возникать две сложности.

Первая: может ли предоставить заем юридическое лицо, которое обладает своим имуществом не на праве собственности, а на ограниченном вещном праве (хозяйственного ведения или оперативного управления)? Речь идет, в частности, о государственных или муниципальных унитарных предприятиях или учреждениях. В такой ситуации возникает интересная проблема в отношении применимости

концепции ограниченного вещного права к подобным бестелесным имущественным правам. Кто, например, с учетом норм ГК РФ о наличии прав собственности на имущество ГУПа является акционером или полноценным кредитором в обязательстве, если акция закреплена за ГУПом или ГУП имеет требование к должнику по обязательству (государство или ГУП)? Не погружаясь в эту проблематику, следует заметить, что в любом случае в той степени, в которой унитарное предприятие или учреждение может распорядиться данным бестелесным имуществом (например, продать), оно может и предоставить его в заем. Если считать, что полноценным обладателем соответствующего имущественного права является учредитель унитарного предприятия или учреждения, то тогда следует исходить из того, что данное юридическое лицо, имея правомочие распорядиться таким имуществом учредителя, реализует его в форме предоставления из собственности учредителя в собственность заемщика.

Здесь, впрочем, следует иметь в виду, что специальное законодательство о соответствующих видах юридических лиц может вводить те или иные ограничения на предоставление такими организациями займов третьим лицам. Так, например, абз. 1 п. 4 ст. 18 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» требует получения согласия собственника на предоставление третьим лицам займов, а согласно п. 10 ст. 161 БК РФ казенное учреждение не имеет права предоставлять займы в принципе.

Вторая сложность: возможно ли предоставление займа через переадресацию исполнения? Речь идет о ситуации, когда займодавец, предоставляющий заем по реальному договору займа или обязанный осуществить предоставление займа по консенсуальному договору займа, передает заемщику не свое имущество, а поручает совершить предоставление третьему лицу. Например, третье лицо имеет задолженность перед займодавцем и последний просит погасить этот долг путем перечисления соответствующей суммы напрямую заемщику в счет исполнения своего собственного обязательства перед этим заемщиком по предоставлению займа или в порядке предоставления суммы займа по реальному договору займа. Представляется, что подобная конструкция вполне возможна. При этом получается, что предоставляемое за займодавца имущество переходит в собственность заемщика из собственности не займодавца, а того третьего лица, на которое займодавец возложил осуществление предоставления. Мы не видим в этом какой-либо проблемы. Признает эту опцию и судебная практика (Определение КГД ВС РФ от 1 марта 2016 г. № 52-КГ16-1, Опреде-

ление КЭС ВС РФ от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413). Естественно, у заемщика будет обязательство возвратить аналогичное имущество не тому, от кого он получил предоставление фактически, а займодавцу, за которого третье лицо предоставление осуществляло.

(г) Момент предоставления займа применительно к вещам и ценным бумагам. Право собственности на движимые вещи переходит к заемщику (или указанному им лицу при переадресации), а следовательно, заем считается предоставленным заемщику с момента передачи вещей. Передачей же является либо вручение вещей (т.е. передача во владение) заемщику или указанному им лицу, либо сдача перевозчику или организации связи для доставки / пересылки получателю или указанному им лицу (ст. 223–224 ГК РФ).

В случае с бездокументарными ценными бумагами (или бумагами документарными, но обездвиженными и переведенными в режим оборота по правилам о бездокументарных бумагах по ст. 148.1 ГК РФ) заем в силу п. 2 ст. 149.2 ГК РФ будет считаться предоставленным с момента зачисления бумаг на соответствующий счет заемщика (или указанного им лица), открытый у организации, ведущей учет прав на бездокументарные бумаги (лицевой счет, открытый у регистратора, или счет депо, открытый у депозитария).

(д) Передача в собственность применительно к безналичным денежным средствам. Как уже отмечалось, при безналичных переводах у получателя не появляется полноценное право собственности в узком смысле этого слова, так как деньги на счетах не представляют собой вещи по тексту ст. 128 ГК РФ, но в широком экономическом смысле также можно говорить и нередко говорится о собственности на денежные остатки на банковских счетах. При этом судебная практика исходит из того, что безналичный перевод считается предоставлением займа, если деньги поступили в распоряжение заемщика, стали доступны ему.

Но здесь важно обратить внимание на ряд деталей. Согласно Закону о национальной платежной системе (ч. 10 ст. 5), а также разъяснениям ВС РФ (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54) платеж считается осуществленным при обслуживании сторон разными банками – в момент поступления денег на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора. Как представляется, именно момент, когда платеж считается осуществленным согласно указанным правилам, и должен рассматриваться как момент предоставления займа. При обслуживании сторон разными банками такое решение абсолютно справедливо, ибо размещает риск банкротства банка заемщика на самом заемщике, а не переносит его на займодавца. Да, безусловно, момент зачисления денег на корсчет банка

заемщика не означает, что деньги стали доступны самому заемщику, но тем не менее они оказались доступны привлеченному заемщиком лицу (выбранному заемщиком банку): этого вполне достаточно, чтобы считать заем предоставленным и снять с займодавца риск незачисления таким банком поступивших средств на счет самого заемщика. В обратном случае займодавец не считался бы предоставившим заем и не мог бы требовать возврата займа, несмотря на то что он перечислил деньги в указанный заемщиком банк, перспективы же прямого иска займодавца к банку заемщика крайне туманны, ибо банк, скорее всего, не зачислил средства на счет самого заемщика из-за того, что лишился лицензии и впал в банкротство. Такое странное распределение рисков было бы крайне несправедливым и экономически неэффективным способом распределения риска. Отсюда и сделанный выше вывод о моменте предоставления займа.

Следует, впрочем, оговориться, что заем может считаться предоставленным при зачислении денег на корреспондентский счет банка заемщика, только если сами реквизиты заемщика в платежном документе корректно указаны. Если деньги застряли на корреспондентском счете заемщика из-за ошибок в оформлении займодавцем платежного документа, риск лежит на займодавце, а заем нельзя считать предоставленным.

В равной степени применение указанных норм Закона о национальной платежной системе и разъяснений ВС РФ означает, что по общему правилу заем не считается предоставленным, если банк займодавца списал средства с его счета, но до корреспондентского счета банка заемщика средства не дошли. Это также абсолютно разумно. Займодавец должен отвечать за действия своего собственного банка.

Аналогичные подходы должны применяться и к договорам, заключенным до вступления в силу Закона о национальной платежной системе, так как еще в начале 2000-х гг. именно эти подходы стали косвенно признаваться на уровне судебной практики и научной доктрины (например, п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Вопрос о диспозитивности или императивности данных правил определения момента платежа вызывает сейчас споры¹ и пока в судебной практике четко не разрешен, так что нет ясности в вопросе о том, могут ли стороны договора займа иначе распределить риски банкротства

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 130–132 (авторы комментария к ст. 316 ГК РФ – А.Г. Карапетов, А.А. Павлов).

выбранных ими банков. Как представляется, такие условия вполне можно было бы разрешать в договорах между профессиональными коммерсантами с сопоставимыми переговорными возможностями. Если стороны-коммерсанты могут свободно распределить риск случайной гибели объекта договорных обязательств (например, вещи, передаваемой в аренду) или предусмотреть обязанность возмещения потерь по ст. 406.1 ГК РФ, неочевидна политико-правовая логика жесткого запрета коммерсантам согласовывать условие о том, что риск банкротства банка одной из сторон несет другая сторона.

Но что, если займодавец и заемщик обслуживаются в одном банке? В такой ситуации в силу ч. 9 ст. 5 Закона о национальной платежной системе и п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 платеж считается осуществленным в момент зачисления общим для сторон банком денежных средств на счет получателя соответствующей внутренней проводкой. Тот же подход применим к выплате займа безналичным перечислением. Но здесь следует учесть, что в судебной практике признается невозможным считать заем в такой ситуации предоставленным, несмотря на формальное зачисление денег на счет заемщика, если на самом деле на корреспондентском счете у банка не было достаточных средств и заемщик в реальности не получил возможность распоряжаться средствами, формально перечисленными банком на его счет со счета займодавца (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 3 июня 2014 г. № 2953/14). Такой подход кажется приемлемым: банк здесь был выбран обеими сторонами, и, следовательно, вполне можно применять классический подход, согласно которому для того, чтобы заем считался предоставленным, необходимо, чтобы заемщик получил возможность распоряжаться предоставляемыми средствами.

Если заемщиком является банк (например, при межбанковском кредите), заем должен считаться предоставленным в момент поступления денег на корреспондентский счет самого банка-заемщика. Этот вывод следует из п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

В тех случаях, когда заем (кредит) в силу положений договора или на основании поручения заемщика предоставляется путем перечисления денег третьему лицу, вышеуказанные выводы применимы в полной мере только с учетом того, что речь должна идти о моменте зачисления денег на корреспондентский счет банка такого третьего лица (при перечислении денег на счет третьего лица, открытый в другом банке) или на расчетный или лицевой счет самого третьего лица (если этот счет открыт в том же банке).

Если банк выдает кредит заемщику путем зачисления денег на счет самого заемщика, открытый в том же банке, кредит должен считаться предоставленным в момент зачисления средств на этот счет. В принципе, в экономическом смысле зачисление кредитных средств на счет заемщика в том же банке не приводит к реальному движению денег: вытекающий из кредитного договора долг банка выдать кредит преобразуется в долг банка в рамках остатка по банковскому счету. Как до зачисления, так и после заемщик имеет лишь обязательственное притязание банка и без воли последнего ничего не получит. Но, согласно устоявшейся и не вызывающей у судов возражений практике, проценты с момента зачисления средств на счет заемщика уже начинают начисляться. Это можно объяснить тем, что банку после зачисления средств на счет заемщика сложнее освободиться от исполнения своего обязательства (он не может уже отказать списать средства со счета заемщика по его платежному поручению или выдать их наличными со ссылкой на возникновение обстоятельств, ставящих под сомнение платежеспособность заемщика по правилам ст. 821 ГК РФ) и приходится создавать резервы на покрытие возможных потерь.

Банк после зачисления средств на счет заемщика, открытый в этом же банке, должен обеспечить заемщику возможность снять деньги с этого счета наличными или перевести в другой банк, т.е. предоставить деньги в распоряжение. В то же время, если заемщик по обстоятельствам, не зависящим от банка, не может использовать зачисленные деньги (например, в связи с тем, что данные деньги сразу же после их зачисления были списаны со счета на основании поступившего в банк исполнительного листа или были арестованы приставом-исполнителем или судом), это не отменяет факта предоставления кредита и не освобождает заемщика от долга и от обязанности уплачивать проценты по кредиту.

В отношении возможности предоставить кредит посредством зачета без зачисления денег на счет заемщика, а также возможности считать кредит предоставленным в ситуации немедленного списания банком зачисленной на счет заемщика суммы в безакцептном порядке в счет своего собственного требования к заемщику (без предоставления заемщику реальной возможности распорядиться зачисленной суммой как-либо иначе) см. подп. «е» п. 1.3 комментария к настоящей статье, а также комментарий к п. 1.1 ст. 819 ГК РФ.

(е) Передача в собственность применительно к безналичным денежным средствам: проблема зачета. Следует отметить, что, согласно судебной практике, обязательство выдать денежный заем по консенсуальному договору займа или кредит не может быть погашено зачетом встречного

однородного требования (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Так, если у банка, обязанного выдать кредит, имеется денежное требование к заемщику об оплате тех или иных услуг, проданного ранее имущества и т.п., по мысли ВАС РФ, заемщик не может заявить зачет, освободив себя от денежного долга перед банком и банк от денежного долга по выдаче кредита перед собой. Объяснение, которое дал ВАС РФ данному подходу, таково: эти встречные требования хотя и являются денежными и выражены в одной и той же валюте, но не являются однородными, так как требование банка к заемщику о погашении долга за оказанные услуги, проданное имущество и т.п. может быть приведено в исполнение в судебном порядке (т.е. такой долг может быть взыскан), в то время как из природы обязательства банка выдать кредит следует, что понудить банк это сделать по суду невозможно, а заемщик может защищать свой поправленный договорный интерес лишь косвенно (например, взыскивая убытки или неустойку).

Если принять за данность идею о невозможности понуждения банка к выдаче кредита по заключенному договору (который впоследствии был продублирован в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147), то вывод о недопустимости зачета кажется верным. Впрочем, речь здесь идет только о невозможности *для заемщика* заявлять такой зачет, уравнивая тем самым свое более слабое (не предполагающее возможность прямого судебного взыскания такого долга) требование и более сильное (допускающее судебное взыскание долга) требование банка об оплате проданного имущества, оказанных услуг и т.п. В п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 речь шла именно о такой ситуации. Но что, если именно банк (займодавец по консенсуальному займу) произвел такой зачет (так называемое валютирование зачетом)? В таком случае долг займодавца по выдаче займа будет погашен без фактической передачи заемщику денег, но при этом у заемщика возникнет перед займодавцем долг *по возврату* займа. Возможно ли это?

С одной стороны, здесь можно рассуждать так. В такой форме предоставления займа с экономической точки зрения нет ничего противоземного. Некий ранее возникший денежный долг заемщика перед банком был погашен зачетом, что означает приращение имущественной массы заемщика за счет сокращения пассивов и формирует то самое заемное предоставление, которое обязывает заемщика впоследствии вернуть заемный долг. Мы же не возражаем против того, что кредит считается предоставленным в ситуации, когда он в руки самого заемщика не попадает, а направляется напрямую в погашение

долга заемщика перед третьими лицами (см. комментарий к п. 5 ст. 807 ГК РФ)? В обеих ситуациях суть заемного предоставления для самого заемщика состоит в снятии с него денежного долга. Разница лишь в том, что в одном случае — долга заемщика перед третьими лицами, а в другом — перед самим займодавцем (банком). Соответственно, никакого различия в подходах к обеим ситуациям право позволить себе не может, не нарушив системную логику.

С другой стороны, могут быть и контраргументы. Погашение долга займодавца (банка) по выдаче займа (кредита) зачетом встречного требования к заемщику (например, по погашению ранее предоставленного займа или долга за оказанные услуги) может очень серьезно ударить по разумным ожиданиям заемщика, который мог рассчитывать на реальное получение денег (особенно это выглядит странно, когда должен был быть предоставлен целевой заем). Конечно, можно парировать, что и в остальных ситуациях, не связанных с выдачей кредита (займа), зачет вместо реального платежа в конкретных обстоятельствах может оказаться сюрпризом для адресата заявления о зачете. Но случай с займом (кредитом) выглядит особенно ярко. Что же до аналогии с переадресацией исполнения, следует обратить внимание на то, что при переадресации деньги от займодавца уходят третьему лицу, минуя счет заемщика, по воле последнего: именно он просит займодавца об этом. Кроме того, вносят свою лепту и правила ст. 812 ГК РФ о возможности оспаривания займа по безденежности

В общем, как мы видим, вопрос не из легких. Но мы склоняемся к тому, что выдача займа по консенсуальному договору займа или выдача кредита не могут быть оформлены посредством зачета (т.е. без реального предоставления заемщику денег) как по заявлению заемщика, так и по заявлению займодавца (банка), если такой зачет прямо не легализован в соглашении сторон. Просто политико-правовые резоны для ограничений таких зачетов здесь разные: применительно к заявлению зачета заемщиком — это несправедливость уравнивания не вполне однородных по своей юридической природе требований, применительно к заявлению зачета займодавцем (банком) — это подрыв разумных ожиданий заемщика. Иначе говоря, валютирование зачетом по одностороннему волеизъявлению займодавца (банка) не должно допускаться.

Но если обе стороны в самом договоре займа (кредита) допустят его предоставление посредством зачета по заявлению одной из сторон, а равно если такой зачет будет произведен по отдельному соглашению сторон, ситуация выглядит менее болезненно: наличие согласия обеих сторон исключает если не все, то многие возможные контраргументы.

В этом плане следует обратить внимание на вступивший в силу 1 июня 2015 г. п. 1.1 ст. 819 ГК РФ, который допускает предоставление кредита даже без зачисления денег на счет заемщика, если такой кредит выдается для погашения ранее выданного этим же банком кредита и в договоре прямо предусмотрена такая возможность. Буквально норма гласит следующее: «Если кредит используется должником полностью или частично для исполнения обязательств по ранее предоставленному тем же кредитором кредиту и в соответствии с договором кредит используется без зачисления на банковский счет должника для исполнения ранее предоставленного кредита, такой кредит считается предоставленным с момента получения должником от кредитора в порядке, предусмотренном договором, сведений о погашении ранее предоставленного кредита». По сути, речь здесь идет о том же зачете долга банка о выдаче нового кредита, с одной стороны, и созревшего долга заемщика погасить кредит старый, с другой стороны, а указанное в норме сообщение о погашении долга есть не что иное, как заявление о зачете. Но важно отметить, что, согласно данной новелле, для реализации этой опции необходимо, чтобы она была прямо предусмотрена в договоре кредита. Если закон позволяет сторонам договора кредита договориться о праве банка выдать новый кредит посредством зачета его денежного требования о возврате ранее выданного кредита, то из этого следует, что о том же можно договориться и в отношении зачета с участием иного встречного долга заемщика, а также и в ситуации наличия долга по выдаче займа по консенсуальному договору займа. Кроме того, из этой нормы от обратного следует, что при отсутствии прямого указания на такую возможность в самом договоре (или при отсутствии отдельного соглашения о таком зачете) погашение долга займодавца (банка) по выдаче займа (кредита) зачетом невозможно.

С учетом сказанного несколько спорным является тезис о том, что кредит может считаться предоставленным, если деньги были банком формально зачислены на счет заемщика, открытый в том же банке, а затем через юридическую секунду были безакцептно списаны банком в счет некоего долга заемщика перед банком. По сути, это мало чем отличается от валютирования зачетом. Можно предположить, что такой способ предоставить кредит (так же, как и валютирование зачетом) допустим, только если это прямо предусмотрено в договоре кредита.

Соответственно, при наличии соглашения сторон о «валютировании зачетом» заем будет считаться предоставленным, несмотря на то, что соответствующая сумма не предоставлена заемщику, вместо этого заемное предоставление состоит в погашении некоего иного долга заемщика. Этот вывод имеет важное практическое значение, так как

позволяет объяснить не только п. 1.1 ст. 819 ГК РФ, но и взимание авансовых выплат процентов «у источника» при выдаче займа или кредита, и аналогичное взимание платы за выдачу кредита посредством зачета (см. п. 3.3 комментария к ст. 809 ГК РФ, а также п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ).

(ж) Конкретизация порядка выдачи денежного займа (кредита) в договоре. Договор займа или кредита может предусматривать порядок выдачи заемных (кредитных) средств: путем выдачи наличных заемщику или указанному им лицу, посредством безналичного перевода на счет заемщика или указанного им лица либо по выбору займодавца (банка) или заемщика одним из указанных способов. Здесь в полной мере действует принцип свободы договора. Займодавец может, например, настоять на включении в договор условия о выдаче займа исключительно в форме перечисления денег на банковский счет самого заемщика.

Нередко в кредитных договорах предусматривается, что единственным способом выдачи кредита является зачисление кредитных средств на счет заемщика, открываемый заемщиком в кредитующем банке. В силу принципа свободы договора такое условие также вполне законно по общему правилу. Спорной является лишь возможность навязывания необходимости для заемщика открытия банковского счета в кредитующем банке в ситуациях, когда речь идет о потребительском кредите. Как представляется, если заемщику была обеспечена возможность выбрать способ получения кредита (наличными, безналичными средствами на открытый заемщиком в другом банке счет или безналичным зачислением на счет заемщика, открытый в кредитующем банке) и заемщик выбрал одну из указанных опций при заключении договора, свободу договора следует уважать, и заемщик не вправе оспаривать последствия своего осознанного выбора. Более дискуссионным может являться вариант, при котором банк в стандартных условиях навязывает потребителю исключительно безналичный вариант перечисления кредита. Думается, и здесь оснований ограничивать договорную свободу нет: если банк не хочет иметь дело с выдачей наличных средств, он вправе прописать это в договоре, даже если с другой стороны находится потребитель. Сомнения вызывает лишь безальтернативное навязывание заемщику-потребителю необходимости открытия банковского счета, на который будет зачисляться безналичный кредит, в кредитующем банке. Такое навязывание потребителю необходимости открытия счета, видимо, следует блокировать. Если потребитель имеет счет в одном банке и не желает открывать счет в ином банке, навязывание последнего в качестве неперемennого условия выдачи потребительского кредита неправомерно.

1.4. Возвратность. Третьим квалифицирующим признаком договора займа является возвратность предоставления имущества. Заемщик, получив деньги или иные виды имущества, способные быть объектом предоставления по договору займа, обязан по окончании определенного срока единовременно или по частям вернуть такое же количество (но, как далее будет показано, иногда и отличное количество) аналогичного имущества.

Если договор предусматривает передачу имущества в собственность, но обязательство возврата имущества отсутствует, такой договор нельзя считать займом. Если в обмен на передачу имущества в собственность получатель по условиям договора передает в собственность имущество другого вида, впору говорить о купле-продаже или мене. Если договор не предусматривает обязательство по возврату того же вида имущества, которое было предоставлено, и вовсе не возлагает на получателя обязательство осуществить какое-либо предоставление, в большинстве случаев уместно говорить не о займе, а о договоре дарения.

(а) Возвратность применительно к деньгам. Применительно к займу денег заемщик по общему правилу обязан вернуть ту же сумму наличных или безналичных денег. При этом в силу принципа номинализма риски девальвации валюты предоставленного займа или риски инфляционного обесценения соответствующей валюты по общему правилу несет займодавец, а риски роста курса этой валюты или дефляции несет заемщик. Если был предоставлен заем в рублях на сумму 1 млн руб., а за период пользования суммой займа рубль резко девальвировался по отношению, например, к доллару и евро, это по общему правилу не влечет увеличение размера долга заемщика: он все равно обязан возвратить 1 млн руб. То же и в случае инфляционного обесценения покупательной способности рубля. Соответствующие курсовые или инфляционные риски разумный займодавец закладывает в размер процентной ставки. И наоборот, если после выдачи 1 млн руб. рубль резко укрепился по отношению, например, к доллару и евро или (представим фантастическую в наших условиях ситуацию) произошла дефляция и покупательная способность рубля увеличилась, сумма долга заемщика не уменьшается, данные риски лежат на заемщике. Это следует из идеи номинализма в отношении денежных обязательств.

В то же время можно представить себе условие договора, в силу которого при изменении курса валюты предоставленного займа или развития тех или иных инфляционных тенденций сумма заемного долга, подлежащая возврату, автоматически пересчитывается, и, соответственно, указанные выше курсовые или инфляционные риски перераспределяются между сторонами. Такие условия в силу принципа

свободы договора, безусловно, должны признаваться законными, и при этом их наличие не должно, видимо, исключать квалификацию договора в качестве заемного, несмотря на то что в такой ситуации может иметь место неполное совпадение объема предоставления займодавца и возвратного предоставления заемщика. Вопрос лишь может возникать в отношении того, не является ли условие договора о коррекции суммы долга заемщика на величину инфляции установлением процента в виде плавающей ставки. С учетом того, что дефляция в российских реалиях представляет собой абсолютно фантастическое развитие событий, а инфляция в той или иной степени неизбежна, логично, видимо, исходить из того, что речь здесь идет действительно об установлении процента по плавающей ставке, приравненной к величине инфляции. Что же до условия о привязке размера долга заемщика к курсу той или иной валюты (например, предоставляется рублевая сумма, эквивалентная на момент предоставления определенной сумме в иностранной валюте, а возвращаться должна рублевая сумма, эквивалентная той же валютной сумме, только уже по курсу на момент возврата), то с учетом того, что курс иностранной валюты может как вырасти, так и упасть, вряд ли имеет смысл говорить о проценте: логичнее исходить из того, что просто размер долга заемщика установлен с учетом валютной оговорки по правилам ст. 317 ГК РФ. Да, в такой ситуации реальная сумма предоставленного займа в рублях может оказаться как больше, так и меньше той суммы, уплата которой погасит долг заемщика, но это не должно исключать квалификацию договора в качестве займа, а также не должно влечь квалификацию возможной положительной разницы, на которую размер возвращаемой заемщиком суммы фактически превысит размер рублевого предоставления со стороны займодавца, в качестве процента.

Иначе говоря, могут иметь место ситуации, когда сумма фактически предоставленной суммы займа и сумма платежа, полностью погашающего долг заемщика, могут не совпадать. Это представляется вполне законным проявлением договорной свободы и не исключает квалификацию договора в качестве договора займа.

В то же время, если различаются валюты перечисленных и возвращаемых средств, есть основания говорить о том, что стороны заключили договор обмена валюты, а не договор займа. Впрочем, здесь могут иметь место гибридные конструкции. Например, заем предоставляется в одной иностранной валюте, а возвращаться должна либо аналогичная сумма в той же валюте, либо рублевый эквивалент той же суммы валюты по тому или иному текущему курсу по выбору должника или кредитора (модель альтернативного обязательства по возврату). Также

может быть предусмотрено, что заемщик по умолчанию возвращает ту валютную сумму, которую он в свое время получил, но если курс этой валюты окажется ниже определенного показателя, то возврату подлежит рублевый эквивалент по заранее определенному курсу. В таких ситуациях имеет место мерцающая кауза: договор при определенных условиях оказывается заемным, а при неких иных условиях — договором, опосредующим обмен разнородными экономическими благами. Подробнее о подобном гибридном варианте см. подп. «д» п. 1.4 комментария к настоящей статье.

При этом нет препятствий к тому, чтобы по условиям договора сам заем был предоставлен в наличной форме, а возврат займа осуществлен в безналичной, или наоборот. Как проявление договорной свободы такие условия договора абсолютно законны. Вопрос может возникать только в отношении допустимости квалификации такого договора именно в качестве договора займа. Теоретически здесь можно увидеть некие признаки обмена (наличные деньги меняются на безналичные или наоборот). Но, думается, вряд ли имеет смысл такие договоры выводить за рамки договора займа и квалифицировать в качестве договора мены в силу равнозначности наличных и безналичных денежных средств как инструментов расчетов.

(б) Возвратность применительно к вещам, ценным бумагам и иным видам имущества. В случае с вещами возврату подлежат вещи тех же вида и качества и по умолчанию в том же объеме. Если, например, в заем энергетической компании передан определенный объем дизельного топлива, по окончании срока договора возвращается тот же объем того же вида топлива.

В то же время отказ займодавца принимать в качестве погашения долга вещи, имеющие лучшие характеристики или характеристики, крайне незначительно отличающиеся от тех, которыми обладали переданные заемщику вещи, может быть с учетом конкретных обстоятельств признан недобросовестным по п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.

Как и в случае с деньгами возможные колебания рыночной стоимости переданных вещей не сказываются на объеме обязательства по возврату займа, но в договоре может быть предусмотрено иное. Например, может быть предусмотрено, что в заем передается 10 тонн определенных злаков из расчета 10 тыс. руб. за тонну, а возврату подлежит такое количество зерна, которое будет соответствовать текущей (на момент возврата) рыночной стоимости того объема зерна, которое было передано в заем. Соответственно, если рыночная стоимость зерна вырастет, заемщик вернет меньшее количество зерна, чем он получил, а если упадет, то ему придется вернуть несколько больше полученного

им ранее объема. Иначе говоря, как и в случае с деньгами, объемы взаимных предоставлений могут не совпадать.

То же с необходимыми адаптациями применимо к займу ценных бумаг и иным видам имущества, способным быть предоставленным по договору займа.

(в) Неполное совпадение объема займа и возвратного предоставления. Совпадение объема предоставленного займа и объема обязательства по возврату займа презюмируется по умолчанию, но стороны, оставаясь в рамках конструкции займа, могут согласовать в договоре, что размер возвратного обязательства носит не определенный, а определенный характер и может при некоторых обстоятельствах отличаться от размера заемного предоставления.

Например, в договоре возвратное обязательство заемщика может быть выражено в виде текущего на момент возврата рублевого эквивалента некой суммы иностранной валюты, рублевый эквивалент которой по курсу на момент предоставления займа был перечислен займодавцем. Также в договоре может быть условие о корректировке объема возвратного предоставления при изменении рыночной стоимости переданного в заем товара. Такие девиации от стандартной модели займа не настолько критичны, чтобы стоило «вытаскивать» договоры в разряд непоименованных. Такие договоры разумно квалифицировать в качестве договоров займа. Эта позиция, судя по всему, поддерживается и практикой ВС РФ. Так, в Определении КГД ВС РФ от 17 октября 2017 г. № 5-КГ17-138 договорная конструкция, в рамках которой займодавец предоставил заемщику в качестве займа рубли, эквивалентные по курсу на момент предоставления определенной сумме иностранной валюты, а заемщик был обязан вернуть либо полученную рублевую сумму, либо рублевый эквивалент соответствующей суммы иностранной валюты по выбору займодавца, была признана законной, и при этом позиция ВС РФ говорит о том, что он согласен воспринимать этот договор в качестве займа.

В принципе, теоретически можно представить себе ситуацию, когда это несовпадение объемов не является результатом изменения неких переменных или стечения иных обстоятельств (например, девальвации валюты долга), а предопределено. Здесь многое зависит от того, как соотносятся размер предоставления займодавца и размер заемного долга. Если предопределено, что размер заемного долга меньше, чем то, что заемщик получает от займодавца, то мы имеем смешанный договор, в котором комбинируются элементы займа и дарения. Например, одна сторона перечисляет другой 10 тыс. руб., а возвратить получатель через год должен лишь 9 тыс. руб. Здесь стоит говорить о смешанном дого-

воре, в рамках которого на 9 тыс. руб. мы имеем элемент займа, а на 1 тыс. руб. — дарение (или непоименованный вариант безвозмездного безвозвратного предоставления при отсутствии *animus donandi* (подробнее см. подп. «ж» п. 1.4 комментария к настоящей статье)).

Если же предопределено, что возврату подлежит сумма бóльшая, чем размер предоставления, полученного заемщиком, логично исходить из того, что соответствующая разница представляет собой часть вознаграждения, уплачиваемого заемщиком займодавцу (такая нестандартная форма выражения процента). Эта девиация не исключает квалификации всего договора в качестве займа.

(г) Проектное финансирование в обмен на долю в прибыли (доходе). Отдельная проблема возникает в отношении определения правовой природы договора, по которому одно лицо предоставляет другому определенную сумму финансовых средств целевым образом на реализацию какого-то конкретного бизнес-проекта, а в обмен ему гарантируется выплата определенной доли дохода или прибыли, которые будут получены от реализации этого проекта.

Здесь следует различать две разные конструкции. В рамках первой сторона, получающая финансирование, обязуется вернуть полученные деньги в любом случае, но вместо заранее определенного процента в качестве вознаграждения финансирующая сторона получает своего рода роялти (например, 5% от прибыли, полученной в результате проката кинофильма, снятого на деньги, предоставленные финансирующей стороной). Подобного рода договор был признан законным в Определении КЭС ВС РФ от 14 декабря 2017 г. [№ 305-ЭС17-7826](#). Такая конструкция полностью укладывается в рамки займа, критерий возвратности здесь налицо, и нетипично лишь определение размера вознаграждения (вместо определенного фиксированного процента — «роялти»): эта специфика определения вознаграждения не влияет на квалификацию договора, ибо наличие самого процента или иной формы встречного предоставления не является квалифицирующим признаком договора займа. Иначе говоря, такой договор займа будет беспроцентным, но не безвозмездным. В то же время ряд норм ГК РФ, дифференцирующих права и обязанности сторон в зависимости от того, является ли договор беспроцентным или процентным, могут говорить о беспроцентном займе, имея в виду в первую очередь безвозмездность. В таких ситуациях данные нормы следует толковать расширительно. Это касается прежде всего п. 2 ст. 810 ГК РФ, согласно которому при беспроцентности займа заемщик вправе вернуть заем досрочно. Очевидно, что здесь законодатель имеет в виду безвозмездный заем, забыв о такой нетипичной ситуации, когда вознаграждение

займодавца выражается не в форме процента, а в виде зависящего от эффективности инвестиций заемного капитала «роялти». Поэтому толковать данную норму следует таким образом, что при беспроцентном займе, в котором вознаграждение выражено в виде «роялти», произвольный досрочный возврат займа невозможен.

Но нас интересует вторая конструкция, в рамках которой договор не предусматривает гарантированного возврата полученных средств, а «роялти» заступает на место не только встречного предоставления, но и самого обязательства вернуть заем. Размер «роялти» может в итоге как превысить размер финансирования — и превысить при этом намного, так и оказаться вовсе ничтожным (в случае неудачи проекта). Иначе говоря, здесь мы имеем случай финансирования с принятием финансирующей стороной на себя риска деловой неудачи финансируемого проекта (далее — целевое финансирование на началах риска). Инвестор, инвестирующий в разные стартапы и иные бизнес-проекты, может в одних сильно проиграть и потерять деньги, а в других заработать очень много, компенсировав тем самым свои потери в неудачных проектах. Такого рода контракты распространены в исламских странах, но нередко встречаются и в отечественных бизнес-реалиях.

Вообще, как уже отмечалось, типичной формой целевого финансирования на началах риска является инвестирование в капитал компании, реализующей соответствующий проект. Инвестор таким образом приобретает долю в прибыли в форме дивидендов, не получая гарантию возвратности своих инвестиций. Преимущество такого варианта в том, что инвестор как участник корпорации имеет доступ к финансовой отчетности и управлению и имеет больше возможностей проконтролировать целевое расходование своих инвестиций и точность распределения дивидендов. Но у этого варианта имеются и недостатки. Далеко не всегда инвестор желает приобретать корпоративный контроль, а предприниматель, нуждающийся в финансировании, не всегда готов делиться корпоративным контролем. Кроме того, корпорация может осуществлять множество разнородных бизнес-проектов, участие в капитале может в такой ситуации не соответствовать самой модели целевого финансирования конкретного проекта. В таких условиях на сцене и появляется описанная договорная конструкция целевого финансирования на началах риска. В ее законности нет никаких сомнений в условиях действия принципа договорной свободы. Если стороны хотят так структурировать инвестиции, нет конституционных или иных политико-правовых причин им это запрещать. Кроме того, далеко не всегда заинтересованным в финансировании с риском лицом является хозяйственное общество, способное принять

инвестиции в капитал. Это может быть, например, и индивидуальный предприниматель.

Очевидно, что подобная конструкция возлагает на финансирующую сторону определенный риск недобросовестности получателя инвестиций. Последний может скрывать свои доходы или прибыль в целях занижения базы для выплаты «роялти». Но эта проблема универсальна, она возникает и при иных подобных договорах (например, многие авторы в России сталкиваются с ней при заключении лицензионных договоров на издание книги). Это само по себе не повод запрещать такую договорную конструкцию. Борьба со злоупотреблением здесь следует за счет предоставления инвестору прав на получение точной информации и отчетов (такое право при отсутствии на него указания в договоре должно выводиться в силу п. 3 ст. 307 ГК РФ из принципа добросовестности), за счет гарантии доступа инвестора к первичной бухгалтерской информации или даже за счет привлечения сторонами внешнего аудитора, который должен удостоверить точность информации о доходах или прибыли. Наконец, нельзя забывать и об уголовном праве как механизме превенции явных мошенничеств.

Кроме того, злоупотребление может состоять также и в том, что получатель инвестиций может недобросовестно или неразумно бездействовать при реализации бизнес-проекта или вести дела неразумно или недобросовестно, что в итоге может сказаться на его успехе. Как представляется, подобного рода договор предопределяет возникновение у получателя инвестиций фидуциарной обязанности перед инвестором прилагать разумные меры заботливости и осмотрительности в реализации бизнес-проекта. Если эта обязанность не предусмотрена договором, она должна выводиться из принципа добросовестности по п. 3 ст. 307 ГК РФ. Если такая обязанность нарушена, инвестор имеет право на возмещение упущенной выгоды, на которую он мог бы рассчитывать на основе осуществленной экспертом оценки перспектив проекта в случае, если получатель инвестиций вел бы дела разумно и добросовестно. При наличии затруднений в такой конкретной оценке упущенной выгоды можно взять за основу данные о схожих доходах (прибыли), которые получают предприниматели от реализации аналогичных бизнес-проектов. Если, например, киностудия, получив такое целевое финансирование на началах риска на съемку фильма, завалила проект и не смогла снять фильм из-за неразумного управления кинопроизводством или иных грубых упущений в работе или сняла фильм, но передумала выпускать его в прокат при отсутствии убедительных оснований, то рассчитать упущенную выгоду можно на основе оценки средней доходности аналогичных фильмов,

выпускаемых подобными киностудиями. Как бы то ни было, это уже вопрос доказывания. Все эти сложности не ставят под сомнение саму законность такой договорной конструкции, но, безусловно, влияют на широту ее распространения на практике.

Но какова природа такого договора? Нельзя ли считать такой договор разновидностью займа? Думается, на последний вопрос следует ответить отрицательно. Здесь конструкция принципиально и существенно отклоняется от квалифицирующего признака займа – возвратности предоставления имущества. Более того, есть сомнения в том, что ряд норм ГК РФ о займе уместно было бы применять в отношении таких конструкций (например, ст. 809–811 и др.). Соответственно, такие договоры, видимо, следует квалифицировать либо в качестве непоименованных инвестиционных договоров, либо в качестве договоров простого товарищества (совместной деятельности). Какая из квалификаций более адекватна, вопрос дискуссионный.

Вариант с квалификацией такого договора в качестве простого товарищества кажется на первый взгляд логичным, но некоторые нормы ГК РФ о договоре простого товарищества явно противоречат существу отношений инвестирования на началах риска. Например, норма п. 2 ст. 1041 ГК РФ устанавливает, что «сторонами договора простого товарищества, заключаемого для осуществления предпринимательской деятельности, могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации». Неясно, почему обычный гражданин, не зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, не может на разовой основе инвестировать свои средства, предоставив их на основании подобного договора некоему предпринимателю для реализации конкретного бизнес-проекта. Также кажутся не вполне применимыми положения ст. 1044 ГК РФ о том, что сделки, совершаемые товарищем, которому поручено ведение совместных дел (в нашем случае получателем инвестиций), совершаются от имени всех товарищей. Это потребует от предпринимателя, реализующего бизнес-проект, на который он привлек от частных лиц инвестиции на началах риска, раскрывать перед третьими лицами своих инвесторов, что не вполне логично. Кажется совсем неприменимой норма ст. 1046 ГК РФ о том, что ничтожно условие договора простого товарищества о полном освобождении одного из товарищей от участия в покрытии расходов и убытков, связанных с ведением совместной деятельности. Очевидно, что инвестор, предоставивший предпринимателю целевое финансирование на началах риска, не должен покрывать еще и какие-то убытки, которые могли возникнуть у получателя инвестиций. Ну и совсем неуместным в контексте обсуждаемых договоров

представляется применение норм ст. 1047 ГК РФ, согласно которым каждый из товарищей несет перед третьими лицами долевую, а при определенных условиях и солидарную ответственность за убытки, причиненные другим товарищем третьим лицам в ходе реализации совместной деятельности. Очевидно, что инвестор помимо принимаемого им на себя риска утраты своих инвестиций в случае провала проекта не должен нести еще и риск возложения на него бремени возмещения убытков кредиторам своего партнера. Такой инвестор не должен оказаться в положении худшем, чем участник корпорации с ограниченной ответственностью.

Возможно, все дело в неудачности всех этих норм о простом товариществе или неуместности императивного характера многих из них; вопрос заслуживает отдельного обсуждения. Как бы то ни было, в заданных условиях с учетом явной несовместимости закрепленного в ГК РФ регулирования договора простого товарищества с природой отношений, складывающихся в рамках целевого финансирования на началах риска, несколько более логичной представляется квалификация такого договора в качестве непоименованного. При этом не исключено избирательное применение некоторых норм о займе или простом товариществе по аналогии закона. Но в целом вопрос заслуживает серьезного дополнительного анализа.

(д) Мерцание каузы: возможное несовпадение характеристик предоставляемого и возвращаемого имущества. Как уже отмечалось, по умолчанию вид и характеристики имущества, предоставляемого заемщику в собственность, и имущества, подлежащего обратному отчуждению в пользу займодавца по окончании соответствующего срока, должны совпадать. Это следует из принципа возвратности займа, вернуть можно то же, что ты получил, но, в принципе, слово «вернуть» может распространяться и на такую ситуацию, когда возвращается не буквально то же имущество, а *такое же* по характеристикам имущество, что как раз и имеет место в случае с займом. Там же, где объекты предоставлений двух сторон не совпадают по характеристикам, нельзя говорить о «возврате», а надо говорить об обмене разнородными экономическими благами. Возвратность — это ключевой квалифицирующий признак займа, отличающий эту договорную конструкцию от договоров, опосредующих обмен разнородными экономическими благами (например, договоры купли-продажи, мены, подряда и др.).

Но, как уже указывалось, могут встречаться гибридные конструкции, в рамках которых *при определенных условиях* объект возвратного предоставления может отличаться от объектов займа. Иначе говоря, здесь существует вероятность как того, что возврату будет подлежать

такое же имущество, что и предоставленное займодавцем, так и того, что объект предоставления со стороны заемщика будет отличаться. В таких ситуациях можно говорить о мерцающей каузе: договорный тип (обмен разнородными благами в форме купли-продажи или мены либо заемный вид договора) начинает быть не определенным, а определенным и окончательно фиксируется, кристаллизуется после заключения договора. На момент заключения определить, к какому договорному типу склонится комплекс правоотношений сторон, невозможно. Например, в договоре, опосредующем передачу определенной валюты, может быть предусмотрено, что при определенных условиях возвращается та же сумма этой же валюты, а при определенных (например, при том или ином колебании курса или прекращении хождения данной валюты) – сумма в иной валюте, определяемая по установленной формуле. Возможен и вариант с альтернативным обязательством: заемщик возвращает либо полученную сумму иностранной валюты, либо рублевый эквивалент по курсу Банка России на момент возврата. Другой пример: получатель либо возвращает сумму денежного займа, либо передает контрагенту свою квартиру.

Право выбора в таком альтернативном обязательстве может принадлежать как кредитору (займодавцу), так и должнику (заемщику). Последнее в силу п. 1 ст. 308.1 ГК РФ презюмируется, если первое прямо не указано в договоре. Допускает п. 1 ст. 308.1 ГК РФ и предоставление права выбора третьему лицу, но такой вариант на практике встречается крайне редко. При этом к выбору в альтернативном обязательстве, судя по всему, не применяется п. 2 ст. 310 ГК РФ, запрещающий коммерсанту выговаривать право на одностороннее изменение договора, заключенного с некоммерсантом. Поэтому, если договор займа заключен коммерсантом и некоммерсантом, в договоре может иметься альтернативное обязательство, право выбора по которому предоставлено коммерсанту. Например, коммерсант, получивший деньги от гражданина, может согласно договору принять на себя альтернативное обязательство либо вернуть гражданину деньги с процентами, либо передать некое иное имущество с закреплением за собой права выбора.

При этом в тех случаях, когда выбор в альтернативном обязательстве принадлежит одной из сторон, можно говорить о потестативно-мерцающей каузе.

Такие конструкции действительно вполне законны в силу общего принципа свободы договора. В п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69 возможность похожего мерцания договорного типа в рамках sinalлагматической каузы в результате альтернативности одного из взаимных обязательств (либо

купля-продажа, либо мена) прямо признавалась. Нет никаких причин запрещать и подобную же модель мерцания (при закреплении в договоре альтернативного обязательства) самой каузы договора: либо заем, либо купля-продажа / мена. В рамках одного из определений ВС РФ был признан законным договор, по которому заемщик обязался рассчитаться за полученный денежный заем либо деньгами, либо товарами (Определение КГД ВС РФ от 7 августа 2018 г. № 23-КГ18-3).

Но сложность здесь состоит в определении того, нормы о каком поименованном договоре подлежат применению к отношениям сторон. В означенном выше п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69 была отражена идея о том, что в ситуации, когда встречное обязательство стороны, получившей некое имущество, было альтернативным и предусматривало либо уплату денег, либо передачу некоего иного имущества, следует говорить о смешанном договоре (с элементами купли-продажи и мены). Применение такого же подхода к интересующему нас варианту мерцания самой каузы (либо заем, либо синаллагматический договор купли-продажи или мены) приводило бы нас к выводу о том, что и здесь мы имеем смешанный договор.

С такой позицией ВАС РФ сложно согласиться в отношении указанного там варианта мерцания договорного типа в рамках синаллагматической каузы. Вряд ли уместно говорить о смешанном договоре, так как в подобного рода договорах нет элементов, привнесенных в контракт из разных поименованных договорных типов и подлежащих одновременному регулированию нормами об этих «материнских» договорных типах (как это следует из принципа комбинированного регулирования смешанных договоров, установленного в п. 3 ст. 421 ГК РФ). Вместо этого сам договор в целом при определенных условиях может по итогам кристаллизации предмета обязательства одной из сторон выглядеть как договор одного или другого типа. Если и можно здесь производить дифференцированное регулирование, то не отдельных элементов договора (т.е. «пучков» прав и обязанностей, характерных для различных поименованных договорных типов), а отношений сторон на этапе до кристаллизации (выбора в альтернативном обязательстве) и на этапе после таковой.

Так какие нормы подлежат применению к подобного рода договорам до момента кристаллизации?

Острота вопроса может быть связана с тем, что специальные нормы могут сильно различаться. Например, в силу п. 5 ст. 488 ГК РФ товар, проданный в кредит, по умолчанию попадает в залог. Представим, что по условиям заключенного договора компания А передает компа-

нии Б «в собственность» пакет голосующих акций некоего эмитента, а компания Б обязана через год вернуть либо тот же объем голосующих акций того же эмитента (и, возможно, уплатить некие проценты), либо уплатить текущую рыночную стоимость этого пакета акций на момент истечения согласованного срока. При этом право выбора в этом альтернативном обязательстве принадлежит компании Б (должнику). Если компания Б заявит о своем выборе в пользу возврата акций, то по итогам такой кристаллизации договорная операция выглядит как обычный заем акций, если же компания Б выберет уплату денежной стоимости, то на выходе мы имеем обменную сделку – куплю-продажу с отсрочкой платежа. Но вопрос о возникновении у компании А права залога на отчужденный в пользу компании Б пакет акций должен решаться уже сразу же после заключения договора и переоформления акций. Можно ли здесь требовать регистрации залога акций по правилам п. 5 ст. 488 ГК РФ в ситуации, когда тип договорной конструкции, выбранной сторонами, еще не определен, а определится лишь позднее, после того как компания Б совершит выбор в альтернативном обязательстве?

Вопрос этот крайне сложен и в российском праве практически совсем не разработан. Иногда в практике ВС РФ можно встретить вскользь зафиксированную мысль о том, что наличие в договоре, названном сторонами займом, альтернативного обязательства заемщика либо вернуть полученные деньги, либо передать некое иное имущество, само по себе не ставит под сомнение квалификацию договора в качестве займа (Определение КГД ВС РФ от 24 ноября 2015 г. № 19-КГ15-25). Но ни о какой сложившейся практике пока говорить не приходится.

В целом, как представляется, нет особых сомнений в том, что как минимум после кристаллизации к отношениям сторон следует применять нормы о том договорном типе, к которому склоняются правоотношения сторон после кристаллизации предмета обязательства должника. Так, например, если должник выбрал вариант вернуть полученный от контрагента денежный долг с процентами, в дальнейшем к отношениям сторон подлежат применению правила о займе (например, правила ст. 811 ГК РФ о праве требовать досрочного погашения долга в случае просрочки). Тот факт, что выбор в альтернативном обязательстве в такого рода случаях приводит к кристаллизации договорного типа, следует из п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Это вполне логично.

Но важный аспект состоит в том, что ВС РФ в указанном пункте Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 прямо указывает на ретроспективность действия такого выбора: «По смыслу статьи 308.1 ГК РФ при выборе уполномоченным лицом одной из альтернатив-

ных обязанностей обязательство перестает быть альтернативным и считается, что оно состояло из выбранного действия (воздержания от действия) с момента его возникновения. Например, если выбор осуществлен в пользу заемного обязательства, то проценты за пользование денежными средствами начисляются не с момента выбора, а с того момента, как он был бы определен, если бы обязательство изначально являлось заемным (пункт 1 статьи 809 ГК РФ)». Эта идея ретроспективности выбора в альтернативном обязательстве развивает мысль, отраженную в свое время в п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69. Данный подход не является новым словом в обязательственном праве и встречается в ряде других правопорядков. Он может означать, что, если сторона, получившая имущество «на первом шаге» (или, наоборот, сторона, предоставившая имущество), делает выбор в пользу возврата полученного имущества и природа долга кристаллизуется как заемная, она будет считаться таковой ретроспективно, с момента возникновения самого альтернативного обязательства. И наоборот, если выбор сделан в пользу встречной передачи иного имущества, отличного от того, что было ранее передано, долг с самого начала квалифицируется как состоящий в передаче этого иного имущества (т.е. не как заемный, а как направленный на реализацию купли-продажи или мены).

Вопрос о целесообразности применения ретроспективного действия выбора в альтернативном обязательстве, как представляется, спорен. Нам, например, не очевидна необходимость признания за выбором в альтернативном обязательстве ретроспективного значения. Не опирается эта ретроспективность и на текст закона. Но, если принять такое решение за данность, встает вопрос о том, как эта ретроспективность влияет на квалификацию самого договорного правоотношения, т.е. вопрос о широте эффекта такой ретроспективности. Неясно, применяется ли такая ретроспективность только в отношении природы того самого предоставления, которое входило в предмет альтернативного обязательства, и может влечь ретроспективное возникновение лишь тех или иных дополнительных к такому предоставлению требований (например, процентов, на которые прямо указывает п. 43 означенного Постановления ВС РФ). Или речь идет о том, что такая ретроспективная кристаллизация предмета предоставления влечет ретроспективную же кристаллизацию самого договорного типа с ретроспективным применением к отношениям сторон на этапе до кристаллизации всех специальных правил о том поименованном договорном типе, в который трансформируются отношения сторон по итогам выбора?

Очевидно, что любая ретроспективность в подобных ситуациях может в ряде случаев нарушить разумные ожидания сторон и создавать неприятную правовую неопределенность. Если право выбора принадлежит кредитору, может ли должник до осуществления кредитором выбора погасить свой долг путем зачета встречного денежного требования к кредитору? Получается, что, если кредитор впоследствии сделает выбор в пользу возврата ему денег, долг должника изначально был денежным, а следовательно, ретроспективно выяснится, что на момент заявления о зачете условия для зачета соблюдались и он сработал, и, следовательно, начисление процентов на тело долга за период после такого заявления не имеет оснований. Если же кредитор выберет вариант передачи ему автомобиля, выяснится, что у должника с самого начала не было денежного обязательства и, соответственно, осуществленный зачет не имел силы. Может иметь место и множество иных подобных коллизий, порождаемых ретроспективностью кристаллизации. Так что вопрос о ретроспективности требует серьезного изучения.

Возможен и иной вариант решения проблемы: мы пытаемся, несмотря на альтернативность обязательства одной из сторон, изначально определить договорный тип, в рамках специальных норм о котором отношения сторон развиваются до кристаллизации; дальнейшая же кристаллизация либо подтверждает эту квалификацию, либо влечет на будущее трансформацию договорного типа. Но здесь мы сталкиваемся опять же с неопределенностью, только неопределенностью «на входе». Как определить тот договорный тип, который регулирует отношения сторон на этапе кристаллизации? Например, если договор предполагал перечисление денег, а затем либо их возврат с процентами, либо передачу некоего иного имущества, какова квалификация договорных отношений до кристаллизации: заем или купля-продажа? Здесь потребуются какое-то более или менее произвольное решение в судебной практике¹. В целом такое решение кажется нереализуемым, так как оно потребует фиксации на уровне закона или практики высшего суда множества сугубо произвольно устанавливаемых приоритетных квалификаций.

¹ Аналогичная необходимость определения приоритетной квалификации возникает в случае реализации этой модели решения проблемы мерцания договорного типа в отношении иных подобных ситуаций. Например, если договор предполагал уплату денег, а взамен либо выполнение работ, либо передачу товара, как определить, нормы о каком поименованном договоре будут применяться на этапе до кристаллизации? Это может иметь крайне важное значение, например, для определения возможности отказа уплатившей деньги стороны в период до выбора в альтернативном обязательстве (право на такой отказ дается ст. 717 ГК РФ заказчику, но не дается законом покупателю).

Наконец, возможно и третье решение. Договор, по которому в силу альтернативности одного из обязательств начинают мерцать договорный тип или даже кауза (как в случае с интересующим нас примером), до момента кристаллизации (выбора в альтернативном обязательстве) следует считать непоименованным (так как его предмет не вписывается на момент заключения договора в квалифицирующие признаки ни одного поименованного договорного типа), он попадает в разряд поименованных договоров лишь после кристаллизации, и лишь к отношениям сторон после кристаллизации подлежат применению правила о соответствующем поименованном договоре. До кристаллизации к отношениям сторон подлежат применению лишь общие правила об обязательствах и договорах. Специальные же нормы об отдельных видах поименованных договоров на этапе до кристаллизации могут применяться избирательно, когда это соответствует существу отношений.

Например, применительно к договору, по которому лицо обязалось либо вернуть полученное финансирование, предоставленное строго на покупку некоего имущества, либо передать само это имущество по своему выбору, правила ст. 814 ГК РФ о праве займодавца потребовать досрочного погашения долга в случае нецелевого использования полученного финансирования вполне можно применять на этапе до кристаллизации. Также подлежит, видимо, в такой ситуации применению и п. 3 ст. 807 ГК РФ, дающий заемщику право произвольно отказаться от договора до момента предоставления займа. Более того, как представляется, большинство норм ГК РФ о займе (за рядом незначительных исключений вроде п. 3 ст. 809 ГК РФ о ежемесячном начислении процентов) вполне может применяться к отношениям сторон по такого рода договорам до кристаллизации. Но этого нельзя будет сказать о применении к отношениям сторон на этом этапе норм о купле-продаже, подряде или оказании услуг, если в предмет альтернативного обязательства входили либо возврат полученной суммы, либо передача иного имущества, выполнение определенных работ или услуг и выбор в итоге пал именно на данный вид предоставления. Ретроспективность выбора, например, в пользу выполнения работ, влекущая применение задним числом большого числа норм ГК РФ о подряде к отношениям сторон до кристаллизации, может оказаться куда более опасной и часто порождать неприемлемые результаты.

Вариант не автоматического, а избирательного применения специальных норм о кристаллизованном (после выбора в альтернативном обязательстве) договорном типе к отношениям сторон до кристаллизации позволяет обеспечить необходимую гибкость в регулировании

столь специфических договорных отношений. Какие-то нормы логично применять к отношениям сторон ретроспективно без подрыва разумных ожиданий сторон, а какие-то нет. Впрочем, вопрос о том, насколько эта конкурирующая теория убедительна, требует дополнительного изучения. Предложенный выше вариант также имеет свои недостатки: правовую неопределенность в отношении того, какие нормы суд применит по аналогии. Кроме того, его не так уж и просто согласовать с зафиксированной в практике ВАС РФ и ВС РФ идеей ретроспективности выбора в альтернативном обязательстве. Данную ретроспективность придется толковать максимально ограничительно и сводить исключительно к вопросу о начислении процентов.

Допускаем, что возможны и какие-то иные решения. Нашему праву еще предстоит разобраться в этой сложной проблематике определения применимого правового регулирования к отношениям сторон до осуществления выбора в альтернативном обязательстве, если от данного выбора начинает зависеть квалификация договорных правоотношений. Но на первый взгляд последний из описанных, третий вариант решения проблемы, основанный на признании подобного договора на этапе до кристаллизации непоименованным с последующей сугубо перспективной кристаллизацией договорного типа после осуществления выбора в альтернативном обязательстве, кажется пока более предпочтительным.

В любом случае сторонам подобного рода сложных договоров рекомендуется крайне внимательно подходить к составлению текста договора и стараться сделать договор максимально подробным, дабы минимизировать необходимость обращения к тем или иным специальным нормам о поименованных договорах, а также прямо предусмотреть, какие правила применяются или не применяются к отношениям сторон до кристаллизации при отсутствии соответствующих положений в договоре. Например, применительно к интересующему нас случаю с мерцанием каузы по модели «заем или купля / мена» стороны могли бы прямо указать, что к отношениям сторон до кристаллизации применяются по общему правилу все нормы ГК РФ о займе, за исключением тех или иных прямо указанных в договоре норм. Подобная тактика договорной детализации (например, прямое указание на то, с какого момента подлежат начислению проценты по займу в случае выбора в пользу заемной природы обязательства должника) оправдана крайней специфичностью и нестандартностью договорной конструкции мерцания каузы.

Также следует отметить, что проблема теряет свою остроту, если стороны не структурировали свой договор посредством фиксации аль-

тернативного обязательства должника (вернуть деньги или совершить некое иное предоставление по выбору должника или кредитора), а заключили полноценный договор займа с безальтернативным обязательством заемщика вернуть полученные средства, но предоставили одной из сторон секундарное (преобразовательное) право в одностороннем порядке изменить договор за счет замены предмета обязательства заемщика на совершение некоего иного заранее определенного предоставления (например, передачу иного имущества, выполнение работ и т.п.). В такой ситуации до момента совершения волеизъявления, направленного на подобное изменение, отношения сторон полностью развиваются в рамках заемной модели с применением всех правил о займе, а в случае изменения происходит конвертация договорного типа строго на будущее, и спорный принцип ретроспективности выбора в альтернативном обязательстве не применяется. Как представляется, до прояснения описанной выше проблемы определения правового режима договорных правоотношений до осуществления выбора в альтернативном обязательстве именно такую модель, избегающую конструкции альтернативного обязательства, стоит признать предпочтительной.

(е) Конвертируемый заем: частный случай мерцания каузы. Одним из частных случаев мерцания каузы является ситуация, возникающая при заключении договора конвертируемого займа, распространенного способа привлечения финансирования в коммерческие проекты на этапе их становления. В рамках такой конструкции компания, начавшая реализацию того или иного бизнес-проекта, привлекает у инвестора внешнее финансирование с условием о том, что к определенному сроку она либо вернет деньги с процентами, либо передаст инвестору доли или акции. Чаще всего право выбора предоставляется кредитору, но по умолчанию оно закрепляется законом за должником.

Самый простой вариант такой конструкции состоит в том, что привлекает целевое финансирование не напрямую корпорация, а ее участник, который тратит полученные в заем средства на докапитализацию компании или предоставление ей самой заемного финансирования, а далее по выбору кредитора (реже по выбору участника) происходит «кристаллизация» либо в возврат кредитору денег (кристаллизация в заем), либо в отчуждение кредитору принадлежащих участнику акций (доли) соответствующей компании. Такая конструкция в полной мере укладывается в модель договора с мерцающей каузой, соответственно, здесь применимы те выводы и соображения, которые были озвучены выше в подп. «д» п. 1.4 комментария к настоящей статье. В частности, во избежание сложных проблем с определением правового режима

отношений сторон до кристаллизации стоит рекомендовать сторонам прямо указывать, что их договор является договором займа, обязанность заемщика неальтернативна и состоит в возврате займа, но при этом одна из сторон имеет секундарное (преобразовательное) право своим односторонним волеизъявлением изменить предмет этого обязательства на передачу акций (доли) и тем самым трансформировать строго на будущее изначально выбранный договорный тип.

Но данная конструкция конвертируемого займа, предполагающая возникновение денежного долга у самого участника корпорации и перспектив его взыскания, может не устраивать участника, осознающего колоссальные риски неуспеха финансируемого бизнес-предприятия, не собирающегося принимать на себя личную ответственность и рассчитывавшего на применение общего режима ограниченной ответственности, характерного для предпринимательской деятельности в корпоративной форме. Решить эту проблему в рамках описанной модели можно, установив в договоре, что заемный долг участника полностью списывается при условии банкротства компании (прощение долга под условием). Но нередко в целях реализации той же задачи используется и иная конструкция: договор заключается непосредственно с самой нуждающейся в финансировании корпорацией.

Однако здесь возникает проблема. Природа конвертируемого займа предполагает наличие у кредитора или у должника права выбора: либо возвращается финансирование с процентом, либо передается доля участия в корпорации. В то же время, согласно нормам корпоративного законодательства, существуют значительные ограничения в отношении возможности для корпорации держать на своем балансе свои собственные акции или доли (так называемые казначейские акции или доли). Так, в Законе об ООО закреплен общий запрет для общества приобретать собственные доли (п. 1 ст. 23). В некоторых случаях, когда закон допускает появление казначейских долей, эта казначейская доля должна быть в течение года распределена между участниками или приобретена третьим лицом (ст. 24 Закона об ООО). Акционерное общество может приобретать свои же акции, если это предусмотрено уставом, но Закон об АО (п. 5–6 ст. 76) устанавливает ограничения по количеству приобретенных акций (не более 10% стоимости чистых активов общества на дату принятия решения, которое повлекло возникновение у акционеров права требовать выкупа обществом принадлежащих им акций) и по продолжительности владения ими (казначейские акции «должны быть реализованы по цене не ниже их рыночной стоимости не позднее чем через один год со дня перехода права собственности на выкупаемые акции к обществу»). Эти ограни-

чения затрудняют возможность исполнения российской корпорацией своей обязанности передать инвестору акции или доли, если выбор будет сделан в пользу натурального предоставления.

De lege lata возможно следующее решение. Может быть заключен многосторонний договор, по которому инвестор предоставляет финансирование напрямую обществу; в случае выбора инвестора или общества в пользу возврата долга с процентами такое обязательство исполняет само общество, а в случае выбора в пользу передачи инвестору доли (акций) при отсутствии на балансе общества необходимого количества акций или долей контролирующие общество участники (или один мажоритарный участник), ставшие также сторонами такого договора, обязуются принять корпоративное решение либо об увеличении уставного капитала в пользу инвестора, либо о передаче ему своих собственных акций или доли в соответствующем объеме. Заодно такие участники могут обязаться не голосовать за принятие корпоративных решений об увеличении уставного капитала без согласия данного займодавца (во имя исключения риска размывания долей самих участников, которые, возможно, в будущем придется передать инвестору в счет долга корпорации), а также предоставить инвестору право залога на свои акции (доли) для целей блокирования возможности их отчуждения и вследствие этого формирования ситуации невозможности исполнения своих обязательств по голосованию (при необходимости) за увеличение уставного капитала в пользу инвестора или передаче своей доли инвестору в натуре. В случае наличия в таком договоре обязательств голосовать за те или иные корпоративные решения или, наоборот, не голосовать за них такой договор может быть квалифицирован как смешанный и содержащий в себе элементы корпоративного договора. Как известно, согласно п. 9 ст. 67.2 ГК РФ корпоративный договор может заключаться с кредитором общества.

В случае нарушения участниками своих обязательств принять решение об увеличении уставного капитала в пользу инвестора, сделавшего выбор в пользу конвертации займа в корпоративный контроль, возможно взыскание с них убытков или согласованной в договоре неустойки. Теоретически можно обсуждать и вынесение решения о понуждении мажоритарного участника или группы участников, являвшихся сторонами такого договора, к созыву общего собрания и голосованию за обещанное корпоративное решение на основании общих правил ст. 308.3 ГК РФ о понуждении к исполнению обязательств в натуре (как минимум если их голосов достаточно для принятия необходимого корпоративного решения). Инструментом косвенного принуждения ответчика к исполнению такого решения в случае его вынесения мо-

жет быть угроза уголовного преследования руководителя организации-ответчика за уклонение от исполнения судебного акта (ст. 315 УК РФ) или угроза уплаты судебной неустойки (астрент) за каждый день неисполнения судебного решения, если таковая по заявлению истца закреплена судом по правилам ст. 308.3 ГК РФ.

Некоторые юристы выдвигают тезис о том, что судебное понуждение к голосованию за принятие тех или иных корпоративных решений противоречит существу такого обязательства, так как опосредует недопустимое вмешательство третьих лиц в вопросы корпоративного управления, но мы не видим здесь какой-либо особенности, оправдывающей отступление от закрепленного в ст. 308.3 ГК РФ принципа реального исполнения обязательств. Остается отметить, что пока не решенным в российском праве является вопрос о возможности реализации принципа реального исполнения не в форме понуждения к созыву и проведению собрания и совершению акта голосования, а в форме принятия судом волеизъявляющего, преобразовательного судебного решения, на основании которого можно было бы, не принуждая участников-ответчиков к принятию каких-либо корпоративных решений, произвести непосредственную регистрацию дополнительной эмиссии и обеспечить вступление инвестора в права участника. Сама конструкция волеизъявляющих судебных решений в ответ на неисполнение должником по договору своего обязательства совершить сделку известна российскому праву (п. 4 ст. 445 ГК РФ). Более того, во имя процессуальной экономии именно такой характер по умолчанию должно иметь любое решение суда о реальном исполнении обязательства совершить одностороннюю сделку или заключить договор с истцом. Если право допускает замену требуемого по обязательству волеизъявления должника судебным актом в случае уклонения от заключения договора стороной, обязанной его заключить (например, в силу предварительного договора), почему оно должно препятствовать той же модели защиты в случае иных обязательств, предмет которых состоит в совершении сделок (в том числе принятия корпоративных решений)? Впрочем, вопрос этот пока в российском праве не прояснен и положительная судебная практика не сложилась. Также требуют прояснения некоторые процессуальные аспекты реализации данной схемы.

(ж) Мерцание каузы: возможное отпадение обязательства по возврату (кредитные ноты и др.). Как уже отмечалось, возвратность является ключевым квалифицирующим признаком договора займа. Но что, если договор предусматривал, что по умолчанию возврат долга предполагается, но при наступлении определенного отменительного условия возвратное обязательство отпадает в целом или в части?

Например, гражданин передал другу детства миллион рублей на лечение смертельно больного родственника последнего и указал, что не надо будет возвращать долг, если лечение не увенчается успехом. Нередко заключаются сделки целевого финансирования, в рамках которых получатель финансирования обязуется вернуть полученные средства, если проект, финансируемый за счет привлекаемых таким образом средств, получится реализовать. Например, человек может предоставить своему знакомому миллион рублей на создание малого предприятия и договориться, что возвращать деньги будет нужно, если предприятие заработает и выйдет в операционную прибыль, а в случае, если бизнес прогорит, долг будет автоматически списан.

В мире финансов такие отменительные условия встречаются часто при структурировании субординированного займа, когда в силу условий такого займа при определенном ухудшении финансового состояния заемщика (по закону таковым является банк) или начале процедур санации долг по займу в целом или в части просто списывается. Данная конструкция признается законной и прямо урегулирована в ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности.

Кроме того, встречаются в практике и так называемые кредитные ноты (*CLN, credit-linked note*), как правило, выпускаемые иностранными эмитентом, в силу которых лицо предоставляет эмитенту кредитной ноты финансирование, возврат которого привязан к погашению неким контрагентом эмитента конкретного долга перед эмитентом. Одна из возможных схем выглядит так: эмитент кредитной ноты (обычно иностранная специализированная компания, *SPV*) предоставляет процентный заем российской корпорации или банку и рефинансируется за счет привлечения эмитентом кредитной ноты под ее выпуск (или под выпуск серии кредитных нот) денег у третьих лиц на ту же самую сумму, возмещая тем самым сразу же в целом или в части сумму выданного российскому заемщику займа. Такое рефинансирование и оформляется выдачей кредитной ноты — ценной бумаги, подтверждающей предоставление долгового финансирования эмитенту ноты. Но специфика инструмента состоит в том, что обязательство эмитента кредитной ноты по возврату финансирования носит условный характер и привязано к исполнению заемщиком его долга перед эмитентом. Иначе говоря, эмитент перекладывает на приобретателя ноты свои кредитные риски, связанные с выданным российскому заемщику займом: если заемщик не возвращает заем, впадает в банкротство или долг списывается по иным основаниям, происходит зеркальное списание долга эмитента перед приобретателем кредитной ноты. Такая конструкция носит для приобретателя ноты более рискованный характер, чем пре-

доставление обычного займа с безусловным обязательством по возврату финансирования, но это компенсируется более высокой процентной ставкой. Приобретатель такой ноты получает существенно более высокий процент по сравнению с обычными вкладами, но взамен он принимает на себя риск дефолта конечного заемщика.

Российские суды уже сталкивались со спорами, в которых фигурировали зарубежные кредитные ноты (определения КГД ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 18-КГ17-70, от 4 июля 2017 г. № 18-КГ17-79, от 18 июля 2017 г. № 18-КГ17-77 и т.п.).

В 2018 г. в Законе о рынке ценных бумаг появилось регулирование структурных облигаций, которые, по задумке разработчиков, должны, видимо, в том числе выполнять функции тех самых кредитных нот и позволить перевести подобные сделки в российское правовое поле (ст. 28.1-1). По таким облигациям, которые теперь получают право выпускать и российские эмитенты, возврат долга может быть обусловлен теми или иными обстоятельствами (в том числе изменением тех или иных котировок цен, курса или неисполнением третьим лицом своих обязательств перед эмитентом), и при определенных условиях долг эмитента просто списывается. По общему правилу такие облигации предназначены лишь квалифицированным инвесторам, что представляется логичным. Общее же определение облигации в ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг этими же поправками было скорректировано, чтобы конструкция такой бумаги охватила и такие случаи, когда по условиям выпуска долг по бумаге может быть при наступлении тех или иных отменительных условий списан.

При этом, как мы видим, основанием для списания долга по погашению долга по облигации согласно указанной ст. 28.1-1 Закона о рынке ценных бумаг может быть не только дефолт по долгу некоего третьего лица перед эмитентом, но и иные обстоятельства, традиционно являющиеся условием тех или иных деривативов. Судя по всему, законодатель допускает, что облигация, опосредующая заемное предоставление и возникновение долга по возврату долга, может допускать выплаты повышенного процента, но с условием о том, что при определенных изменениях курсов, ставок, котировок и т.п. долг эмитента полностью списывается. Сейчас такие ноты в большом объеме выпускают иностранные эмитенты и их охотно покупают российские участники финансовых рынков.

Как представляется, серьезных конституционных или иных политико-правовых оснований блокировать такие проявления свободы договора здесь, конечно же, нет. Ставить исполнение обязательства под условие прямо разрешает ГК РФ в ст. 327.1. Наступление оговоренно-

го обстоятельства (отменительного условия) приводит к погашению заемного долга; но если такое обстоятельство не наступило, а срок возврата займа наступил, займодавец может истребовать исполнение по заемному обязательству. Если можно подарить имущество, то тем более можно им распорядиться и несколько более сложным способом, передав имущество в собственность по договору займа (т.е. на возвратной основе), но поставив под условие эффект трансформации договорного правоотношения в формат безвозвратного отчуждения. Если вся специфика сделки транспарентно раскрыта, нет пороков воли и каких-то иных законодательных препятствий к ней, казалось бы, не должно быть претензий. Могут возникать вопросы по поводу приемлемости массовой «продажи» подобных высокорисковых финансовых продуктов среди широких масс. Законодатель, как мы видим, устанавливает ограничение, требуя, чтобы финансирующая сторона, приобретающая структурные облигации, имела статус квалифицированного инвестора. Вопрос о том, достаточно ли этого, чтобы предотвратить ряд проблем, связанных с ограниченной рациональностью обывателей, готовых гнаться за высокими процентами, но постоянно забывающими об истории с бесплатным сыром, заслуживает специального политико-правового разговора.

Но какова природа такого договора, по которому предоставляется в долг некая сумма, другая сторона обязуется долг через некоторое время вернуть (возможно, до этого выплачивая повышенный процент), но с условием, что при наступлении определенных обстоятельств долг по возврату списывается?

Как минимум в тех ситуациях, когда встроенное в сделку отменительное условие направлено на трансформацию займа в безвозвратное предоставление, такой договор до трансформации разумно считать займом и применять к нему, если иное не противоречит существу отношений, правила о займе до момента наступления условия, трансформирующего договор в безвозвратное имущественное предоставление. Так, в вышеописанном примере с передачей миллиона рублей на лечение родственника займодавец может в соответствии со ст. 814 ГК РФ потребовать досрочного погашения долга, если будет выявлено нецелевое использование полученных средств. Единственное, что здесь следует помнить, что в силу ст. 575 ГК РФ дарение между коммерческими организациями запрещено. Соответственно, в подобных обстоятельствах включение в договор займа подобного отменительного условия может быть заблокировано, если в постановке под условие эффекта списания долга наблюдается *animus donandi* (воля облагодетельствовать заемщика).

Самый сложный вопрос возникает тогда, когда речь идет о таких сложных финансовых продуктах, как кредитная нота, посредством которой одна сторона передает другой стороне некий риск дефолта третьего лица за счет получения денег и автоматического списания долга по их возврату в случае дефолта, а взамен уплачивает лицу, принимающему такой риск, повышенный процент. Та же проблема возникает и в сделках, где подобная нота опосредует предоставление профессиональной финансовой компании в долг некой суммы, начисление по долгу высоких процентов, но автоматическое списание долга при падении тех или иных котировок акций. Естественно, здесь ни о каком *animus donandi* говорить нельзя, воли одарить здесь не усматривается, и речь идет о перераспределении рисков. Например, когда в силу наступления согласованного сторонами кредитной ноты отменительного условия долг списывается в связи со списанием базового заемного долга третьего лица перед эмитентом кредитной ноты по причине банкротства третьего лица, либо долг заемщика списывается в связи с ухудшением состояния показателей достаточности капитала заемщика при субординированном займе, не происходит трансформация отношений в дарение. Соответственно, ст. 575 ГК РФ здесь препятствием к такой трансформации правоотношений сторон не является. Но точно ли такая сделка будет являться займом с момента ее заключения? Не логичнее ли считать ее алеаторной сделкой, являющейся деривативом по смыслу Закона о рынке ценных бумаг и п. 2 ст. 1064 ГК РФ, суть которого – перенести финансовый риск с одного лица на другой взамен на фиксированные выплаты, т.е. производным финансовым инструментом, а не заемной сделкой? Как мы видим, российский законодатель решил сконструировать российский аналог кредитной ноты и иных подобных нот, погашение долга по которым обусловлено изменением тех или иных котировок или наступлением иных случайных обстоятельств, в качестве структурной облигации, т.е. пытается втиснуть его в рамки заемной конструкции. Насколько этот путь верен, вопрос непростой и требует дополнительного изучения.

Но, говоря о встраивании условности в структуру заемной сделки, невозможно не упомянуть и иной вариант такого структурирования. Стороны могут установить в договоре не отменительное условие, обуславливающее списание заемного долга, а отлагательное условие, обуславливающее исполнение обязательства вернуть заем. В таком договоре займа отсутствует срок погашения (ибо срок и условия – феномены различной природы), что порождает проблему вечной подвешенности отношений сторон и правовой неопределенности; мириться с таким нездоровым состоянием правоотношений вряд ли возможно.

Эту проблему можно решать по-разному. С одной стороны, здесь по букве закона должны применяться правила ст. 810 ГК РФ о беспроцентном займе, допускающие право займодавца произвольно востребовать возврат займа (это снимает проблему вечной подвешенности). Но возможно и более гибкое решение с выведением подразумеваемого разумного срока ожидания наступления условия, по прошествии которого должна наступать правовая определенность. Подробнее см. п. 1.3 комментария к ст. 810 ГК РФ.

(з) Беспроцентные займы без права займодавца востребовать возврат займа. Особая проблема возникает в отношении квалификации в качестве займа договорной конструкции, по которой одно лицо передает другой стороне определенную денежную сумму в обмен на обязательство последней регулярно платить некий процент от указанной суммы без ограничений по сроку, если такой договор блокирует право предоставившего финансирование лица потребовать возврата тела долга. Такие конструкции встречаются на рынке облигаций (так называемые беспроцентные или вечные облигации) и в контексте облигаций урегулированы в законе (ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности, ст. 27.5-7 Закона о рынке ценных бумаг) (подробнее на тему квалификации таких сделок см. п. 1.2 комментария к ст. 810 ГК РФ; о вечных облигациях см. также комментарий к п. 4 ст. 807 ГК РФ).

1.5. Квалифицирующие признаки кредита как разновидности займа. Банковский кредит является разновидностью займа и отличается тем, что он а) может иметь своим предметом только деньги, б) является исключительно консенсуальным, в) в качестве займодавца выступает банк или иная кредитная организация и г) всегда носит процентный характер. Ни один из этих признаков не противоречит природе займа. А ни одна норма, закрепленная в ГК РФ в отношении банковского кредита, не предопределяется спецификой кредита. Все эти нормы вполне применимы и к консенсуальному денежному займу, предоставляемому коммерсантом под процент, или дублируются в общих нормах о займе. Соответственно, в настоящих условиях, когда консенсуальный заем легализован, нет никаких оснований для существования в гл. 42 ГК РФ параграфа о кредитном договоре. Договор кредита — это просто консенсуальный процентный денежный заем, предоставляемый особым субъектом — коммерческим банком или иной кредитной организацией.

Это подтверждает и то, что те несколько норм о кредитах, которые устанавливают положения, отсутствующие в общих правилах о займе (например, о взимании непроцентных платежей или возможности установления в договоре кредита, заемщиком по которому не является

потребитель, ковенантов), вполне применимы и к процентным займам (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 819 ГК РФ).

Спецификой обладает не кредит как договорная конструкция, а сама банковская деятельность как деятельность финансового посредника, перекачивающего свободные средства из рук тех, у кого они в избытке (привлекая их в форме вкладов, остатков на расчетных, лицевых и иных счетах, межбанковских кредитов и т.п.), в руки тех, кто в них нуждается (в форме тех самых консенсуальных процентных денежных займов, называемых кредитом). Эта деятельность настолько важна для функционирования рыночной экономики и сопряжена с настолько серьезными рисками как для тех, чьи деньги привлекаются банками, так и для стабильности всей финансовой системы, что она предопределяет очень жесткое публично-правовое регулирование деятельности банков (иных кредитных организаций) и в теории жесткий пруденциальный надзор за ними со стороны ЦБ РФ (к сожалению, на практике далеко не всегда эффективно исключаящего злоупотребления со стороны собственников и менеджмента банков).

Тут можно привести такую аналогию. Поставка медикаментов не теряет гражданско-правовую природу договора поставки и не предопределяет выделение поставки такого вида товаров в отдельный договорный тип, хотя, безусловно, сама деятельность фармацевтических предприятий может достаточно специфично регулироваться в рамках публичного права.

Так что во имя систематической стройности в будущем при следующей волне рекодификации следует отказаться от отдельного регулирования договоров кредита.

Впрочем, все вышесказанное не отменяет того, что законодатель может устанавливать специфические правила гражданско-правового характера в отношении кредитных договоров, т.е. денежных процентных займов, предоставляемых банками и иными кредитными организациями. Так, например, в силу ст. 90 Основ законодательства РФ о нотариате банки вправе взыскивать задолженность по кредитным договорам на основании исполнительной надписи нотариуса.

1.6. Реальность или консенсуальность договора займа: ситуация до 1 июня 2018 г. До 1 июня 2018 г. комментируемый пункт говорил о том, что договор займа считается заключенным с момента его предоставления. Данное положение, как правило, толковалось в доктрине и судебной практике как указание на императивную реальность договора займа. Иначе говоря, реальность рассматривалась не как квалифицирующий признак займа (иначе консенсуальный заем следовало бы рассматривать в качестве законного непоименованного договора),

а как императивный элемент правового режима займа: договор, соответствующий описанным в абз. 1 п. 1 ст. 807 ГК РФ квалифицирующим признакам, является договором займа, а договор займа якобы не может предполагать имеющее судебную защиту обязательство займодавца предоставить заем. Соответственно, при таком подходе договор займа, в котором указано на обязанность займодавца предоставить заем в будущем, в части данного условия признавался незаконным и недействительным (ст. 180 ГК РФ), а сам договор до момента выдачи займа — незаключенным по п. 2 ст. 433 ГК РФ: если заем был фактически предоставлен, проблем не возникало, но если нет, заемщик не мог рассчитывать ни на удовлетворение судом иска о присуждении к предоставлению займа, ни на взыскание убытков или неустойки.

Реальность договора займа имеет исторические корни, уходящие в специфику эволюции и систематику договоров в рамках римского частного права. Так исторически сложилось, что классическое римское право признавало только несколько возможных договорных типов в качестве консенсуальных договоров (*numerus clausus* консенсуальных договорных типов), договор займа к таковым не относился. При этом при подкреплении соглашения о займе фактической передачей имущества римские юристы считали возможным говорить о возникновении обязательства заемщика вернуть заем в согласованный срок или при востребовании. Но после признания в Средние века идеи о том, что стороны могут облечь в рамки консенсуального договора (порождающего взаимные обязательства в силу одного лишь факта достижения соглашения) любой, даже непоименованный и неизвестный позитивному праву договор (при наличии законной его цели и непротиворечия добрым нравам и прямым запретам закона), сама идея строго реального характера договора займа теряет логическую основу. Поэтому неудивительно, что современные зарубежные правовые порядки, как правило, отходят от этой римской ортодоксии и допускают консенсуальные займы (Германия, Швейцария и др.). Рассматривает заем как консенсуальный договор и английское право. Наконец, консенсуальная модель закреплена и в ст. IV.F.—1:101 Модельных правил европейского частного права.

С точки зрения политики права и элементарного здравого смысла абсолютно непонятно, почему предприниматели или иные дееспособные участники оборота не могут установить признаваемое судом обязательство займодавца предоставить заем. Любые ограничения конституционного принципа свободы договора должны быть очень весомо аргументированы; ограничения должны быть обусловлены необходимостью защиты каких-либо серьезных ценностей и интересов

(публичных интересов, интересов третьих лиц или слабой стороны договора и т.п.). В данном случае с займом наличие таких резонансов не может быть доказано.

Против императивной реальности договора займа имеются и очевидные аргументы из области системной согласованности позитивного права. ГК РФ допускает заключение договора купли-продажи, в котором одна из сторон обязана осуществить свое исполнение первой по очереди (например, уплачивать предоплату), т.е., по сути, осуществить коммерческое кредитование (ст. 454 ГК РФ). ГК РФ допускает даже заключение консенсуального договора дарения, по которому даритель обязуется в будущем предоставить дар (п. 1 ст. 572 ГК РФ). Является законным и консенсуальный договор ссуды, по которому ссудодатель обязуется предоставить свое имущество в безвозмездное пользование (п. 1 ст. 689 ГК РФ), не говоря уже о ситуации с арендой (ст. 606 ГК РФ). Что же такого особенного в договоре займа? Почему коммерсант или обычный обыватель могут пообещать передать имущество в дар и будут нести ответственность за нарушение этой обязанности в форме возмещения убытков, но они же не могут обещать передать свое имущество в заем? Никакой логики в таком различном регулировании идентичных ситуаций нет.

Как правило, сторонники императивной реальности договора займа приводили аргумент о том, что право должно признавать за займодавцем возможность свободно передумать, а реальность договора реализует эту идею, исключая возможность принуждения к предоставлению займа. Насчет права передумать есть очень серьезные сомнения. Почему такое право императивно имеет займодавец, но не имеет даритель, ссудодатель, арендодатель или покупатель, уплачивающий аванс? Тезис же о том, что реальность является способом заблокировать иск о понуждении к предоставлению займа, более интересен. На самом деле есть, действительно, определенные основания для обсуждения уместности такого иска, равно как и иска о понуждении покупателя к внесению предоплаты, ссудодателя — к передаче предмета ссуды, а дарителя — к передаче обещанного дара. Здесь не место погружаться в данный вопрос (подробнее о нем см. подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье). Но если и принять данный аргумент, то средство его реализации выбрано негодное, непропорциональное. Если право считает неуместным допускать понуждение к предоставлению займа, оно должно просто предоставить займодавцу императивно право на произвольный отказ от договора, но оговорить обязанность займодавца возместить заемщику все убытки (в случае с безвозмездным договором займа можно было бы ограничить их реальным ущербом).

Похожая модель успешно работает, например, применительно к договору подряда (ст. 717 ГК РФ).

Судебная защита прав заемщика на получение займа не сводится к понуждению к его предоставлению, но предполагает и взыскание убытков. Если и есть основания отсекать иски о понуждении к предоставлению займа, этого ни в коей мере нельзя сказать об иске о взыскании убытков. Заемщик, положившись на обещание займодавца предоставить заем, может сильно пострадать в случае, если займодавец произвольно, при отсутствии оснований, указанных в абз. 1 п. 3 ст. 807 или ст. 821 ГК РФ (т.е. если не возникают обстоятельства, очевидно ставящие под сомнение платежеспособность заемщика), откажется предоставлять заем. Например, заемщик, рассчитывая на обещанное заемное финансирование, мог заявиться на тендер и уплатить задаток, выиграть тендер, но, не получив финансирование, просто утратить возможность заключить договор и потерять задаток или, что еще хуже, заключить договор, а потом из-за неполучения денег от займодавца его нарушить и быть вынужден заплатить контрагенту неустойку или убытки.

Кроме того, исключение возможности требовать возмещения убытков при непередаче имущества создает риски того, что расходы, понесенные в целях подготовки к принятию исполнения другой стороной, возмещены не будут. Если вдруг вопреки своим обещаниям займодавец не передаст заемщику обещанное имущество и договор не вступит в силу, такие расходы компенсироваться по общим правилам договорной ответственности не могут. Конечно, в данном контексте в ряде случаев возможно применение норм ст. 434.1 ГК РФ о преддоговорной ответственности за недобросовестное ведение переговоров (такая возможность прямо признана в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49), но было бы куда проще, если бы договор считался заключенным с момента достижения согласия сторон. В этом случае были бы возможны договорные иски о возмещении убытков в связи с передачей имущества.

Более того, парадоксальность ситуации состоит в том, что российская судебная практика давно исключает возможность понуждения к передаче суммы банковского кредита, несмотря на то что такой договор однозначно является консенсуальным. Права заемщика ограничиваются взысканием убытков (неустойки). Иначе говоря, консенсуальность договора может вполне сочетаться с отсечением права одной из сторон требовать по суду осуществления «открывающего исполнения» (в данном случае – предоставления кредита). Эта позиция закреплена в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ

от 29 декабря 2001 г. № 65 и п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147. По сути, суды не говорят о том, что у банка есть право на произвольный отказ от договора, обусловленное необходимостью возместить убытки, но результат получается схожий: заемщик может лишь требовать возмещения убытков. Адекватность отсечения права на понуждение к предоставлению кредита – вопрос дискуссионный (см. подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье). Но если иметь цель заблокировать такие иски в отношении займа, надо просто применять аналогичный подход, выработанный применительно к кредиту. Императивная же квалификация договора займа в качестве реального – реакция в любом случае непропорциональная.

По сути, все, к чему приводит императивная реальность договора займа, состоит в снижении надежности такого способа привлечения финансирования и формировании искусственных преимуществ для конструкции банковского кредитования. Вряд ли в такой дискриминации есть логика. Иначе говоря, если мы хотим отсечь возможность понуждения к предоставлению займа, это можно сделать без фиксации императивной реальности договора займа.

Остается лишь один последний аргумент в пользу императивной реальности договора займа: мол, если допустить консенсуальный заем, это разрушает стройность разграничения конструкций займа и кредита, ведь реальность займа в прежней редакции ГК РФ оказывалась чуть ли не единственным отличием правового регулирования займа от правового режима кредитного договора. Этот аргумент крайне слаб, ибо стройность каких-то таксономических построений и квалификаций договорных типов не может быть поводом для ограничения конституционного принципа свободы договора. Более того, как было показано в п. 1.5 комментария к настоящей статье, сама идея отделить банковский кредит и обычный заем с точки зрения их гражданско-правового режима не является обоснованной и имеет мало аналогов в зарубежном праве. Кредит – это обычный консенсуальный процентный денежный заем, предоставляемый коммерческим банком или иной кредитной организацией.

Наконец, следует отметить, что сама модель реального договора как таковая порождает множество практических проблем, разбор которых см. в п. 1.7 комментария к настоящей статье. В большинстве своем эти проблемы, конечно же, не являются неразрешимыми, и при определенном творческом подходе (применении аналогии закона, правил о преддоговорной ответственности или принципа добросовестности) их можно разрешать, затрачивая определенные аналитические усилия.

Но число таких проблем однозначно указывает на ошибочность самой идеи *императивного навязывания* займу неудобных оков модели реального договора.

В итоге есть все основания исходить из того, что для императивной реальности договора займа (впрочем, как и практически любого иного договора) нет серьезных оснований. В этих условиях норму п. 1 ст. 807 ГК РФ в редакции, действовавшей до 1 июня 2018 г., следовало признавать неудачной. Более того, на наш взгляд, имелись все основания толковать указанную норму не как императивную, а как диспозитивную. Иначе говоря, реальность займа при таком подходе рассматривалась бы, как правило, по умолчанию, от которого стороны были бы вольны отступить, прямо предусмотрев консенсуальный вариант займа. Такая интерпретация была до 2014 г. заблокирована *de facto* в силу того, что ранее все нормы ГК РФ о договорах и обязательствах, не содержащие прямого указания на право сторон согласовать иное, рассматривались как однозначно императивные. Но после 14 марта 2014 г., когда было опубликовано Постановление Пленума ВАС РФ № 16, как минимум арбитражные суды получили определенную свободу в толковании норм ГК РФ, определяющих права и обязанности сторон договора, и возможность на основе телеологического толкования приходиться к выводу о диспозитивности подобных норм даже при отсутствии в них пресловутой оговорки о праве сторон согласовать иное (п. 2–4 данного Постановления). В то же время нельзя сказать, что за прошедшие несколько лет с момента принятия данного Постановления и до 1 июня 2018 г. диспозитивная квалификация данной нормы о реальности займа возобладала в практике. Слишком сильна была догматическая инерция воспринимать заем как строго реальный договор. В то же время нет никаких препятствий закрепить диспозитивную квалификацию этой нормы сейчас (как минимум в тех случаях, когда займодавцем является коммерсант), что может быть уместно в отношении договоров, заключенных до 1 июня 2018 г.

Иногда стороны на практике пытались обойти императивное прочтение указанной нормы за счет заключения предварительного договора займа. Таким образом они хотели обосновать возникновение у заемщика права требовать от займодавца заключения основного договора займа, а в случае уклонения займодавца от заключения такого договора — право требовать возмещения убытков по правилам ст. 429 ГК РФ (естественно, на принуждение к заключению договора займа в форме передачи самого имущества в такой ситуации рассчитывать невозможно). Такой путь обхода догмы о реальности договора был изобретен достаточно давно (например, такая конструкция предусма-

тривалась ст. 1898 Проекта ГУ, а также в ст. 218–219 ГК РСФСР 1922 г.) и известен ряду правопорядков, в которых гражданские кодексы все еще по традиции закрепляют конструкцию реальности займа. Но этот путь обоснования права на взыскание убытков на случай непредоставления займа кажется несколько искусственным. Его последовательное применение потребует обоснования неприменения правил ст. 429 ГК РФ о возможности понуждения к заключению основного договора по суду и ограничения средств защиты потенциального заемщика только упомянутым в ст. 429 ГК РФ иском о взыскании убытков. Иначе говоря, судебной практике просто стоило прямо посмотреть в глаза очевидной проблеме, осознать неадекватность императивной реальности займа и вслед за правом многих других стран признать возможность заключения консенсуальных договоров займа.

1.7. Реальность или консенсуальность договора займа: ситуация после 1 июня 2018 г. С 1 июня 2018 г. законодательное регулирование изменилось. Теперь закон (абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ) говорит о том, что заем является реальным договором только тогда, когда займодавцем является гражданин. По общему же правилу, как указывает абз. 1 п. 1 ст. 807 ГК РФ, заем может быть как реальным, так и консенсуальным в зависимости от того, что стороны выразят в заключенном договоре. Иначе говоря, теперь за исключением случая, когда заем предоставляется гражданином, стороны вольны сконструировать свой договор либо как реальный (и тогда договор будет считаться заключенным лишь с момента предоставления займа), либо как консенсуальный (и тогда договор будет содержать признаваемое судом обязательство займодавца предоставить заем).

Безусловно, это большой прогресс по отношению к архаике императивной реальности займа. Но все же мы имеем компромисс. Новая редакция, открывая зеленый свет консенсуальным займам в целом, достаточно недвусмысленно подтверждает, что применительно к займам, предоставляемым гражданами, устанавливается императивная реальность. Вряд ли в условиях новой редакции какой-либо суд без отмашки со стороны ВС РФ решится толковать абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ в качестве правила диспозитивного, устанавливающего реальность лишь в качестве общего правила. Иначе говоря, цена, которую пришлось заплатить за достижение здравого смысла в отношении общего правила, немаленькая: абсурд императивной реальности займа укоренился в отношении случаев предоставления займов гражданами. Назвать эту ситуацию логичной нельзя.

Ситуацию можно исправить, только если судебная практика решится, несмотря ни на что, истолковать абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ в ка-

честве диспозитивного правила и закрепит, что упомянутая в этой норме реальность займов, предоставляемых гражданами, является лишь общим правилом. Впрочем, перспективы такого развития судебной практики пока туманны.

(а) Действие новой редакции п. 1 ст. 807 ГК РФ во времени. Что, если договор займа по консенсуальной модели, имеющий в качестве займодава юридическое лицо (или индивидуального предпринимателя), был заключен до 1 июня 2018 г.? Возможно ли сейчас признать условие такого договора об обязательстве предоставить заем действительным и придать ему судебную защиту?

Безусловно, общее правило п. 2 ст. 422 ГК РФ означает, что к договорам применяются те правила, которые действовали в момент их заключения. Применение к таким договорам императивных или диспозитивных правил, вступивших в силу после дня заключения договора, по общему правилу исключено¹. Такова судебная практика². Кроме того, в силу прямого указания в п. 3 ст. 9 Закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ, который ввел в действие новую редакцию комментируемой нормы, «положения Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) применяются к договорам, заключенным после дня вступления в силу настоящего Федерального закона».

Но что, если более новый законодательный режим признает законным то условие договора, которое действовавшее в момент заключения договора регулирование запрещало? Возможно ли исцеление порока в такой ситуации? Вопрос этот в российской судебной практике пока не разрешен. Но встает он применительно к займу, только если мы придерживаемся позиции, согласно которой прежнее законодательство императивно запрещало индивидуальным предпринимателям и юридическим лицам предоставлять займы по консенсуальной модели (если

¹ Подробнее о п. 2 ст. 422 ГК РФ см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 835–841 (авторы комментария к ст. 422 — А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

² В п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, разъясняющем действие во времени новелл обязательственного права, указано, что «положения Гражданского кодекса Российской Федерации в измененной Законом № 42-ФЗ редакции, например, диспозитивная статья 317.1 ГК РФ, не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 1 июня 2015 года). При рассмотрении споров из названных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией Гражданского кодекса Российской Федерации с учетом сложившейся практики ее применения (пункт 2 статьи 4, абзац второй пункта 4 статьи 421, пункт 2 статьи 422 ГК РФ)». Этот подход подтверждался и в более ранней практике ВАС РФ (п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

допустить предлагаемую нами выше диспозитивную квалификацию нормы о реальности в прежней редакции п. 1 ст. 807 ГК РФ, проблема не возникает).

Если допустить, что прежнее законодательство жестко запрещало консенсуальные займы и наличие в договоре данного порочного, незаконного условия влекло бы оспоримость такого условия, решить вопрос было бы легче. Если такой договор был признан судом недействительным в части данного условия еще до отмены соответствующей императивной нормы, то автоматическое воскрешение аннулированного условия невозможно. Но если договор не был к этому моменту признан недействительным и, соответственно, оспоримый договор продолжает действовать в период после отмены императивного предписания, право на оспаривание договора, видимо, должно утрачиваться. Однако сложность состоит в том, что, по нашему убеждению, незаконные условия сделки, несмотря на несколько запутанную ситуацию, порожденную вступившей в силу новой редакцией ст. 168 ГК РФ, должны считаться не оспоримыми, а ничтожными¹. Соответственно, если допустить императивную реальность любых займов в рамках прежнего законодательства, порочное условие об обязательстве предоставить заем ничтожно.

Ничтожный же договор (или отдельное его условие) не может автоматически приобрести юридическую силу из-за отмены того запрета, нарушение которого и привело к ничтожности договора. Стороны могли, узнав, например, от юриста о ничтожности обязательства предоставить заем, забыть о самом соглашении. Если впоследствии запрет отпадает, автоматическая конвалидация самого обязательства выдать заем приведет к возникновению правовой связи в ситуации, когда стороны или одна из сторон могут этого не ожидать. Такое развитие событий противоречит принципу правовой определенности. Соответственно, негативный подход к идее конвалидации незаконных сделок в случае последующего отпадения запрета представляется разумным в качестве общего правила.

В то же время здесь следует, видимо, сделать как минимум две оговорки.

Во-первых, ничто не мешает сторонам заключить договор, противоречащий действующим императивным нормам, и поставить вступление его (или некоторых противоречащих закону условий) в силу под отла-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 352–394 (автор комментария к ст. 168 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

гательное условие отмены соответствующих императивных норм. Это в полной мере относится и к договорам консенсуального займа, если такие были заключены до 1 июня 2018 г., но предусматривали вступление договора в силу после вступления в силу новой редакции п. 1 ст. 807 ГК РФ. Более того, если договор займа был заключен до вступления в силу новой редакции п. 1 ст. 807 ГК РФ, предусматривает обязательство выдать заем после этого числа, не содержит прямого указания на вступление договора в силу при условии снятия запрета на консенсуальность займа, но из контекста очевидно, что стороны заключали договор в ожидании снятия этого запрета, наличие такого условия, видимо, стоит считать подразумеваемым, а само обязательство выдать заем – признавать.

Во-вторых, если условие об обязательстве предоставить заем в момент заключения договора ничтожно, но после 1 июня 2018 г. обе стороны своим волеизъявлением (в том числе конклюдентным) подтвердили действие данного условия, следует считать, что они выразили волю на его правовое существование, а следовательно, дали жизнь договорному правоотношению. Речь может идти, например, о направлении займодавцем письма, в котором он признает свой долг выдать заем. Спорным здесь может оказаться только вопрос о моменте возникновения правовой связи в такой ситуации, отсчете сроков на исполнение и сроков действия договора. Должна ли такая связь считаться возникшей с момента подтверждения действия данного условия, с момента отмены императивных предписаний (т.е. с некоторой ретроспективностью по отношению к моменту подтверждения) или вовсе с момента заключения изначального договора (т.е. с тотальной ретроспективностью)? Пока ясного ответа нет.

В-третьих, в любом случае если заем реально был предоставлен как до 1 июня 2018 г., так и после этой даты, договор займа, как минимум, с момент предоставления займа следует считать заключенным и действительным.

(б) Может ли займодавцем по консенсуальной модели займа быть индивидуальный предприниматель? Вопрос этот связан с некоторой неточностью законодателя. Норма абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ говорит о том, что реальным является договор займа, в котором займодавцем является гражданин. Из этого следует, что любое юридическое лицо (как коммерческая организация, так и некоммерческая) может обещать выдать заем, и такое обязательство будет иметь судебную защиту (как минимум в форме взыскания убытков или неустойки). Но что насчет индивидуального предпринимателя? Он ведь тоже гражданин.

Вопрос в практике пока не прояснен, но представляется, что применительно к такой ситуации консенсуальность займа должна быть допущена. В пользу такого вывода имеются очевидные политико-правовые аргументы. Телеологическое толкование закона явно указывает, что законодатель зачем-то хочет уберечь простых граждан от поспешного принятия на себя обязательств выдать заем, т.е. логика нормы здесь очевидная и сугубо патерналистская (пусть и ошибочная, на наш взгляд). Но если закон не против того, чтобы признавать судебную защиту обязательств выдать заем, принятых на себя не только коммерческими, но и некоммерческими организациями, то разве есть смысл лишать силы такие же обязательства, принятые на себя индивидуальными предпринимателями в связи с осуществлением ими своей предпринимательской деятельности? Ведь такие предприниматели действуют, как известно, на свой риск? Иначе говоря, имеются основания толковать абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ ограничительно (телеологическая редукция) и выводить займы, предоставляемые индивидуальными предпринимателями, из-под действия данной нормы-исключения. Формальным же аргументом, усиливающим аргументационную убедительность данного вывода, является ссылка на п. 3 ст. 23 ГК РФ, согласно которому «к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила настоящего Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения». Предпринимательская деятельность индивидуальных предпринимателей для целей толкования различных норм ГК РФ о договорах и обязательствах, производящих дифференцирование правового регулирования данных вопросов по субъектному статусу, приравнивается к деятельности коммерческих организаций. Думается, этих аргументов вполне достаточно, но не лишним было бы добавить, что в свете общей негативной оценки самой идеи императивной реальности займа любой предоставляемый законом повод ограничить действие этого неудачного правила стоит использовать.

Стоит только специально уточнить, что речь идет только о тех займах, которые индивидуальные предприниматели предоставляют в связи со своей коммерческой деятельностью (например, индивидуальный предприниматель предоставляет заем своему партнеру для целей финансирования некоего общего дела). Если такой предприниматель ссужает некоторую сумму родственнику без какой-либо связи со своей бизнес-деятельностью (тем более беспроцентно), логика п. 3 ст. 23 ГК РФ исключает сделанный выше вывод. Здесь нам, видимо, *de lege*

lata придется смириться с императивной реальностью займа, по крайней мере до тех пор, пока судебная практика не решится допустить консенсуальность в отношении любых договоров займа, истолковав абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ в качестве диспозитивной нормы.

(в) *Определение природы договора.* Если статус займодавца позволяет заключить как реальный, так и консенсуальный договор займа, природа договора зависит от толкования содержания договора. Когда договор устанавливает обязанность займодавца в будущем предоставить заем, договор следует считать консенсуальным. Если же договор говорит о том, что договор вступает в силу с момента предоставления, договор следует считать реальным.

Вопрос возникает в ситуации, когда договор, не сопровождаясь одновременным фактическим предоставлением займа как такового, отсрочивает передачу займа, но не упоминает ни обязанность займодавца его предоставить, ни реальный характер договора. Иначе говоря, не совсем понятно, какая модель действует по умолчанию в ситуациях, когда заем предоставляет не физическое лицо (и, следовательно, закон допускает как консенсуальность, так и реальность), но в договоре четко не отражена выбранная сторонами модель. Подобная ситуация может иногда сложиться из-за некачественной проработки текста договора или при устном заключении договора с указанием на предоставление займа в будущем. Думается, в такой ситуации консенсуальность должна подразумеваться, а реальность выводиться только в тех случаях, когда она прямо вытекает из содержания волеизъявлений сторон. Все-таки консенсуальный договор — это общее правило российского договорного права (п. 1 ст. 433 ГК РФ), а реальность — исключение. Соответственно, если договор говорит о предоставлении займа, но четко не проясняет выбранную сторонами модель, у займодавца имеется обязательство предоставить заем.

(г) *Некоторые технические проблемы реального договора займа.* Как уже отмечалось выше, сама модель реального договора как таковая порождает множество практических проблем. В настоящих условиях эти проблемы актуальны в контексте любого договора займа, который стороны решили сконструировать как договор реальный, а также для договоров займа, по которым займодавцем является гражданин (так как в отношении такого вида займа реальность, как может показаться при буквальном прочтении п. 1 ст. 807 ГК РФ, навязывается обороту императивно).

О каких проблемах идет речь?

Во-первых, возникает проблема в ситуации, когда соответствующая сторона передает не все согласованное в договоре имущество, а лишь

его часть. Следует ли в такой ситуации считать договор заключенным в отношении той части, которая фактически передана? Может ли получатель вернуть полученное имущество, не смиряясь с необходимостью обслуживать заем на согласованных условиях при меньшей сумме займа, чем изначально было согласовано сторонами? Эта проблема может возникнуть в ситуации, когда получатель не может уклониться от получения имущества (например, сумма займа частично переведена на его счет). Ситуация осложнялась до 1 июня 2018 г. тем, что в рамках действовавшей ранее редакции п. 3 ст. 812 ГК РФ было указано следующее: «Когда 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». Если бы речь шла о консенсуальном договоре, налицо было бы нарушение обязательства выдать заем, соответственно, заемщик мог бы вполне отказаться от договора и вернуть полученные средства, а также взыскать убытки (см. подп. «ж» п. 1.7 комментария к настоящей статье). В контексте реального договора займа также не вызывает сомнений, что заемщик должен иметь право немедленно вернуть полученное в меньшем размере, чем было предварительно согласовано, имущество, но для обоснования данного вывода опять же придется применять аналогию закона.

Во-вторых, обязана ли сторона, которой предмет займа передается, принимать такое имущество? Если договора нет до передачи имущества, логично предположить, что на соответствующей стороне нет кредиторской обязанности по приемке. Это, в свою очередь, может создать определенные риски для передающей имущество стороны: она может после подписания договора займа потратиться на подготовку предоставления или транспортировку движимого имущества или инкассацию денег и в последний момент столкнуться с отказом другой стороны от приемки. При этом, так как положения ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора в данном случае как минимум формально неприменимы (ведь до передачи имущества договора вовсе нет, а значит, нет и кредиторских обязанностей по приемке), возникают сложности с нормативным обоснованием иска о взыскании убытков, возникших в связи с уклонением от приемки. Здесь опять же теоретически возможно применение правил о преддоговорной ответственности за недобросовестное ведение переговоров (ст. 434.1 ГК РФ) в целях покрытия понесенных расходов (возможность применения преддоговорной ответственности к реальным договорам признана в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49), но сама необходимость приравнивать нормы ГК РФ об ответственности за недобросовестное

ведение переговоров к ситуации формально правомерного уклонения стороны от приемки имущества является сигналом неудачности самой модели реального договора.

При этом естественно, если сторонами подписан реальный договор займа, но до передачи имущества (т.е. до вступления договора в силу) заемщик заявляет займодавцу о том, что он передумал и у него отпала нужда в займе, у займодавца нет основания для осуществления передачи. Все его затраты на транспортировку, инкассацию и т.п., понесенные как минимум после такого заявления, относятся на его счет. Кроме того, займодавец, который технически может передать имущество заемщику без содействия с его стороны (например, перечислить на расчетный счет заемщика денежные средства), не вправе это делать после того, как он получил заявление заемщика о нежелании принимать заем. Такое заявление заемщика трудно расценивать как отказ от договора, ибо формально договор на этом этапе еще не заключен. Но очевидно, что если займодавец по реальному договору не связан обязанностью передать заем и имеет право передумать, то и заемщик должен иметь симметричное право. Реализация последнего и осуществляется в форме указанного заявления, отменяющего правовой эффект сложившегося неполного фактического состава сделки (факт достижения соглашения о предоставлении в будущем займа) и препятствующего накоплению полного фактического состава. Таким образом, перечисление суммы займа в такой ситуации не будет иметь природы заемного предоставления и порождать у заемщика договорный долг по возврату займа в обусловленные сроки и уплате согласованных процентов; вместо этого речь будет идти о неосновательном обогащении, к которому будут применяться правила гл. 60 ГК РФ: получатель платежа вправе его немедленно вернуть, что ему и следует в такой ситуации сделать. В то же время возможны, видимо, и такие случаи, когда в описанных обстоятельствах получатель платежа деньги добровольно возвращать откажется. Вероятнее всего, здесь уместно было бы лишить такого получателя, не вернувшего полученный платеж в течение разумного срока, права апеллировать к отсутствию договора посредством принципа эстоппель или иным подобным образом: можно исходить из того, что, не возвращая деньги, получатель своим поведением дезавуирует ранее сделанное заявление о нежелании заключать договор займа.

В-третьих, в рамках реального договора возникает проблема с определением срока, в течение которого передающая имущество сторона может осуществить передачу. Если содержание волеизъявления сторон этот вопрос не регулирует, должна ли ситуация подвешенности, когда договор уже формально подписан или устное соглашение достигнуто,

но имущество не передано, а договор формально не заключен, длиться вечно? Если бы речь шла об обязательстве имущество передать, при передаче имущества в течение какого-то длительного срока другая сторона могла бы отказаться от договора в связи с нарушением (например, по правилам п. 2 ст. 405 ГК РФ). В рамках же реального договора приходится мириться с очевидным пробелом в законе и восполнять его тем или иным образом. Ситуация становится болезненной тогда, когда передача имущества не предполагает приемку (например, безналичный перевод займа). Может ли заемщик вернуть полученный платеж, если он получил его по прошествии разумного срока (например, через год) после оформления письменного договора займа, если в договоре конкретный срок предоставления займа не обозначен? Ответ должен быть положительным, но выводить его придется из общего принципа добросовестности. При этом если согласованный в договоре (или при отсутствии уговора на сей счет – разумный) срок истек, а после этого займодавец предлагает заемщику принять заем и тот его принимает, договор следует считать заключенным. Если в такой ситуации займодавец после истечения означенного срока осуществляет предоставление без взаимодействия с заемщиком (например, перечисляя деньги на известный займодавцу банковский счет заемщика), последний может немедленно вернуть полученное имущество, и тогда заемное обязательство не возникает. Если заемщик без промедления полученное не возвращает, видимо, логично исходить из того, что он соглашается на возникновение заемного правоотношения, несмотря на запоздалое предоставление займа.

В-четвертых, в рамках реального договора возникают догматические трудности в обосновании ответственности передающей стороны за качество переданного имущества. Статья 393 ГК РФ говорит об ответственности за неисполнение обязательства; соответственно, для обоснования ответственности за качество в случае отсутствия специальных норм необходимо изобретать не отраженную в ГК РФ в общем виде концепцию гарантий, сопровождающих договорное предоставление за рамками обязательства, и идею ответственности за несоблюдение таких гарантий с применением к такой ответственности норм ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства по аналогии закона. Правила ГК РФ о займе ничего об ответственности займодавца за качество передаваемых родовых вещей не говорят, а применение для обоснования ответственности в связи с дефектами общих норм об ответственности за неисполнение обязательства (ст. 393 ГК РФ), равно как и правил о нарушении обязательства передать качественный товар по договору купли-продажи (ст. 475 ГК РФ), применимых

к заемным правоотношениям в силу положений ст. 822 ГК РФ о товарном кредите, формально затруднено, так как реальный договор займа не является товарным кредитом и передача некачественного товара не является нарушением какого-либо обязательства. Для обоснования ответственности потребуется применение ст. 393 и 475 ГК РФ по аналогии закона (см. п. 1.9 комментария к настоящей статье).

(д) Ответственность займодавца в случае непредоставления займа. Если мы имеем дело с консенсуальным займом, займодавец будет считаться нарушителем договора, если не предоставит заем без правовых оснований. Заемщик будет вправе в ответ потребовать возмещения убытков в связи с просрочкой, взыскания согласованной неустойки, а также может отказаться от договора и взыскать убытки вместо реального исполнения по правилам ст. 393.1 ГК РФ. Подробнее о последствиях неправомерного отказа займодавца от предоставления займа см. п. 3.1 комментария к настоящей статье. Сформулированные там выводы применимы с необходимыми адаптациями и к ситуации, когда займодавец прямой отказ от предоставления займа не заявляет, но просто молча уклоняется от предоставления займа.

(е) Срок и условия исполнения обязательства по предоставлению займа. Если заключен консенсуальный договор займа в ситуации, когда субъектный статус займодавца это допускает, обязательство займодавца должно быть исполнено в согласованный в договоре срок. Нарушение такой обязанности будет влечь договорную ответственность.

Если же договор не содержит указания на срок исполнения данного обязательства, подлежит применению диспозитивная норма п. 2 ст. 314 ГК РФ. Применение к этой ситуации положений п. 2 ст. 314 ГК РФ приводит к выводу о том, что при отсутствии в договоре срока предоставления займа такое обязательство должно быть исполнено в течение семи дней с момента предъявления заемщиком требования о выдаче займа, т.е., по сути, исполнение обязательства займодавца поставлено до востребования со стороны заемщика. Такое решение законодателя, отраженное в п. 2 ст. 314 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 1 июня 2015 г., не представляется разумным, как минимум в отношении тех случаев, когда обязательство может быть исполнено без соучастия со стороны кредитора (например, в форме безналичного перевода). В подобной ситуации куда разумнее бы выглядело правило о том, что исполнение должно быть учинено в течение разумного срока. Теоретически его можно вывести и в рамках действующего законодательства за счет ограничительного толкования п. 2 ст. 314 ГК РФ о востребовании как механизме созревания обязательства, в отношении которого не установлен срок исполнения, с целью выведения из-под него

обязательств, способных быть исполненными без участия кредитора. Но перспективы такого поворота судебной практики пока туманны¹. Поэтому пока будем исходить из применения правила о востребовании.

Согласно п. 2 ст. 200 ГК РФ срок исковой давности в такой ситуации начинает течь по окончании семидневного срока после востребования (т.е. получения должником требования осуществить исполнение), но при этом срок исковой давности во всяком случае не может превышать 10 лет со дня возникновения обязательства (впрочем, последняя оговорка начнет применяться только с 1 сентября 2023 г.). Данная исковая давность будет применяться к искам о привлечении займодавца к ответственности за невыдачу займа. Ее применение к иску о понуждении к выдаче займа обсуждаться пока не может, ибо судебная практика на настоящий момент исходит из невозможности понуждения к выдаче кредита, а следовательно, и займа по консенсуальному договору займа (подробнее см. подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье).

Если заемщик не востребует предоставление займа в течение разумного срока, согласно п. 2 ст. 314 ГК РФ займодавец получает право потребовать от заемщика принятия займа. Закон умалчивает о последствиях упорного нежелания кредитора (в нашем случае заемщика) востребовать исполнение после получения такого требования со стороны должника (в нашем случае займодавца). ВС РФ в п. 24 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 указывает на то, что в такой ситуации уклонение кредитора от принятия исполнения будет рассматриваться как просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ). Соответственно, займодавец получит право отказаться от договора в ответ на данное нарушение и право взыскать убытки: право на взыскание убытков прямо предусмотрено в ст. 406 ГК РФ, право же на отказ от договора может быть выведено из применения п. 2 ст. 328 ГК РФ по аналогии закона. Кроме того, как представляется, займодавец может в такой ситуации передать заем, если он технически может это сделать без взаимодействия с заемщиком (например, перечислить сумму денежного займа на известный ему счет заемщика) и тем самым фактически вынудить заемщика, не отказавшегося от договора по п. 3 ст. 807 ГК РФ, принять на себя заемный долг. Не исключено и депонирование денег или ценных бумаг у нотариуса по правилам п. 1 ст. 327 ГК РФ. Все это, конечно, возможно, только если заемщик не заявил об отказе от до-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 120–124 (автор комментария к ст. 314 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

говора по правилам п. 3 ст. 807 ГК РФ (такое право у него есть всегда, кроме случая, когда такой заемщик является коммерсантом и договор блокирует его право на такой отказ).

Впрочем, право займодавца перечислить заем заемщику, который не востребовал исполнение в разумный срок, или депонировать деньги или ценные бумаги, являющиеся объектом заемного предоставления, у нотариуса, может показаться несколько спорным в тех случаях, когда заемщик имеет в силу п. 3 ст. 807 ГК РФ право на произвольный отказ от договора до момента получения займа. С одной стороны, формально, если заемщик, получив от займодавца требование принять заем, уклоняется от получения займа, но при этом и не отказывается от договора, договор действует, и, соответственно, займодавец может осуществить предоставление. С другой стороны, заемщик мог просто не успеть направить заявление об отказе или даже мог направить такое заявление, но оно еще не успело дойти до займодавца. Возможно, более справедливым является такое компромиссное решение: если заемщик, имеющий право на произвольный отказ от договора до получения займа, не востребовал исполнение и при этом не воспользовался и своим правом на отказ от договора в течение разумного срока с момента заключения договора и затем получил от займодавца требование принять заем по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ, у него есть еще разумный срок на то, чтобы подумать и заявить такой отказ при наличии желания выйти из договора. Если он не использует это право и в такой ситуации, займодавец получает право учинить предоставление займа (например, перечислив деньги на известный ему счет заемщика или депонировав их у нотариуса). В конечном счете заемщику в такой ситуации стоит винить только самого себя за столь вопиющую нерасторопность.

Договор займа (или кредита) может ставить исполнение обязательства займодавца (банка) под отлагательное или отменительное условие; при этом данное условие может быть случайным (т.е. не зависящим ни от одной из сторон), потестативным (т.е. зависящим от поведения займодавца или заемщика) или смешанным (т.е. зависящим частично от поведения одной из сторон договора и частично от неких внешних обстоятельств или поведения третьих лиц)¹. Это следует из положений ст. 157 и 327.1 ГК РФ. Например, договор может обусловить выдачу банком кредита регистрацией ипотеки, оформленной в обеспечение будущего кредитного обязательства заемщика, или заключением бан-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 53–116 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ком договора поручительства с тем поручителем, с которым заемщик договорился о предоставлении такого личного обеспечения его будущего кредитного обязательства.

(ж) Обязанность принять заем. Если договор займа сконструирован как консенсуальный, у заемщика возникает кредиторская обязанность принять заем. В ситуации, когда получение займа требует участия заемщика, при нарушении кредиторской обязанности подлежат применению правила ст. 406, а также п. 3 ст. 405 ГК РФ о последствиях просрочки кредитора. Соответственно, займодавец вправе в ответ на такую просрочку требовать возмещения убытков и не несет ответственности за просрочку в предоставлении займа. Следует помнить, что в силу п. 3 ст. 807 ГК РФ по общему правилу заемщик всегда вправе отказаться от договора до момента получения займа. Однако если заемщик не отказывается от договора, но почему-то затягивает с получением займа, провоцируя займодавца на те или иные расходы, последние должны быть возмещены. В то же время в силу того же п. 3 ст. 807 ГК РФ договор займа, по которому заем получает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может блокировать право заемщика на отказ от договора. В такой ситуации будет неправомерным не только уклонение от получения займа, но и попытка заемщика отказаться вовсе от исполнения договора. Подробнее о последствиях уклонения заемщика от получения займа см. подп. «б» п. 3.2 комментария к настоящей статье о последствиях неправомерного отказа от получения займа.

Но заемщик, не заявивший правомерный отказ от договора, обязан принимать заем только тогда, когда предоставляемое имущество в своих качественных характеристиках и в объеме соответствует условиям договора. Если, например, займодавец предлагает заемщику принять меньшую сумму, чем та, которая была оговорена в договоре консенсуального займа, заемщик вправе отказаться от принятия частичного исполнения по правилам ст. 311 ГК РФ. При этом в отношении данной ситуации не может применяться положение п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, которое устанавливает, что из существа денежного обязательства по общему правилу вытекает возможность его исполнения по частям, в силу чего кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения такого обязательства в части. Природа обязательства предоставить заем предполагает, что заемщик вправе не принимать заем по частям, даже если речь идет о деньгах. Если же заем в меньшем объеме, чем тот, что был согласован в договоре, был перечислен заемщику на его банковский счет, заемщик может отказаться от договора в части неперечисленного

(т.е. произвести пропорциональный отказ от договора по п. 2 ст. 328 ГК РФ и оставить в силе договорные обязательства исключительно в отношении той суммы, которая перечислена). Но представляется, что заемщик должен иметь возможность поступить и иначе: получив меньшую сумму, он может немедленно уведомить займодавца о том, что он ждет перечисления остального и не намерен платить на полученную сумму проценты до перечисления всей суммы. Если остальное займодавцем в нарушение договора предоставлено в течение разумного срока не будет, заемщик вправе без промедлений отказаться от договора и вернуть ранее полученное, не будучи при этом обязан уплачивать согласованные проценты за период с момента поступления на его счет соответствующей суммы и до момента отказа от договора. Заемщик не обязан смиряться с возникновением у него заемного обязательства на меньшую сумму, чем то, что ему требовалось, и уплачивать на полученные средства проценты. Иначе может получиться несколько несправедливая ситуация. Допустим, заемщику были нужны средства для покупки квартиры. Займодавец вместо согласованной суммы перечисляет лишь малую ее часть, и в итоге заемщик не может профинансировать покупку, а затем, прождав месяц и не получив остальное, отказывается от договора и возвращает полученную часть займа. Разве справедливо, чтобы он в такой ситуации уплачивал займодавцу согласованные проценты за указанный месяц? Представляется, что нет. Займодавец не может вопреки договору навязать заемщику кредитование в том объеме, который был заемщику не нужен (хотя бы и на тот самый месяц).

(з) Опционная модель займа. Если договор займа не содержит указания на срок предоставления займа, обязательство займодавца считается установленным до востребования. Но, как уже отмечалось в подп. «е» п. 1.7 комментария к настоящей статье, в силу п. 2 ст. 314 ГК РФ займодавец, не дождавшись востребования, может сам потребовать от заемщика получения займа (если заемщик не воспользовался своим правом на отказ от договора, а равно если такое право на произвольный отказ от договора было правомерно ограничено договором, заемщиком по которому является предприниматель).

Но что, если договор правомерно блокирует право займодавца потребовать от заемщика принятия исполнения при нереализации заемщиком в разумный срок своего права осуществить востребование? Такая возможность прямо допущена в п. 2 ст. 314 ГК РФ. В такой ситуации возникает правовая асимметрия: займодавец вынужден находиться в неопределенности в отношении вопроса о востребовании исполнения и быть готовым исполнять свое обязательство выдать заем

в течение возможно крайне значительного срока, заемщик сохраняет секундарное право востребовать исполнение в любой момент, и займодавец никак не может потребовать от заемщика принятия исполнения. По истечении согласованного в договоре срока при нереализации заемщиком права востребовать исполнение договорная связь прекращается. В такой ситуации можно говорить о том, что договор займа заключен по модели опционного договора по правилам ст. 429.3 ГК РФ. Право востребования является секундарным (преобразовательным) правомочием заемщика, после его реализации на стороне займодавца созревает обязательство предоставить запрошенную сумму займа (обычно в пределах определенного срока с момента востребования), а неправомерный отказ от предоставления займа будет влечь применение к займодавцу мер договорной ответственности. Займодавец же в такой модели не наделен правом требовать от заемщика получения суммы займа.

Статья 429.3 ГК РФ не устанавливает диспозитивным образом срока действия опционного договора и сохранения описанной ситуации подвешенности, но здесь вполне применимо по аналогии положение ст. 429.2 ГК РФ об опционе на заключение договора, согласно которому такой срок при отсутствии указания в договоре на конкретный срок считается равным одному году.

При этом следует иметь в виду, что согласно ст. 429.3 ГК РФ опционный договор подразумевает наличие некой опционной премии, которую обладатель секундарного права востребования должен уплачивать обязанной стороне в качестве платы за асимметрию правомочий. Стороны могут прямо договориться об уплате некой суммы за получение заемщиком столь удобного положения обладателя секундарного права востребования займа по своему усмотрению при возникновении такой потребности без риска быть поставленным перед необходимостью получить заем по требованию займодавца. Данная опционная премия уплачивается и не подлежит возврату, несмотря на то что заемщик так и не решил воспользоваться своим правом востребовать исполнение от займодавца в течение установленного в договоре (или по умолчанию годичного) срока. При этом в силу ст. 429.3 ГК РФ договор может исключать уплату такой опционной премии. Но если договор не содержит ни прямого указания на такую премию и ее размер, ни исключения уплаты этой премии, необходимость ее внесения, судя по тексту ст. 429.3 ГК РФ, подразумевается. В рамках существующего законодательного регулирования размер премии при отсутствии в договоре точного на то указания будет, видимо, определяться судом по правилам ст. 424 ГК РФ с опорой на обычно взимаемые премии

такого рода. Это может поставить суд перед определенными затруднениями, ибо развитого рынка консенсуальных договоров займа и тем более займов, заключенных по описанной опционной модели, пока в России нет и, соответственно, нет необходимой статистической информации. Но, в принципе, размер премии в такой ситуации может определяться с опорой на статистику взимания аналогичной по своей сути комиссии за предоставление кредитной линии, так как широко используемый на практике договор кредитной линии представляет собой не что иное, как опционный договор, а разница между кредитом и консенсуальным займом *de facto* отсутствует (о кредитной линии см. подп. «и» п. 1.7 комментария к настоящей статье).

Сама эта идея российского законодателя установить начисление опционной премии по умолчанию не кажется оптимальной: было бы логично, чтобы уплата такой премии не презюмировалась, а становилась необходимой только при наличии в договоре уговора о ее уплате. Было бы желательно, чтобы судебная практика скорректировала эту ситуацию и истолковала нормы ст. 429.3 ГК РФ таким образом, чтобы уплата такой премии была необходима только при наличии в договоре соответствующего на то указания.

(и) Опционная модель с элементами кредитной линии. В практике широко распространено заключение договора кредитной линии. Суть такого договора в том, что в пределах определенного срока заемщик получает секундарное право востребовать от банка выделение кредитного транша в любой сумме в пределах кредитного лимита, сам заемщик не обязан истребовать кредитование, если того не желает, и банк не может требовать от заемщика получения кредитных траншей. Заемщик может выбирать кредитный лимит как сразу целиком, так и отдельными траншами по необходимости. После получения затребованного кредитного транша запускаются условия договора кредитной линии о порядке обслуживания полученного кредита, процентах, сроках и порядке возврата и т.п. Законность договоров кредитной линии не ставится под сомнение в судебной практике (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Если договор указывает на то, что банк вправе произвольно отказать от выделения кредитных траншей по заявкам заемщика и, соответственно, выделение транша подлежит согласованию, мы имеем обычный рамочный договор (ст. 429.1 ГК РФ). Его иногда называют неподтвержденной кредитной линией. После согласования сторонами размера кредитного транша существенное условие кредита считается согласованным, и вступают в силу условия договора о порядке исполнения обязательства банка и заемщика. До этого момента договор

в части таких положений не считается заключенным, так как он просто не порождает каких-либо правовых последствий из-за отсутствия соглашения по существенному условию (размеру кредитного обязательства). Но в таком рамочном договоре могут содержаться определенные положения, которые будут иметь юридическую силу и на этапе до согласования размера кредитного транша и даже при отсутствии хотя бы и одного соглашения по размеру кредита (например, условия о конфиденциальности, о признании за молчанием банка в ответ на заявку о кредитовании значения акцепта по правилам п. 2 ст. 438 ГК РФ, о порядке ведения переговоров по согласованию кредитных траншей по правилам п. 5 ст. 434.1 ГК РФ и т.п.).

Если у банка имеется обязанность кредитовать заемщика в пределах кредитного лимита при поступлении от него в рамках срока действия договора заявок и банк, соответственно, не может произвольно отказаться выделять запрошенный заемщиком кредитный транш, то такой договор должен квалифицироваться как опционный (ст. 429.3 ГК РФ). Он считается в целом заключенным с самого начала. Существенное условие о размере кредита считается согласованным: оно хотя и не определено, но является определяемым, будучи отданным на откуп произвольному усмотрению заемщика, имеющему секундарное право затребовать кредитование в нужном ему размере в пределах установленного кредитного лимита.

Специфика опционной модели кредитной линии и ее отличие от обычной модели опционного договора кредита состоят в том, что заемщик может при необходимости выбирать кредитный лимит по частям.

Срок действия кредитной линии обычно устанавливается в договоре, но при отсутствии такого срока кредитная линия должна действовать в течение одного года: это вытекает из применения по аналогии положений ст. 429.2 ГК РФ об опционе на заключение договора. По окончании определенного в договоре или по умолчанию годовичного срока секундарное право востребовать выделение кредитных траншей прекращается.

Также следует напомнить о том, что опционный договор, согласно, как представляется, не вполне удачной в этом аспекте норме ст. 429.3 ГК РФ, подразумевает уплату опционной премии (платы за асимметрию правомочий сторон, принятие одной из сторон на себя состояния неопределенности и подвешенности и поддержание готовности исполнять по первому требованию управомоченной стороны), если необходимость уплаты такой премии не исключена договором. Банки часто включают в договор кредитной линии условие об уплате комиссии

за предоставление (в виде фиксированной суммы) или поддержание кредитной линии (в виде процента от невыбранного остатка кредитной линии) — некой суммы, которую заемщик должен единовременно или периодически уплачивать в течение срока договора независимо от того, востребует он кредитование или нет. Невостребование кредитных траншей в течение срока действия договора не создает у заемщика права требовать возврата уплаченной комиссии, так как уплата такой комиссии имеет свою каузу: она вносится не за использование денег, а за получение секундарного права востребовать исполнение в пределах кредитного лимита и в рамках срока действия договора. Такая комиссия имеет природу опционной премии. Если договор кредитной линии не содержит указания на уплату такой комиссии, но при этом и не исключает ее уплату, она по умолчанию в силу положений ст. 429.3 ГК РФ подлежит начислению, а ее размер в силу ст. 424 ГК РФ, судя по всему, должен определяться с опорой на обычно взимаемые на практике комиссии такого рода. Как представляется, это не совсем логично. Если банк как профессионал в финансовой сфере и в большинстве случаев автор проекта договора не оговорили в договоре такую комиссию, презумпция ее начисления несправедлива и алогична. Было бы желательно, чтобы такой подход закрепился в судебной практике. До тех пор сторонам во избежание неопределенности и лишних споров следует избегать оставления пробела в договоре в отношении необходимости уплаты такой комиссии и ее размера.

До появления в ГК РФ ст. 429.3 в судебной практике возникли проблемы с признанием законности платы за предоставление или поддержание кредитной линии. Так, например, ВАС РФ в одном постановлении допустил такое условие в той степени, в которой банк может подтвердить, что он понес издержки, сопоставимые с размером комиссии за предоставление кредитной линии (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 марта 2013 г. № 16242/12), а в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 тот же суд не увидел проблемы в комиссии за поддержание овердрафта по банковскому счету (что, по сути, равнозначно комиссии за поддержание кредитной линии). Как бы то ни было, с введением в действие ст. 429.3 ГК РФ эта проблема должна потерять актуальность, так как закон а) прямо легализует институт опционной премии как платы за предоставление секундарного права на востребование исполнения и б) рассматривает опционную премию как плату, а не как строго компенсационный механизм. Эта плата представляет собой цену за согласие банка вступить в асимметричные правоотношения с заемщиком, в рамках которых банк не вправе требовать «выборки»

кредитного лимита и вынужден согласованный период поддерживать готовность кредитования по первому требованию, а заемщик оказывается в удобном положении обладателя секундарного права востребовать кредитование. Впрочем, какой-либо однозначной практики ВС РФ по данному вопросу пока не сложилось. Подробнее об опционной премии как плате за предоставление или обслуживание кредитной линии см. комментарий к п. 1 ст. 819 ГК РФ.

При этом консенсуальный договор займа может быть также заключен по модели, схожей с кредитной линией: здесь займодавец обязуется предоставлять те или иные суммы займа (в пределах установленного в договоре лимита и срока действия договора) по требованию займодавца. Такую модель можно обозначить как «заемную линию». Иногда такие договоры, структурирующие длительное сотрудничество сторон на базе неоднократного выделения заемных средств на основе заявок заемщика, на практике встречались еще в период господства реальной модели займа (см., например, определения КГД ВС РФ от 8 октября 2013 г. № 78-КГ13-27 и от 28 октября 2014 г. № 78-КГ14-32). Суды не делали четкого вывода о том, что в подобных случаях у займодавца после получения заявки возникает именно обязательство выдать заем, но допускали, что само предоставление займа при подобной конструкции могло происходить только после получения таких заявок. В свете легализации консенсуальной модели займа (к сожалению, с некоторыми ограничениями) снимается вопрос об опционной квалификации таких договоров займа, и интенсивность использования таких «заемных линий», вероятно, повысится. К такому договору подлежат применению все вышеуказанные выводы о кредитной линии и применении к отношениям сторон положений ст. 429.3 ГК РФ об опционном договоре.

(к) Реальность или консенсуальность: потребительский заем и ломбардный заем. Согласно ч. 6 ст. 7 Закона о потребительском кредите (займе) потребительский заем является реальным договором: «Договор потребительского займа считается заключенным с момента передачи заемщику денежных средств». Согласно ч. 2 ст. 7 Закона о ломбардах договор займа, по которому заем предоставляет ломбард с обеспечением в виде залога, «считается заключенным с момента передачи заемщику суммы займа и передачи ломбарду закладываемой вещи».

Данные нормы являются специальными по отношению к положениям комментируемой нормы. Соответственно, такие виды займа являются как минимум по умолчанию реальными договорами.

Вопрос о правовой природе данных специальных норм о потребительском кредите (займе) и ломбардном займе может вызывать

вопросы. В момент, когда они принимались, сам договор займа рассматривался в судебной практике как строго реальный, и консенсуальная модель займа исключалась. В новых условиях, когда в силу абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ заем, предоставляемый коммерсантом или юридическим лицом, теперь может быть сконструирован как консенсуальный договор, видимо, нет оснований толковать положение ч. 6 ст. 7 Закона о потребительском кредите (займе) и норму ч. 2 ст. 7 Закона о ломбардах, говорящие о реальности договора, в качестве императивных. Соответственно, следует допускать установление в договоре потребительского займа или ломбардного займа обязательства займодавца предоставить заем. Смысл данных норм в современных условиях, если они останутся в неизменном виде, состоит лишь в том, чтобы задать модель, действующую по умолчанию, диспозитивно.

(л) Возможность уступки требования о выдаче займа (кредита). Если заключен консенсуальный договор займа или договор кредита, у займодавца (банка) имеется обязанность выдать заем (кредит), а следовательно, заемщик может уступить третьему лицу свое корреспондирующее требование к банку. Естественно, в такой ситуации такая уступка ни в коей мере не блокирует право займодавца на отказ от договора до выдачи займа, если возникнут основания для такого отказа (например, п. 3 ст. 807 ГК РФ). После выдачи займа посредством учинения исполнения в адрес цессионария долг по возврату займа возникает не у цессионария, а у самого заемщика, если только речь не шла о передаче договора, для которого требуется согласие займодавца (ст. 392.3 ГК РФ).

Аргументом против допустимости такой уступки может быть то, что, как уже отмечалось, данное требование не может быть защищено иском о понуждении к предоставлению займа (кредита). На это стоит возразить, что отсутствие доступа к иску о принудительном исполнении обязательства в натуре не исключает обязательственную квалификацию требования и возможность защиты требования посредством иных средств защиты (например, взыскание убытков или согласованной неустойки). В отечественной судебной практике не отражена идея о том, что не подлежат уступке подобные требования с усеченным арсеналом средств судебной защиты. Более того, вряд ли есть основания запрещать уступку даже натуральных требований, вовсе лишенных судебной защиты. Другое дело, что ограниченность арсенала защиты кредитора по обязательству выдать заем (кредит) просто делает такие уступки малоинтересными для потенциальных цессионариев, отсюда и практически полное отсутствие такой практики.

Другим возражением против возможности уступки таких требований может быть аргумент о том, что в обязательстве займодавца выдать заем личность кредитора имеет существенное значение, а следовательно, и в силу п. 2 ст. 388 ГК РФ такая уступка возможна только при согласии должника (займодавца). Но не вполне очевидно, в чем проявляется это существенное значение личности адресата перевода. Вопрос о кредитном риске здесь не встает, так как должником по обязательству вернуть заем все равно остается заемщик. Так что такое возражение выглядит не вполне убедительно.

Впрочем, здесь следует сделать несколько оговорок.

Во-первых, личность кредитора, которому причитается передача займа, может приобрести действительно существенное значение в конкретных обстоятельствах в ситуации предоставления целевого займа. И тогда уступка может быть признана недействительной по правилам п. 2 ст. 388 и ст. 173.1 ГК РФ.

Во-вторых, договор может предусматривать право займодавца отказаться от договора в случае такой уступки, но этот механизм не работает в случае денежного займа. Это прямо следует из крайне спорной нормы п. 3 ст. 388 ГК РФ. В то же время кажется логичным, что на случай, когда в силу целевого характера предоставления займа личность получателя займа приобретает существенное значение, в договоре денежного займа может быть предусмотрено право займодавца отказаться от договора, столкнувшись с такой уступкой.

В-третьих, договор может запрещать такую уступку без согласия должника (в данном случае — займодавца) в принципе. Но здесь следует иметь в виду, что в силу п. 4 ст. 388 ГК РФ в случае неденежного займа уступка в нарушение такого запрета может быть оспорена, если цессионарий знал или должен был знать о таком запрете (что в большинстве случаев доказать не составит труда). Если же речь идет о денежном займе, то в силу опять же крайне спорной нормы п. 3 ст. 388 ГК РФ уступка не может быть оспорена, но заемщик будет обязан возместить займодавцу убытки и (или) уплатить неустойку. Исключением является только ситуация, когда заемщик и цессионарий сговорились совершить уступку вопреки договорному запрету в целях причинить вред займодавцу, в таком случае уступка может быть признана недействительной на основании ст. 10 и 168 ГК РФ (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Впрочем, возможно, есть основание п. 3 ст. 388 ГК РФ о невозможности оспорить уступку денежного требования в случае нарушения договорного запрета на уступку подвергнуть телеологической редукции и вовсе не применять к такому специфическому денежному обязательству, как

обязательство выдать денежный заем или кредит. При таком решении открывается возможность оспорить уступку на основании правил ст. 10 и 168 ГК РФ не только тогда, когда установлен умысел сторон соглашения об уступке на причинение вреда займодавцу, но и во всех иных случаях, когда установлено, что цессионарий точно знал или не мог не знать о том, что совершаемая цессия нарушает договорный запрет (в рамках доктрины вторжения в чужие договорные отношения)¹.

(м) Последствия противоречия условия об обязательстве предоставить заем императивной реальности договора займа. В той степени, в которой судебная практика ошибочно воспринимала и в ограниченном (с 1 июня 2018 г.) масштабе продолжает воспринимать заем как императивно реальный договор, встает вопрос о последствиях заключения договора займа по консенсуальной модели вопреки закону. При заключении договора после 1 июня 2018 г. этот вопрос актуален только тогда, когда займодавцем является обычный гражданин.

Противоречие сделки императивным нормам закона до 1 сентября 2013 г. в силу ст. 168 ГК РФ по общему правилу влекло ее ничтожность. В рамках действующей редакции ст. 168 ГК РФ вопрос становится при буквальном прочтении данной статьи куда менее однозначным, так как теперь закон зачем-то установил по общему правилу оспоримость незаконной сделки, предписывая ничтожность только на случай, когда сделка не только противоречит закону, но и посягает на публичные интересы или интересы третьих лиц. В то же время есть серьезные политико-правовые основания исходить из того, что незаконные отдельные условия сделки и в рамках нового законодательства должны считаться ничтожными. Превентивное оспаривание в суде отдельных пунктов договора при их явном противоречии закону (до возможного возникновения обстоятельств, обуславливающих их применение, и с угрозой потерять право на оспаривание по прошествии короткого срока давности) представляет собой однозначный абсурд².

Соответственно, условие об обязательстве предоставить заем ничтожно по п. 2 ст. 168 ГК РФ (если придерживаться императивной квалификации нормы абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ), а сам данный договор

¹ Примеры применения этой доктрины в ряде подобных ситуаций см.: определения КГД ВС РФ от 9 января 2018 г. № 50-КГ17-27 и от 27 марта 2018 г. № 49-КГ17-35 и определения КЭС ВС РФ от 25 января 2018 г. № 308-ЭС17-14180 (1, 2), от 26 декабря 2017 г. № 305-ЭС17-14389, от 19 апреля 2018 г. № 307-ЭС17-11311, от 16 апреля 2018 г. № 305-ЭС16-10864.

² Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 352–354 (автор комментария к ст. 168 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

займа вступает в силу, когда заем будет фактически предоставлен, как это предписано п. 2 ст. 433 ГК РФ. Применение критериев, закрепленных в ст. 180 ГК РФ, подсказывает, что в большинстве случаев ничтожность данного условия не должна влечь ничтожность всего договора. «Выбивание» данного условия из контракта отменяет правовое существование всего договора до момента предоставления займа в силу того, что заем в данной ситуации императивно реален и не будет считаться заключенным договором до момента фактической передачи займа. Но если заем будет фактически передан в некий разумный срок после оформления такого договора либо предоставление было осуществлено позже, чем истек разумный срок, но заемщик осознанно принял такое предоставление или без промедления не вернул полученное, договор займа вступит в силу.

1.8. Существенные условия договора займа. Если договор обоснованно квалифицирован как заем (т.е. его содержание соответствует квалифицирующим признакам займа), подлежит разрешению вопрос о том, достаточно ли определенно его содержание, чтобы договор мог считаться заключенным с точки зрения правил ст. 432 ГК РФ. В связи с этим следует учесть, что существенными условиями договора займа, без согласования которых договор не будет считаться заключенным, являются условия, характеризующие предмет предоставления займодавца. К таким условиям относятся следующие условия.

Во-первых, это указание на объект займа (т.е. вид имущества, подлежащего передаче по договору в качестве займа и последующему возврату). Здесь в случае с денежным займом следует согласовать валюту займа; в случае с займом бездокументарных ценных бумаг — тип предоставляемых акций и наименование эмитента, эмитента и выпуск облигаций; в случае с передачей в заем товаров — наименование и иные необходимые характеристики товара, позволяющие его надежно идентифицировать родовыми признаками (например, такое-то зерно такого-то сорта).

Во-вторых, это объем данного предоставления (например, сумма денежного займа, количество акций или облигаций, количество товара и т.п.).

Данные существенные условия могут быть как определенными, так и определяемыми. В последнем случае договор может содержать алгоритм определения содержания таких условий. Например, в договоре может быть указан механизм определения валюты кредитного финансирования (при определенных условиях доллар США, но в случае падения курса доллара ниже определенного показателя — российский рубль). При этом этот алгоритм может быть и чисто потестативным,

т.е. состоять в предоставлении одной из сторон вторичного права определения содержания такого условия по своему усмотрению с ограничением свободы усмотрения определенными пределами. Так, в случаях, если договор заключен по опционной модели кредитной линии (подробнее об этой модели см. подп. «и» п. 1.7 комментария к настоящей статье) и дает заемщику вторичное право востребовать заемное (кредитное) финансирование в необходимой ему сумме в пределах того или иного лимита, на момент заключения договора объем обязательств займодавца следует считать не определенным, но определенным, а сам договор – заключенным с самого начала (а не с момента получения банком заявки заемщика на выделение кредитного транша). Эта позиция поддерживается и в судебной практике (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Впрочем, здесь следует сделать одно уточнение. ВАС РФ в указанном письме оговаривает, что в договоре кредитной линии для того, чтобы его содержание можно было считать достаточно определенным, должен содержаться лимит кредитной линии. В то же время нет оснований возражать против того, чтобы и указание на сам этот лимит носило не определенный, а определяемый характер. Например, в договоре может содержаться формула определения кредитного лимита, позволяющая автоматически менять этот лимит в зависимости от наступления тех или иных условий (например, изменения финансовых показателей работы заемщика). Те же выводы применимы не только к кредитной линии, но и к построенному по той же модели опционному договору займа.

Иные условия вряд ли разумно относить к категории существенных условий договора займа, без согласования которых договор будет считаться незаключенным. В частности, указание на выплату процента и его размер необязательны для договора займа, так как заем может быть и беспроцентным (см. комментарий к ст. 809 ГК РФ), а закон содержит прямое регулирование вопроса о размере процента на случай отсутствия указания на сей счет в договоре (п. 1 ст. 809 ГК РФ). Срок, на который предоставляется заем, также может быть не указан в договоре, так как в ГК РФ имеется диспозитивное правило, восполняющее данный пробел (п. 1 ст. 810 ГК РФ). Условия об ответственности на случай просрочки возврата займа также не относятся к разряду существенных (Определение КГД ВС РФ от 7 августа 2018 г. № 23-КГ18-3).

Некоторые специальные законы, регулирующие отдельные виды заемных отношений, могут уточнять список существенных условий таких договоров. Так, ч. 3 ст. 7 Закона о ломбардах устанавливает, что

«существенными условиями договора займа являются наименование заложенной вещи, сумма ее оценки... сумма предоставленного займа, процентная ставка по займу и срок предоставления займа». Ряд существенных условий договора потребительского займа или кредита, видимо, может быть извлечен из содержания ч. 9 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе).

1.9. Качество имущества, предоставляемого в заем. Вопрос о качестве предоставляемого имущества, как правило, в силу понятных причин не встает в случае денежного займа. Но что, если в заем предоставляются вещи или иные виды имущества, которые обладают теми или иными качественными характеристиками? Закон не содержит регулирования данного вопроса. Очевидно, что качество предоставляемого имущества должно соответствовать условиям договора, а при отсутствии оных должен применяться п. 2 ст. 469 ГК РФ о купле-продаже. Это вытекает из системного толкования закона. Согласно ст. 822 ГК РФ по договору товарного кредита «условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, о качестве, о таре и (или) об упаковке предоставляемых вещей должны исполняться в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (статьи 465–485), если иное не предусмотрено договором товарного кредита». С учетом того, что после вступления в силу 1 июня 2018 г. новой редакции ст. 807 ГК РФ и легализации консенсуального займа товарный кредит отличить от консенсуального займа, по которому передаются товары, определяемые родовыми признаками, невозможно (см. об этом комментарий к ст. 822 ГК РФ), есть все основания применять к ответственности займодавца за качество передаваемого в собственность заемщика товара (или иного имущества, не относимого к категории денег) правила о купле-продаже, если иное не следует из договора и существа отношений.

Применение общих правил ГК РФ о купле-продаже будет означать, что при отсутствии в договоре условий о качестве имущества займодавец обязан передать заемщику имущество, пригодное для целей, для которых такого рода имущество обычно используется. При этом если займодавец при заключении договора был поставлен заемщиком в известность о конкретных целях приобретения имущества, займодавец обязан передать покупателю имущество, обладающее качеством, делающим его пригодным для использования в соответствии с этими целями.

Последствия передачи заемщику некачественного имущества нормами ГК РФ о займе также не определены. В случае с консенсуальным займом у заемщика в любом случае есть право на взыскание убытков в связи с нарушением обязательства (ст. 393 ГК РФ), вклю-

чая право на возмещение своих издержек на устранение дефектов. Кроме того, здесь, видимо, в случае процентного консенсуального займа судам следует дополнительно применять некоторые положения ст. 475 ГК РФ с необходимыми адаптациями, если иное не установлено в самом договоре. Так, например, теоретически не исключено и применение положений ст. 475 ГК РФ о праве покупателя на соразмерное уменьшение цены (в данном случае – процентной ставки). В случае существенности дефектов заемщик также вправе отказаться от договора в одностороннем порядке и вернуть заем и потребовать возмещения убытков взамен реального исполнения по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ.

Обоснование применения общих правил о взыскании убытков при ненадлежащем исполнении обязательств (ст. 393, 393.1, 401, 404 ГК РФ и др.) в отношении дефектов в предоставленном в качестве займа имуществе, а также правил о качестве товара и последствиях передачи некачественного товара, установленных в нормах о купле-продаже (например, ст. 475 ГК), потребует некоторых дополнительных логических усилий в случае реального договора займа, так как здесь предоставление имущества не являлось исполнением некоего обязательства. В то же время аналогия закона может выручить нас и здесь.

Вопрос о том, может ли заемщик в силу применяемой ст. 475 ГК РФ, а также ст. 308.3 ГК РФ также потребовать по суду безвозмездного устранения дефектов или замены некачественного имущества в натуре, может вызывать споры в силу того, что судебная практика пока отказывает заемщику в праве требовать от займодавца исполнения его обязательства предоставить заем в натуре (см. подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье).

1.10. Заем, обеспеченный залогом, и обеспечительная собственность. Нередко на практике стороны вместо оформления предоставления долгового финансирования под залог того или иного имущества используют договорную конструкцию передачи имущества в обеспечительную собственность предоставляющего финансирование кредитора.

Обеспечительная собственность (титульное обеспечение, фидуция в обеспечительных целях, лат. – *fiducia cum creditore*, нем. – *Sicherungstreuhand*, фр. – *fiducie-sûreté*) – это договорная конструкция, которая позволяет кредитору обеспечить свое денежное требование к должнику за счет права собственности (или аналогичного максимально полного права в отношении имущественного права), а не права залога.

Существуют два основных варианта конструирования такого обеспечения.

(а) *Обеспечительное удержание права собственности.* Первый из них состоит в том, что должник получает от кредитора или за счет кредитора от третьего лица вещь, на которую у должника не было ранее права собственности, и может далее владеть и пользоваться данной вещью, погашая свой денежный долг постепенно в рамках установленного графика, но право собственности задерживается за кредитором и переходит к должнику только тогда, когда он полностью расплатится с кредитором. Речь здесь идет в первую очередь о договоре выкупного лизинга (за исключением возвратного лизинга). Согласно п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17 «по общему правилу в договоре выкупного лизинга имущественный интерес лизингодателя заключается в размещении и последующем возврате с прибылью денежных средств, а имущественный интерес лизингополучателя — в приобретении предмета лизинга в собственность за счет средств, предоставленных лизингодателем, и при его содействии. Приобретение лизингодателем права собственности на предмет лизинга служит для него обеспечением обязательств лизингополучателя по уплате установленных договором платежей, а также гарантией возврата вложенного».

Также следует упомянуть и договор аренды с правом выкупа (ст. 624 ГК РФ), согласно которому арендодатель передает арендатору вещь во владение и пользование, а право собственности переходит к арендатору по окончании срока аренды или даже досрочно при условии внесения арендатором выкупного платежа (последний может производиться отдельно или растворяться в арендных платежах). Если цена выкупа в договоре установлена на уровне рыночной цены арендованного актива, эту конструкцию затруднительно отнести к титульному обеспечению (по сути, тут мы имеем просто аренду с предоставлением арендатору опциона на покупку актива). Но если из договора следует, что цена самой вещи считается целиком или в значительной степени внесенной при уплате всех арендных платежей в течение согласованного срока (например, когда цена самого выкупа, осуществляемого по истечении согласованного срока использования, носит символический характер), очевидно, что арендатор начинает постепенно выкупать вещь, внося арендные платежи, и ситуация становится крайне похожей на выкупной лизинг.

Также к этой категории относится и допускаемая законом конструкция договора купли-продажи вещей с условием об удержании за продавцом права собственности на переданную покупателю с отсрочкой (рассрочкой) платежа вещь с переходом к покупателю права собственности в момент полного погашения денежного долга (ст. 491 ГК РФ).

Во всех этих ситуациях лицо получает от кредитора или за счет кредитора во владение и пользование вещь, которую он на самом деле намеревается приобрести, а денежный долг по оплате этой вещи перед кредитором обеспечивается тем, что право собственности на вещь «задерживается» у кредитора. При дефолте должника кредитор удовлетворяется, изымая вещь у должника. Такие варианты можно обозначить как *обеспечительное удержание права собственности*.

В случае с оговоркой об удержании титула по ст. 491 ГК РФ в рамках купли-продажи или аренды с правом выкупа ближайшим аналогом является обеспеченный залогом долг не по займу, а по постоплате переданного покупателю продавцом товара (т.е., по сути, коммерческий кредит). Что же до выкупного лизинга, стороны могли бы оформить ту же, по сути, экономическую операцию и через заем: покупкой заемщиком данного имущества у некоего поставщика за счет привлеченного займа и с установлением на купленное имущество права залога в пользу финансирующей стороны.

(б) *Обеспечительная передача права собственности*. Вторая модель состоит в том, что должник привлекает у кредитора денежные средства, а в качестве обеспечения передает кредитору имущество, которое ранее принадлежало самому должнику. Здесь как раз мы имеем дело с классической обеспечительной фидуцией. Такая конструкция в общем виде в нашем законе не урегулирована, но закон знает отдельные ее проявления.

Речь здесь в первую очередь идет об обеспечительном факторинге (п. 2 ст. 829 и п. 2 ст. 831 ГК РФ), при котором фактор выдает клиенту денежный заем, а его требование по возврату финансирования обеспечивается за счет уступки клиентом фактору своего денежного требования к третьим лицам с тем, чтобы в случае невозврата финансирования фактор мог получить удовлетворение, реализуя полученные им права кредитора за счет взыскания с третьих лиц причитающегося по обязательству в свою пользу (или при наличии указания на то в договоре — за счет дальнейшей продажи таких прав). Подробнее об обеспечительном факторинге см. комментарий к п. 1 ст. 824, а также к п. 2 ст. 829 и п. 2 ст. 831 ГК РФ.

Кроме того, этой модели соответствует возвратный лизинг, допускаемый абз. 4 п. 1 ст. 4 Закона о лизинге (т.е. ситуация, когда собственник передает право собственности на свою вещь лизинговой компании, получает от лизинговой компании финансирование, а затем продолжает использовать вещь уже как лизингополучатель с условием о том, что полная выплата всех лизинговых платежей приводит к возврату к нему права собственности на данную вещь). Как отметил ВС РФ,

«продажа имущества с последующим одновременным принятием его в пользование по договору лизинга и необходимостью уплаты в течение определенного периода лизинговых платежей в целях обратного выкупа с экономической точки зрения является кредитованием покупателя продавцом... с временным предоставлением последнему титула собственника в качестве гарантии возврата финансирования и платы за него в виде процентов, что соответствует действующему законодательству» (Определение КЭС ВС РФ от 23 марта 2017 г. по делу № 307-ЭС16-3765(4,5)). Признает такую конструкцию законной и Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ (Определение КГД ВС РФ от 5 ноября 2013 г. № 48-КГ13-5).

К этой же модели в ряде случаев близок договор репо ценных бумаг (ст. 51.3 Закона о рынке ценных бумаг), по которому одна сторона продает другой ценные бумаги, получая за них деньги, а через какое-то время обязана выкупить эти ценные бумаги. Такие сделки заключаются в различных целях (в том числе в чисто спекулятивных), но часто они направлены на привлечение финансирования под титульное обеспечение (выкупая обратно ценные бумаги, изначальный продавец фактически тем самым возвращает полученное по первой части сделки финансирование, а за счет превышения установленной цены выкупа над ценой изначальной продажи еще и вознаграждает контрагента за предоставление возможности пользоваться полученным финансированием). Впрочем, назвать такой договор порождающим установление обеспечительной собственности не всегда легко. Дело в том, что в силу п. 17 ст. 51.3 Закона о рынке ценных бумаг по общему правилу сторона, приобретающая бумаги на первом этапе (на этапе финансирования), может ими свободно распоряжаться и не обязана держать их на своем счете, обратное должно быть установлено в договоре. Если блокировка бумаг не предусмотрена, квалификация этой конструкции в качестве обеспечительной собственности становится не столь однозначной. В то же время если такая блокировка установлена и при этом обеспечительная (а не спекулятивная) цель сделки очевидна, возникают основания говорить о титульном обеспечении денежного требования о возврате долгового финансирования.

Этот второй вариант (который можно обозначить как обеспечительную *передачу* права собственности) функционально еще более похож на заем, обеспеченный залогом, но с тем отличием, что долги получателя финансирования обеспечиваются передачей кредитору права собственности на имущество, ранее принадлежавшее должнику. Пока должник не вернет денежный долг, право собственности остается у кредитора. Когда же долг будет погашен, право собствен-

ности на предмет обеспечения возвращается должнику. Если же должник впадает в просрочку, кредитор может отказаться от возврата имущества, являвшегося объектом обеспечительной собственности, и удовлетвориться за счет окончательного оставления данного имущества в своей собственности или за счет продажи его третьим лицам, не используя сложные процедуры обращения взыскания, которые ему пришлось бы соблюдать, если бы речь шла о залоге. В такой ситуации долг должника погашается за счет стоимости предмета обеспечения и лишения должника права требовать его возврата.

(в) *Споры о допустимости титульного обеспечения.* Уже несколько лет не прекращаются в российском праве споры о политико-правовой обоснованности обеспечительной собственности. Есть сторонники легализации в законе таких конструкций, как удержание титула при купле-продаже, выкупной (в том числе возвратный) лизинг, аренда с правом выкупа, обеспечительные факторинг и репо, а также допустимости использования обеспечительной собственности в любых иных случаях на основании тезиса о свободе договора и незакрытом перечне способов обеспечения, указанных в ГК РФ (ст. 329). Но есть и активные противники обеспечительной собственности, которые выступают *de lege ferenda* за отмену всех или некоторых допускаемых сейчас законом конструкций финансирования с титульным обеспечением, против легализации использования обеспечительной собственности как непоименованного способа обеспечения в любых иных ситуациях и предлагают обороту ограничить свой выбор различными институтами классического кредитования (в форме займа, банковского или коммерческого кредита) под залог.

Аргументы и сторонников, и противников носят в основном политико-правовой характер. Сторонники упирают, помимо общих ссылок на конституционное значение принципа свободы договора, на а) неудобство залогового механизма, договоризну и громоздкость процедур обращения взыскания на предмет залога, которые могут себе позволить сопровождать только сильные кредиторы с мощным юридическим сопровождением, б) низкую эффективность механизмов продажи предмета залога с торгов, которая сейчас позволяет извлечь из заложенного имущества нередко намного меньше ее реальной стоимости, которую можно было бы извлечь при нормальной, не принудительной продаже, в) возможность привлечения более дешевого финансирования за счет более сильного и эффективного обеспечения и ряд других аргументов.

Противники же предлагают оставить в качестве вещного обеспечения лишь залог, в отношении которого сформирован в законе и проработан на практике (в том числе судебной) массив норм, пытающихся

сбалансировать интересы должника и кредитора. Они считают, что обход этого разработанного правового режима за счет использования вместо залога обеспечительной собственности приводит к разбалансировке отношений и ущемлению интересов должника, а также порождает правовой вакуум, который неизбежно придется заполнять путем применения по аналогии закона норм о залоге или конструирования каких-то новых и новых точечных решений, нацеленных на формирование сбалансированного и параллельного заемно-залоговому режиму финансирования с титульным обеспечением. Не проще ли заставить всех тех, кто желает привлечь финансирование или получить коммерческий кредит, используя вещное обеспечение, работать исключительно по отработанной заемно-залоговой модели? Отмечается также противниками и то, что обеспечительная собственность, взятая в чистом виде без необходимых адаптаций, оказывается более несправедливой по отношению к иным необеспеченным кредиторам должника, чем допускает более сбалансированный режим залога при банкротстве должника. Наконец, обращается внимание и на то, что конструкция титульного обеспечения лишает должника возможности использовать всю ценность своего имущества за счет последующего залога.

(г) Анализ основных отличий. Есть ряд фундаментальных отличий заемно-залоговой модели финансирования и финансирования с использованием титульного обеспечения, на которые стоит обратить внимание прежде всего.

Во-первых, модель финансирования под титульное обеспечение действительно не предполагает погашение долга за счет обращения взыскания на предмет вещного обеспечения и продажи его с торгов для извлечения денежной стоимости. Обеспечительная собственность позволяет кредитору либо оставить предмет обеспечения себе и отказаться от его возврата на случай дефолта должника, либо произвести отчуждение актива от своего имени по самой удобной для кредитора процедуре в случае дефолта должника и максимально быстро превратить обеспечение в деньги, не соблюдая достаточно громоздкую и нередко дорогостоящую процедуру обращения взыскания на предмет залога. Впрочем, в случае с вещами, находящимися во владении должника, кредитору сначала потребуется отобрать вещь для того, чтобы ее оставить себе или дальше спокойно продавать на обычных рыночных условиях, но в случае с имущественными правами или вещами, переданными во владение кредитору, положение последнего действительно удобнее, чем положение залогодержателя.

В этом состоит основное преимущество титульного обеспечения, ради которого большинство таких сделок и заключается. На контра-

сте процедура обращения взыскания на предмет залога посредством продажи с публичных торгов очень затратна, длительна и малоэффективна (насколько нам известно, на практике предмет залога продается с торгов чаще всего по цене ниже оценки, которую дает ему оценщик для определения начальной цены продажи).

Но оборотной стороной медали является то, что в рамках модели обеспечительной собственности может теоретически происходить нарушение принципа эквивалентности: присвоение кредитором имущества, ценность которого больше, чем сальдо долга, или оставление себе части цены, полученной кредитором от продажи имущества третьему лицу, в части, которая превышает сальдо обеспеченного долга. Применительно к залогоу это невозможно в силу императивного правила о *superfluum* (абз. 2 п. 3 ст. 334 ГК РФ), согласно которому «если сумма, вырученная в результате обращения взыскания на заложенное имущество, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю».

В принципе, эта проблема решаема, причем можно обсуждать разные варианты.

С одной стороны, можно установить подразумеваемое правило, согласно которому кредитор должен либо а) продать предмет обеспечения на разумных и рыночных условиях и вернуть должнику соответствующую сумму, превышающую сальдо обеспеченного долга, либо б) может оставить вещь себе, и при этом зачесть полученное в счет обеспеченного долга, а если стоимость этого имущества, определяемая по результатам независимой оценки, оказывается больше размера долга, — вернуть должнику образующуюся разницу. В рамках такой модели рост стоимости предмета обеспечения причитается должнику (все *superfluum* ему возвращается), но риск падения такой стоимости несет должник (непокрытый за счет стоимости предмета обеспечения долг остается на должнике). Этот вариант кажется логичным применительно к обеспечительной передаче права собственности, когда предмет обеспечения изначально принадлежал должнику и был передан на фидуциарных началах кредитору в целях обеспечения. Что-то подобное вытекает и из п. 15 ст. 53.1 Закона о рынке ценных бумаг применительно к репо. На похожий механизм исключения возможности неосновательного обогащения фактора в рамках обеспечительного факторинга прямо указано в п. 2 ст. 831 ГК РФ в отношении обеспечительного факторинга (здесь обеспеченный заемный долг клиента-заемщика погашается за счет полученных фактором от должника по уступленному в целях обеспечения денежных средств, отрицательная разница покрывается клиентом-заемщиком, а положительная разница воз-

вращается клиенту). Но судебная практика (п. 3–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17) применяет такой же подход и к лизингу, несмотря на то что здесь речь идет об обеспечительном удержании собственности.

С другой стороны, в контексте варианта купли-продажи вещей с удержанием права собственности или аренды с правом выкупа возможен вариант расторжения договора, прекращения долга должника и изъятия у него вещи по правилам ст. 453 ГК РФ с возвратом должнику выплаченных им ранее выкупных платежей за вычетом убытков. В таком случае должник не выигрывает от роста стоимости вещи, что в целом кажется логичным, ибо он никогда не был ее собственником. Но и здесь неосновательного обогащения кредитора не происходит: кредитор возвращает себе свою вещь, а должнику возвращаются уплаченные им платежи за вычетом убытков кредитора.

Как бы то ни было, очевидно, что в рамках титульного обеспечения кредитор не может неосновательно обогатиться. В случае с имущественными правами должник, недовольный возникновением обогащения на стороне кредитора, должен будет сам его атаковать, заявляя иск о возврате соответствующей разницы. В отношении вещей, которые находятся во владении должника, кредитору для получения возможности продажи предмета обеспечения по нормальной рыночной цене придется сначала отобрать вещь у должника¹, а для этого потребуются подавать иск в суд (например, об отобрании движимой вещи). Должник в ряде случаев может заявить встречный иск о взыскании неосновательного обогащения.

В общем и целом это очевидное решение, конечно, не снимает все проблемы. Кредитор может продать предмет обеспечения, получить деньги, а далее впасть в банкротство, и должнику денежное обогащение вернуть не получится. Но в целом острота кажущейся несправедливости титульного обеспечения в этом аспекте в некоторой степени снимается.

Во-вторых, применительно к тем вариантам титульного обеспечения, в рамках которых реализация обеспечительного потенциала осуществляется не посредством расторжения договора и возврата предоставленного имущества с обратным возвратом уплаченных платежей (как в случае с удержанием титула по купле-продаже), а путем погашения обеспеченного долга за счет ценности предмета титульного

¹ В принципе, он может и продать голый титул на вещь, не принимая на себя обязательство передать вещь во владение. В таком случае не он, а покупатель будет истребовать вещь у должника. Но на практике такая модель зачастую будет предполагать значительную скидку в цене.

обеспечения, возникает иная проблема. Может возникнуть вопрос об эффективности механизмов продажи предмета вещного обеспечения кредитором или оценки актива привлекаемым независимым оценщиком для выявления реальной стоимости предмета вещного обеспечения в сравнении с эффективностью продажи имущества с торгов, характерного для залога.

Продажа предмета обеспечения кредитором порождает определенные проблемы. Кредитор не заинтересован продавать актив по максимальной цене, ему вполне достаточно найти покупателя, готового заплатить сумму, равную причитающемуся ему долгу; ведь все, что он получит сверх этого, ему придется вернуть должнику. Ответом может быть право должника апеллировать к недобросовестности и неразумности поведения кредитора при отчуждении актива. Очевидно, что кредитор в такой ситуации имеет фидуциарные обязанности перед должником. Если будет доказано, что кредитор мог продать предмет обеспечения дороже, должник может претендовать на взыскание с кредитора большей суммы, чем та, которую кредитор фактически получил при продаже. Сейчас похожая идея отражена в абз. 2 п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17 применительно к выкупному лизингу.

Насчет варианта определения избытка, подлежащего возврату должнику и рассчитанного не на основе реальной продажи актива кредитором, а на основе отчета оценщика, следует заметить следующее. В ситуации, когда предметом титульного обеспечения является стандартизированный актив (например, акции публичной компании, облигации, типовая квартира и т.п.), описанный механизм выявления стоимости (оценка вместо торгов или прямой свободной продажи) представляется достаточно удобным и простым. Он выглядит лучше и дешевле, чем проведение торгов, и не сильно уступает варианту продажи актива кредитором. Когда есть развитый рынок абсолютных аналогов, должник в рамках модели обеспечительной собственности достаточно хорошо защищен, не хуже, а то и лучше, чем в ситуации, когда актив надо было бы продавать с торгов. При продаже с торгов предмета ипотеки тоже делается оценка для определения начальной продажной цены (подп. 3 п. 2 ст. 54 Закона об ипотеке), последняя устанавливается в размере 80% от этой определенной оценщиком цены, при повторных торгах, проводимых в ситуации неудачного проведения первых торгов (а это происходит по некоторым данным в большинстве случаев), начальная цена еще снижается на 15%. В итоге на практике в подавляющем числе случаев реальная цена покупки на торгах оказывается меньше цены, определенной оценщиком. Вместе с тем все это сопровождается

значительными издержками и потерей времени. Присвоение типового и стандартизированного предмета титульного обеспечения по рыночной цене, которая может быть относительно точно и легко определена, в этом плане может даже показаться более простым, дешевым и в целом достаточно сбалансированным механизмом.

Несколько отличается ситуация, когда речь идет об уникальном и сложном активе, в отношении которого нет рынка абсолютных аналогов (например, патент, доля в инновационной непубличной корпорации, право требования по обязательству и т.п.). Здесь оценка актива неким оценщиком является крайне условной, так как тот не может положиться на статистику цен на рынке абсолютных или крайне близких аналогов (т.е. отсутствует объективное мерило стоимости) и вынужден использовать спекулятивные приблизительные методики; оценки разных экспертов в такой ситуации могут различаться кардинально. Впрочем, в отношении таких активов и торги не являются эффективным механизмом извлечения стоимости из предмета обеспечения, ибо чаще всего уникальные и сложные активы продаются на публичных торгах намного ниже своей нормальной рыночной цены, которую можно было бы извлечь при обычной свободной продаже (из-за сжатых сроков, отсутствия заинтересованного участия организаторов торгов в тесном взаимодействии с потенциальными покупателями, невозможности получения заверений продавца и проведения нормального правового аудита и т.п.). Продажа на торгах, скажем, доли в ООО не позволит чаще всего извлечь более половины ее нормальной цены, которую можно было бы получить, если бы долю продавал ее собственник в результате проведения нормальных переговоров. И это неудивительно, так как это принудительная продажа, проводимая в сжатые сроки, собственник в ней активное и заинтересованное участие не принимает, нормальный *due diligence* организовать не получится, собственник не даст заверений, и покупатель фактически покупает кога в мешке. Часто такие сложные активы покупают на торгах по крайне заниженной цене те, кто близко с ними знакомы (аффилированные с залогодателем лица). Так что здесь мы сравниваем два крайне неэффективных механизма при отсутствии иной, более совершенной альтернативы. Какой из них лучше, сказать сложно.

Тем не менее выявление стоимости предмета обеспечения через оценку и возврат избытка в деньгах достаточно давно работает и в случае реализации прав залогодержателя при наличии в договоре соглашения о *lex commissoria* (праве залогодержателя присвоить себе предмет залога), допускаемого ст. 350.1 ГК РФ. Иначе говоря, уже с 2009 г. сам

залог более жестко не увязывается с продажей имущества с торгов. Так что в этом конкретном аспекте финансирование под залог и под титульное обеспечение перестали сильно различаться. Сторонники идеи торгов могут критиковать законодательное признание *lex commissoria*, но в заданных законодательных условиях запрещение титульного обеспечения только на основании того, что этот институт позволяет обойти требование проведения торгов, невозможно. Кстати, неудивительно, что в ряде зарубежных стран снятие запрета на *lex commissoria* влекло за собой одновременное законодательное признание конструкции обеспечительной фидуции (например, во Франции в начале XXI в.); это вполне логично, ибо одновременное сосуществование запрета на *lex commissoria* в залоговом праве и свободы конструирования обеспечительной передачи права собственности вряд ли возможно с точки зрения системной согласованности права.

Но есть одно «но». В законе закреплён ряд императивных ограничений, которые установлены в патерналистских целях во имя охраны интересов граждан-залогодателей (запрет на внесудебное обращение взыскания на единственное жилье гражданина, а также запрет на согласование *lex commissoria* и условий о прямой продаже залогодержателем предмета залога в договорах, в которых залогодателем выступает гражданин, не выступающий как предприниматель). Вопрос о том, насколько разумны сами эти ограничения, может обсуждаться. Но в заданных условиях использование сторонами механизма обеспечительной собственности нередко предопределяется желанием обойти необходимость соблюдения этих ограничений. Здесь вполне может обсуждаться *de lege lata* запрет на обход этих императивных норм с использованием обеспечительной собственности в договорах с должниками-гражданами (п. 1 ст. 10 ГК РФ), влекущий принудительную конверсию заключенной сторонами сделки в залог.

В-третьих, в рамках титульного обеспечения кредитор может в ряде случаев нарушить условия договора и произвести отчуждение предмета титульного обеспечения третьим лицам и, казалось бы, оставить должника без возможности приобрести право собственности, погасив свой долг. В случае с залогом должник остается собственником и такое развитие событий невозможно (за исключением редко используемого залога движимых вещей, где залогодержатель может неправомерно продать предмет залога третьему лицу, который окажется добросовестным приобретателем и защитится по ст. 302 ГК РФ от виндикации). При залоге возникает зеркальный риск недобросовестности залогодателя и вывода им предмета залога путем отчуждения третьим лицам, но в отношении большинства ценных активов (акции, доли в ООО,

недвижимость) это развитие событий блокируется за счет регистрации залога, а механизм публикации уведомлений о залоге значительно снижает такие риски и в отношении иных залоговых активов. Иначе говоря, при обычном залоге риск недобросовестности залогодателя не столь ярко себя проявляет, а залогодержатель просто не может произвести отчуждение (за исключением заклада), что создает для добросовестного залогодателя определенные гарантии в отношении того, что он не потеряет свой актив. В случае же с обеспечительной собственностью риск недобросовестности должника, передавшего свою собственность кредитору, как минимум в случае с акциями, долями в ООО и недвижимостью исключен (как и в случае с залогом), но сам должник оказывается в уязвимом положении, рискуя потерять возможность приобрести в собственность предмет обеспечения при недобросовестном его отчуждении формальным собственником (серьезный недостаток по сравнению с залоговым режимом).

Этот дисбаланс теоретически можно было бы смягчить: либо сформировав практику аннулирования сделок, совершенных обеспечительным собственником с третьими лицами, которые знали или со всей очевидностью не могли не знать о том, что такое отчуждение будет влечь неминуемое нарушение договорных прав должника на передачу или возврат ему этого имущества (по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ), либо сконструировав обременение недобросовестного покупателя правом ожидания должника на переход права собственности. В последнем случае неправомерное отчуждение предмета обеспечения не лишит должника возможности приобрести предмет обеспечения путем погашения своего долга. В контексте ситуации с выкупным (в том числе возвратным) лизингом или арендой с правом выкупа вопрос решается просто, за счет отнесения этих конструкций к разновидности аренды: при продаже предмета аренды права арендатора не затрагиваются, просто покупатель становится на место арендодателя по правилам ст. 617 ГК РФ.

В ситуации удержания титула по купле-продаже движимой вещи фигура добросовестного покупателя вещи возникает редко, ибо сама вещь не находится во владении кредитора. Так что аннулирование такой сделки по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ в рамках доктрины недобросовестной интервенции в чужие договорные отношения вполне вероятно. В качестве альтернативного решения возможно признание недобросовестного покупателя обремененным правом ожидания должника на приобретение права собственности в момент выплаты последнего платежа по графику рассрочки. Это возможно за счет применения правил о выкупном лизинге или аренде с правом выкупа

по аналогии закона. Впрочем, вопрос о том, какой из вариантов более логичен, заслуживает обсуждения.

Теоретически две указанные модели защиты должника (аннулирование сделки по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ или конструирование некоего следующего за вещью права ожидания) открыты и в отношении конструкций передачи в титульное обеспечение вещей (например, недвижимости) с сохранением владения за должником.

Для упрочения положения должника возможно также создание публичного реестра любых обеспечительных интересов (как залога, так и титульного обеспечения). Это желательно для оповещения контрагентов кредитора, что те или иные активы, которые формально принадлежат ему на праве собственности, на самом деле находятся у него на фидуциарной основе и обременены правом должника на возвращение этой собственности. Существование такого реестра минимизирует риски должника столкнуться с оппортунизмом кредитора, решившим в нарушение договора продать предмет обеспечения третьим лицам, и появлением фигуры добросовестного покупателя. Для этого достаточно расширить функционал ныне действующей системы регистрации уведомлений о залоге.

Иначе говоря, решение указанных проблем потребует некоторой настройки судебной практики, прояснения конкретного варианта защиты должника (аннулирование сделки с недобросовестным покупателем или конструирование некоего следующего за вещью права ожидания на ее приобретение по результату погашения долга), а в ряде случаев и законодательных решений (формирование публичного реестра таких обеспечительных конструкций). Но в целом сами проблемы не выглядят нерешаемыми.

В-четвертых, в рамках модели финансирования с титульным обеспечением возникает риск банкротства обеспечительного собственника, при котором данное имущество, казалось бы, оказывается в его конкурсной массе и должнику возвращено не будет. Данная перспектива делает положение должника крайне уязвимым. Эту проблему решить сложно, не признав на немецкий манер конструкции доверительной (фидуциарной) собственности, в рамках которой наличие у лица формальной собственности не означает, что при его банкротстве данное имущество будет затянато в его конкурсную массу (т.е., по сути, формирование двух имущественных масс под контролем одного лица), или не признав также непоименованное вещное право ожидания перехода (возврата) права собственности, которое обременяет имущество и следует за ним, в том числе при продаже с торгов при банкротстве формального собственника.

Применительно к лизингу в праве наметилось следующее решение. В п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17 функциональная и временная природа обеспечительной собственности применительно к выкупному лизингу была охарактеризована достаточно четко: «По общему правилу в договоре выкупного лизинга имущественный интерес лизингодателя заключается в размещении и последующем возврате с прибылью денежных средств, а имущественный интерес лизингополучателя – в приобретении предмета лизинга в собственность за счет средств, предоставленных лизингодателем, и при его содействии. Приобретение лизингодателем права собственности на предмет лизинга служит для него обеспечением обязательств лизингополучателя по уплате установленных договором платежей, а также гарантией возврата вложенного. По смыслу статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации... упомянутое обеспечение прекращается при внесении лизингополучателем всех договорных платежей...» Также, опять же применительно к лизингу, признаки того, что судебная практика начинает осознавать некоторую необычность права собственности в отношении предмета вещного обеспечения, можно увидеть и по ряду конкретных дел (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 14 мая 2013 г. № 17312/12). Но судебная практика не делает из этого вывода о том, что при банкротстве лизингодателя данное имущество из его конкурсной массы выпадает (т.е. право не идет по пути конструирования доверительной собственности), вместо этого оно обременяет данную вещь правом аренды, а следовательно, и правом ожидания перехода права собственности, следующими за вещью. Иначе говоря, банкротство лизингодателя по договору выкупного лизинга с затягиванием предмета обеспечения в конкурсную массу лизингодателя в принципе затронуть интересы должника не может. Данная вещь будет продана с торгов и должна приобретаться третьими лицами обремененной правами лизингополучателя (ст. 617 ГК РФ, п. 2 ст. 23 Закона о лизинге).

В случае аренды с правом выкупа арендная квалификация позволяет прийти к тому же выводу: имущество оказывается в конкурсной массе кредитора, но обременяется сохранением договорных прав должника (арендатора) при отчуждении предмета обеспечения, включая право должника на приобретение права собственности в случае выплаты всех положенных выкупных платежей.

То же, возможно, должно относиться к ситуации банкротства продавца по договору купли-продажи с условием об удержании титула (здесь ст. 617 ГК РФ может применяться по аналогии закона).

Но ситуация оказывается куда менее очевидной в ситуации банкротства фактора, стороны договора репо, получившей акции на первом этапе исполнения сделки, или кредитора по любой иной сделке, структурирующей *передачу* имущества должника в обеспечительную собственность кредитора (за исключением, пожалуй, возвратного лизинга, где арендная квалификация предполагает принцип следования). Пока высшие суды не решились признать, что собственность кредитора в подобных ситуациях в целом носит лишь формальный, фидуциарный и не вполне настоящий характер (а следовательно, предмет титульного обеспечения не входит в конкурсную массу кредитора) и не обрисовали комплексно правовой режим доверительной собственности (на манер немецкого или французского аналогов). Но нет ясности и в отношении применимости, намеченной в отношении выкупного лизинга, а также применимой к аренде с правом выкупа альтернативы затыгивания данного имущества в конкурсную массу кредитора, но его обременения правом ожидания должника на возврат права собственности с сохранением данного обременения при продаже предмета обеспечения с торгов третьим лицам. Суды пока не сформировали следующее за вещью право ожидания приобретения права собственности. Сложности здесь возникают во многом из-за доминирования в нашем праве (хотя нередко и оспариваемой) идеи о закрытом перечне вещных прав (*numerus clausus*). Если в случае с лизингом спасает конструирование лизинга в ГК РФ как разновидности аренды, открывающее доступ к ст. 617 ГК РФ о следовании в аренде, а в случае с удержанием титула это решение можно вывести из аналогии закона (конструкции очень похожи), то в отношении вариантов *передачи* имущества в обеспечительную собственность (за исключением возвратного лизинга) применение все той же ст. 617 ГК РФ куда менее очевидно, а при последовательном проведении в жизнь идеи *numerus clausus* затруднительно и создать *de lege lata* на уровне судебной практики аналогичное следование прав за вещью.

В общем, этот вопрос крайне интересен и требует прояснения. Не прояснив его и не сделав выбор одной из двух описанных моделей защиты должника, мы не можем сделать титульное обеспечение сбалансированным. В целом вариант с расширением подхода, выработанного в отношении арендных вариаций титульного обеспечения (право следования), кажется менее болезненным и более простым решением, чем формирование концепции доверительной собственности.

Как бы то ни было, при реализации любого из двух описанных решений (признание конструкции доверительной собственности, предполагающей непопадание предмета обеспечения в конкурсную

массу кредитора, являющегося формальным собственником, или обременение предмета обеспечения следующим за правом собственности на данное имущество вещным правом должника на приобретение права собственности после погашения долга) желательное принятие законодательного регулирования, устанавливающего правила опубликования титульного обеспечения (например, за счет расширения нынешней системы регистрации уведомлений о залоге до масштабов системы регистрации уведомлений о любых вещных обеспечениях). Это важно, чтобы кредиторы обеспеченного кредитора могли понимать, что принадлежащее последнему на праве собственности имущество обладает природой титульного обеспечения.

В-пятых, фундаментальное отличие заемного долга, обеспеченного залогом, с одной стороны, и долга, обеспеченного за счет титульного обеспечения, с другой, проявляется при банкротстве должника. Если банкротится должник-залогодатель, заложенное имущество оказывается в конкурсной массе должника, продается под контролем арбитражного управляющего с торгов по процедурам, установленным в Законе о несостоятельности (банкротстве), а кредитор по обеспеченному денежному требованию вынужден ждать, пока процедуры банкротства дойдут до стадии конкурсного производства и реализации конкурсной массы (на это может уйти не один месяц), и может не получить часть ему причитающегося в связи с тем, что законодательство о несостоятельности (банкротстве) принуждает его делиться частью стоимости, извлеченной из продажи заложенного имущества (в силу п. 1–2 ст. 138 Закона о несостоятельности (банкротстве) – 20–30%), с некоторыми другими кредиторами. Если же банкротится должник, передавший свое имущество в обеспечительную собственность кредитора, это имущество, казалось бы, не затягивается в конкурсную массу должника, и кредитор оказывается в намного более выигрышном положении, чем иные кредиторы должника, включая залоговых кредиторов. Он может не ждать окончания конкурсных процедур, а удовлетвориться, либо а) продав имущество третьим лицам без какого-либо контроля со стороны конкурсного управляющего или оставив актив себе по рыночной стоимости и зачтя таким образом извлеченную из предмета обеспечения стоимость в счет обеспеченного долга, либо б) расторгнув договор, изъяв предмет обеспечения из конкурсной массы должника и вернув в массу полученные выкупные платежи. В любом случае получается, что кредитор не должен делиться ничем с иными кредиторами должника.

Залог в определенной степени несправедлив, так как дает одному из кредиторов должника преимущество над другими, при этом суб-

ординация требований последних происходит без их согласия в нарушение принципа, согласно которому договор не может ухудшить права не участвующих в договоре третьих лиц. Но залог необходим современной финансовой системе и поэтому везде легализован. В то же время позитивное право пытается найти сложный баланс и в какой-то степени уменьшить последствия этой несправедливости при банкротстве должника за счет тонкой настройки режима залога (в том числе на стадии банкротства должника). Обеспечительная же собственность за счет «бегства» из этих правил о залоге позволяет попортить интересы необеспеченных кредиторов еще сильнее, т.е. увеличить масштаб несправедливости по сравнению с залогом.

Многие считают, что в контексте конструкций, обуславливающих обеспечительное удержание права собственности (удержание титула по купле-продаже, аренда с правом выкупа, выкупной лизинг за исключением возвратного), с таким преимущественным положением обеспеченного кредитора можно смириться. Например, продавец, столкнувшийся с банкротством покупателя, может расторгнуть договор купли-продажи с удержанием титула и потребовать возврата вещи (ведь последняя не принадлежит покупателю и не входит в его конкурсную массу), но при этом он должен вернуть в конкурсную массу должника полученные ранее платежи. Вопрос о возможности зачета требований продавца о возмещении убытков к требованию покупателю вернуть уплаченные платежи здесь более сложен (ибо такой зачет на стадии банкротства в российском праве пока запрещен, и, кроме того, такой зачет позволит продавцу возместить упущенную выгоду, которая согласно законодательству о несостоятельности (банкротстве) субординируется и не может быть возмещена из конкурсной массы наравне с обычными необеспеченными требованиями), но двусторонний возврат полученного по договору вполне может быть произведен, и кредиторы покупателя смогут претендовать не на вещь, а на возвращаемые в конкурсную массу покупателя платежи. Во многих других странах кредитор, чье требование обеспечено таким образом, действительно не рискует тем, что переданная должнику в рамках конструкции обеспечительного удержания собственности вещь в конкурсную массу должника не затягивается.

Куда более спорным является вопрос о том, должны ли мы мириться с преимущественным положением обеспеченного кредитора в ситуации тех или иных конструкций обеспечительной передачи права собственности (возвратный лизинг, репо и др.). Во многих правовых порядках право не мирится с этим, либо вовсе запрещая обеспечительную передачу права собственности, либо на случай банкротства должника

применяя те или иные решения, в той или иной степени стирающие отличия этой конструкции от залога. В частности, возможным решением этой проблемы является сохранение имущества за рамками конкурсной массы должника, но принуждение кредитора к внесению в конкурсную массу должника при банкротстве последнего соответствующей части (те самые 20–30%, которые в рамках залогового режима следовало бы отдать другим кредиторам) рыночной и определенной на основе отчета независимого оценщика стоимости данного имущества либо такой же части суммы, полученной самим кредитором от реализации данного имущества третьим лицам. Альтернативное решение, известное многим странам, – в принципе возвращение актива в конкурсную массу должника с переквалификацией прав кредитора в право залога (если мы признаем, что обеспечительная собственность не носит полноценный характер и на случай банкротства одной из сторон она трансформируется в залог). В последнем случае сама продажа предмета обеспечения будет происходить под контролем арбитражного управляющего. Вопрос о том, какой из вариантов является более приемлемым, требует дополнительного анализа.

На практике сейчас в случае с поименованными вариантами титульного обеспечения кредитор освобожден от необходимости делиться с иными кредиторами должника, что как минимум в случае с обеспечительной передачей права собственности вызывает ряд политико-правовых сомнений.

В-шестых, титульное обеспечение исключает возможность неоднократного использования предмета вещного обеспечения в целях извлечения с его использованием максимально возможного кредитного ресурса. Если, например, стоимость предмета вещного обеспечения равна 100, а сальдо долга всего 10, залогодатель мог бы взять новый кредит под последующий залог того же имущества. В случае с титульным обеспечением это невозможно. Безусловно, это следует отнести к недостаткам данной модели вещного обеспечения, но одного этого недостатка явно недостаточно, чтобы настроить правовую систему на борьбу с титульным обеспечением. Последующий залог сам по себе явление достаточно редкое. Кроме того, никто должника не заставляет выбирать такую модель обеспечения, при которой он будет лишен права установления последующего вещного обеспечения на тот же актив.

В-седьмых, залог носит акцессорный характер, и при уступке обеспеченного требования (а также при переходе права в силу закона) к новому кредитору обязательственное право переходит вместе с правом залога (п. 1 ст. 384 ГК РФ). Как в этом контексте работает механизм титульного обеспечения, не вполне понятно. Например, представим,

что продавец, продавший оборудование с условием об удержании титула, уступает третьему лицу свое требование по оплате. Переходит ли в такой ситуации к этому третьему лицу право собственности на используемое покупателем оборудование? В ряде стран титульное обеспечение неакцессорно. Новый кредитор получит необеспеченное право, если не договорится с первоначальным кредитором об одновременном переносе на него титула собственника на предмет обеспечения. В российских реалиях никакой ясности по данному вопросу нет. В то же время п. 1 ст. 384 ГК РФ сформулирован абстрактно: к новому кредитору по умолчанию переходят все обеспечительные права. Почему бы не применять эту норму и в тех случаях, когда обеспечением выступает право собственности? Вопрос требует проработки.

В одном из дел, рассмотренных ВС РФ, Суд не увидел оснований для перехода к третьему лицу, погасившему денежный долг лизингополучателя и получившему требование от лизингодателя в результате суброгации по правилам п. 2 и 5 ст. 313 ГК РФ, права собственности на предмет лизинга (Определение КГД ВС РФ от 19 июня 2018 г. № 18-КГ18-90).

(д) Промежуточные итоги. Как мы видим, различия между заемно-залоговой моделью финансирования и финансированием с использованием обеспечительной собственности достаточно существенны. Их можно отчасти сглаживать, либо все сильнее либерализуя залоговый правовой режим, либо вводя те или иные правовые уточнения в работу конструкции титульного обеспечения во имя обеспечения разумного баланса интересов сторон (и во многом сближая ее с режимом залога). Без необходимых корректив ни одна из двух моделей не работает совершенно.

Нет консенсуса по данному вопросу и за рубежом. Разные страны отвечают на все эти сложнейшие проблемы по-разному. Одни относятся к обеспечительной собственности лояльно. Другие считают обходом правил о залоге обеспечительную передачу права собственности, но признают конструкции обеспечительного удержания права собственности. Третьи разрешают титульное обеспечение, но считают, что в контексте обеспечительной передачи права собственности (в отличие от конструкций обеспечительного удержания собственности) у кредитора не полноценная, а доверительная, фидуциарная собственность, и поэтому на случай банкротства должника затягивают это имущество в его конкурсную массу, применяя к нему залоговый режим, а при банкротстве кредитора выводят его из конкурсной массы кредитора, т.е. считают, что на стадии банкротства не должно быть различий в режимах залога и обеспечительной собственности.

Российское право пока не определилось. В тех случаях, когда закон по тем или иным относительно случайным причинам прямо допустил отдельные вариации титульного обеспечения (удержание титула, выкупной лизинг, обеспечительный факторинг, репо и т.п.), разрозненно и несистемно какие-то из указанных вопросов решаются, но большинство из них пока так и остаются без ответа. Целостная и системно согласованная модель регулирования титульного обеспечения в российском праве пока не сложилась.

(е) Универсальная модель передачи права собственности на вещь в обеспечительных целях. Как мы видим, российский закон допускает множество конструкций, функционально реализующих модель титульного обеспечения. Модели удержания титула по купле-продаже, выкупного (невозвратного) лизинга и аренды с правом выкупа в общем и целом закрывают потребности в конструировании титульного обеспечения долга по постоплате приобретаемого имущества. Конструкции обеспечительного факторинга и обеспечительного репо с блокировкой купленных по первой части сделки ценных бумаг — потребности передачи в обеспечительную собственность обязательственных прав и бездокументарных ценных бумаг. Но как быть, если стороны желают сконструировать передачу кредиторю в обеспечение привлекаемого долгового финансирования движимых вещей или недвижимости?

Такая потребность на практике возникает часто в отношениях между гражданами с использованием в качестве предмета обеспечения жилой или иной недвижимости. Залоговый режим оказывается в глазах гражданина-займодавца слишком дорогим инструментом с точки зрения реализации прав кредитора на случай дефолта заемщика. Гражданам-кредиторам чисто психологически и экономически проще решиться дать другому гражданину в долг крупную сумму, если они понимают, что в обеспечение долга они получили титул собственника (как правило, речь идет о жилой недвижимости) и им не придется тратиться на юридическое сопровождение громоздкой и долгой процедуры обращения взыскания на предмет залога и продажу квартиры должника с публичных торгов. Мало кто из обычных граждан согласится дать заем своему знакомому, дальнему родственнику или коллеге на крупную сумму под залог квартиры, зная, через какие сложности на случай дефолта заемщика ему придется пройти при попытке обратить взыскание на квартиру по правилам о залоге и инициировать проведение публичных торгов (и особенно если заемщик объявит себя банкротом). Кроме того, такой прием позволяет кредиторам на первый взгляд обойти ряд императивных ограничений

в отношении свободы обращения взыскания на предмет залога (например, запрет на внесудебное обращение взыскания на единственное жилье гражданина, запрет на согласование *lex commissoria* в договорах, в которых залогодателем выступает гражданин, не выступающий как предприниматель, и др.), а также полностью, как кажется сторонам, исключает для кредитора риск банкротства должника. Насколько этот расчет оправдается, зависит от того, как такие конструкции будут восприниматься в судебной практике.

Как стороны оформляют такие отношения на практике, и как их воспринимают суды?

Во-первых, встречается использование уже упоминавшейся конструкции возвратного выкупного лизинга, допущенного Законом о лизинге (абз. 4 п. 1 ст. 4). На настоящий момент закон (п. 1 ст. 3 ГК РФ) не устанавливает никаких ограничений в отношении субъектного состава сторон договора лизинга. Это могут быть и простые граждане. Кроме того, Закон о лизинге (п. 2 ст. 3) допускает предоставление в лизинг любых непотребляемых вещей, включая здания и сооружения, а также квартиры и нежилые помещения (за исключением земельных участков и других природных объектов). Теоретически обычный гражданин может заключить с другим гражданином договор возвратного лизинга, по которому первый передает второму в собственность свою квартиру, но остается проживать в ней на условиях финансовой аренды, а полная выплата всех лизинговых платежей предоставит ему право требовать от кредитора совершения действий, направленных на регистрацию обратного перехода права собственности. ВС РФ, сталкиваясь с такой ситуацией, признавал сделку законной как применительно к сугубо коммерческим отношениям (Определение КЭС ВС РФ от 23 марта 2017 г. по делу № 307-ЭС16-3765(4,5)), так и в ситуации заключения сделки между гражданами (Определение КГД ВС РФ от 5 ноября 2013 г. № 48-КГ13-5).

Означает ли это, что возвратный лизинг и является тем самым универсальным инструментом передачи движимых и недвижимых вещей в обеспечительную собственность? Вопрос дискуссионный, равно как и дискуссионна сама идея именованная такой конструкции возвратным лизингом с подведением под правила ГК РФ и Закона о лизинге. Если наше право в целом склонится к признанию законности таких обеспечительных конструкций, может показаться логичнее формировать генеральный институт фидуции в обеспечительных целях как самостоятельный договорный тип, а не придавать небольшой оговорке в Законе о лизинге о возможности выкупного возвратного лизинга такое явно незаслуженное значение.

Эта конструкция может показаться привлекательной для сторонников титульного обеспечения тем, что она является поименованной. Суду сложно опрокидывать эту конструкцию, опирающуюся на прямое указание в законе. Но, как представляется, исключить возникновение к ней у судов серьезных вопросов в ситуации, когда должником является гражданин, не выступающий как предприниматель, и особенно когда речь идет о передаче в обеспечительную собственность единственного жилья, нельзя, так как нельзя не увидеть, что эта конструкция позволяет обходить установленные в нормах о залоге императивные запреты на *lex commissoria* и условия о внесудебном обращении взыскания на имущество граждан.

Более того, вызывает беспокойство то, что такая практика позволяет финансовым учреждениям обходить требования законодательства о потребительском займе (кредите) и те гарантии, которые оно устанавливает в интересах защиты слабой стороны (заемщика-потребителя). Такой обход формально проявляется в том, что речь идет о заключении не договора займа, а договора возвратного лизинга. Эта проблема представляется достаточно серьезной и требует решения. Одним из таких решений является запрет на использование возвратного лизинга в отношениях с гражданами-потребителями, другим — переквалификация договора в потребительский заем с применением всего набора норм Закона о потребительском займе (кредита). На момент написания настоящего текста данный вопрос пока не решен.

Во-вторых, в рамках другой и крайне, на наш взгляд, сомнительной конструкции должник заключает с кредитором именно договор займа, а в обеспечение своего долга перерегистрирует на кредитора свою квартиру (или иное имущество) на основании договора купли-продажи, прописывая, а иногда просто подразумевая, что если заемщик долг не вернет, то кредитор может не возвращать объект обеспечительной собственности, а если должник долг вернет, то он имеет обязательственное право требовать обратного отчуждения прав собственности на данное имущество.

Здесь нет никаких сомнений в том, что речь идет о займе, и спор возникает только в отношении признания или непризнания свободы конструирования непоименованного обеспечения в виде обеспечительной передачи права собственности на основании договора купли-продажи вместо традиционного залога. В похожей ситуации Президиум ВАС РФ в Постановлении от 6 октября 1998 г. № 6202/97 увидел основания для применения правил о притворности сделки: он признал, что отчуждение имущества в обеспечение долга по кредитному договору прикрывает залог. КГД ВС РФ по одному делу в 2013 г.

признала правомерной квалификацию нижестоящим судом продажи недвижимости в целях обеспечения долга по договору займа в качестве притворной сделки (Определение КГД ВС РФ от 30 июля 2013 г. № 18-КГ13-72). Но по другому делу буквально через несколько месяцев та же Коллегия высказывалась, наоборот, в пользу допустимости такого непоименованного способа обеспечения долга заемщика и отвергла довод о притворности такой сделки (Определение КГД ВС РФ от 29 октября 2013 г. № 5-КГ13-113). В одном из недавних определений КГД ВС РФ отчуждение права собственности на квартиру в обеспечение долга заемщика по договору займа вновь было признано притворной сделкой, прикрывающей залог (Определение КГД ВС РФ от 9 января 2018 г. № 32-КГ17-33).

По большому счету схема с куплей-продажей имущества в обеспечение заемного долга действительно выглядит нелепо: купля-продажа на самом деле прикрывает передачу собственности в целях обеспечения заемного долга — ту самую обеспечительную фидуцию, отдельные проявления которой нашли закрепление в различных поименованных конструкциях (например, обеспечительный факторинг), общая модель которой в законе пока не представлена. И именно в эту непоименованную конструкцию суд и должен переквалифицировать ту самую куплю-продажу по правилам ст. 170 ГК РФ о притворных сделках. Но вопрос стоит в отношении того, а законна ли сама прикрываемая непоименованная сделка передачи имущества в обеспечительную собственность? Не следует ли и ее признавать ничтожной как совершенную в обход правил о залоге и конвертировать правовые отношения в конечном итоге в обычный залог? Как мы видим, устойчивая практика пока не сложилась, но риск столкновения с негативным отношением судов высок. Сложится практика окончательно, видимо, тогда, когда в нашем праве возникнет определенность в отношении самой законности той самой обеспечительной собственности за рамками прямо признанных в законе ее разновидностей, а также сформируется четкое понимание в отношении допустимости обхода императивных правил о залоге, запрещающих внесудебное обращение взыскания на единственное жилье гражданина и *lex commissoria* в договорах залога, в которых залогодателем является гражданин, не выступающий как предприниматель, за счет использования непоименованных моделей обеспечительной передачи собственности.

В-третьих, в рамках еще одного встречающегося на практике варианта стороны не именуют свой договор займом, но оформляют отношения по модели, схожей с конструкцией репо, только отчуждая не ценные бумаги, а ту же квартиру: иначе говоря, получение финан-

сирования опосредуется договором продажи, а возврат — согласованной под условием внесения выкупной цены, в которую заложено и вознаграждение кредитора, обратной продажей права собственности. Чаще всего это делается путем заключения двух договоров купли-продажи. По первому из них квартира переоформляется на контрагента, уплачивающего за нее цену X , а в рамках второй через какое-то время эта квартира подлежит обратной продаже по цене $X + n$, где n — это *de facto* вознаграждение за пользование полученным по первой сделке капиталом. При этом право пользоваться квартирой, как правило, сохраняет за собой изначальный собственник. Отбирать у него данное имущество (путем подачи иска о выселении) первый покупатель начинает только тогда, когда владелец не сможет заплатить за обратное приобретение данного имущества, и этот второй договор на обратную продажу будет расторгнут. Кредиторы, видимо, считают, что выселить бывшего собственника из ставшей своей квартиры им будет легче, чем обращаться на эту квартиру взыскание в судебном порядке.

Следует ли такие договоры переqualифицировать в заем, обеспеченный залогом? Этот вопрос в полной мере не решен, так как наше право в целом не определилось в вопросе о допустимости конструирования непоименованных в законе вариантов обеспечительной собственности в целом и в обеспечение долга гражданина, не выступающего в качестве предпринимателя, в частности. Судебная практика колеблется. Ранее подобные сделки становились предметом рассмотрения КГД ВС РФ, но однозначной позиции Коллегия не высказывала (Определение КГД ВС РФ от 25 марта 2014 г. № 18-КГ13-172). В Определении КГД ВС РФ от 21 ноября 2017 г. № 5-КГ17-197 Суд указал на наличие оснований для признания такого договора недействительным по правилам ст. 10 и ст. 168 ГК РФ. Есть масса решений нижестоящих судов, которые признавали такие «репообразные» сделки с жильем по правилам ст. 170 ГК РФ в качестве притворных и прикрывающих заем, обеспеченный залогом квартиры.

Пока в нашем праве консенсус не выработан, а судебная практика, как мы видим, колеблется. В этих условиях говорить об однозначности переqualификации таких сделок в заем, обеспеченный залогом, рано, но вероятность подобного развития событий с учетом самых последних актов КГД ВС РФ достаточно высока (как высока и вероятность того, что вследствие такой переqualификации между сторонами останется заемный долг, но вместо обеспечительной собственности кредитор не получит и права залога).

Не исключено, что применительно ко всем трем вышеописанным моделям конструирования передачи должником своих вещей в собст-

венность кредитора в обеспечение привлекаемого от кредитора денежного финансирования суды, не запрещая такие договоры в целом и не вступая в конфликт с базовой идеей свободы договора, в будущем все же склоняется к негативному отношению к таким договорам в тех случаях, когда речь идет о передаче своего имущества в обеспечительную собственность гражданами, не выступающими в качестве предпринимателей (или только в ситуации, когда речь идет о передаче такими гражданами прав на единственное жилье). Но возможно и утверждение более жесткого подхода с тотальным запретом всех непоименованных вариантов титульного обеспечения.

При этом если окончательно утвердится отрицательное отношение к описанным вариантам титульного обеспечения вообще или как минимум применительно к ситуации, когда вещи в обеспечительную собственность передает гражданин, не выступающий как предприниматель, практика может пойти а) по пути признания таких сделок притворными по ст. 170 ГК РФ с переквалификацией в ту сделку, которую стороны имели в виду (заем, обеспеченный залогом), б) по пути признания таких сделок совершенными в обход закона, по сути, с той же переквалификацией в обеспеченный залогом заем, а также в) по пути признания элемента титульного обеспечения в качестве недействительного по ст. 10 и 168 ГК РФ. Кажется более точным вариант «б», но анализ практики показывает, что он далеко не доминирует в решениях, в которых суды дают негативную оценку обеспечительной собственности. В любом случае, как представляется, было бы справедливо, чтобы переквалификация сопровождалась фиксацией в судебном решении преобразования права обеспечительной собственности в право залога (при недействительности по ст. 10 и ст. 168 ГК РФ — по сути, в результате конверсии недействительного титульного обеспечения в максимально приближенный законный аналог, коим является право залога). Это важно для того, чтобы кредитор, потерявший обеспечительную собственность, мог произвести регистрацию такого залога в ЕГРН или ином правоустанавливающем реестре или реестре уведомлений о залоге. Сейчас на практике это происходит далеко не всегда. Вместе с тем блокирование конверсии и лишение кредитора того обеспечения, на которое он мог бы рассчитывать по закону вместо того, на который стороны согласились (т.е. права ипотеки в отношении квартиры заемщика вместо обеспечительной собственности на квартиру), было бы не совсем справедливым, за исключением случаев, когда праву имеет смысл наказать кредитора (например, в ситуации вопиющих злоупотреблений, допущенных кредиторами в отношении заведомо

неискушенных заемщиков, предоставивших титульное обеспечение под влиянием недобросовестного поведения займодавца).

1.11. Субординация требований займодавца при банкротстве должника. Достаточно острой является проблема квалификации займов, нередко предоставляемых хозяйственному обществу ее ключевыми участниками или иными контролирующими лицами (в первую очередь бенефициарами, контролирующими компанию через цепочку других юридических лиц) в целях первичного инвестирования, финансирования ее текущей деятельности или каких-то отдельных проектов либо выхода из ситуации краткосрочного дефицита ликвидности. Российский закон не запрещает такие формы предоставления заемного финансирования, несмотря на то что участники могли бы воспользоваться и иной опцией, принять решение об увеличении уставного капитала и докапитализировать общество таким более традиционным способом.

Возвратное заемное финансирование принципиально отличается от инвестиций в капитал общества по ключевым правовым аспектам, каждая из таких моделей имеет свои преимущества и недостатки в глазах сторон таких сделок. Так что у сторон здесь имеется определенная свобода выбора. Проблема возникает тогда, когда компания впадает в банкротство. Согласно ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве) к конкурсным кредиторам не относятся участники должника *по требованиям, вытекающим из такого участия*. Соответственно, корпоративные требования акционеров (участников) не могут тенснить требования внешних кредиторов в реестре требований кредиторов (далее — РТК), так как участники несут риск банкротства своего бизнеса. Эта норма в первую очередь касается требования о выплате начисленных дивидендов и иных подобных сугубо корпоративных требований. Но что, если участники финансировали свою компанию посредством заемной модели? Можно ли говорить, что и такое требование «вытекает из участия» и, соответственно, в РТК не включается?

В разных странах по данному вопросу имеются различные решения, от признания равенства таких заемных требований акционеров и требований «внешних» кредиторов до жесткой субординации таких заемных требований участников (последнее характерно, например, для Германии). Есть страны, которые реализуют более тонкие решения, основанные на выяснении обстоятельств предоставления займа и широкой степени судебного усмотрения при определении справедливости субординации в конкретных обстоятельствах (например, Англия).

Российский закон данный вопрос пока не проясняет. В то же время судебная практика начала в последние годы складываться. Сперва в Определении КЭС ВС РФ от 6 августа 2015 г. № 302-ЭС15-3973

ВС РФ занял либеральную по отношению к контролирующему акционеру позицию, не признал заемное требование «связанным с участием» и допустил в случае доказанности его реального существования включение такого требования в РТК наравне с требованиями «внешних» кредиторов.

Но впоследствии судебная практика начала меняться. В известном Определении КЭС ВС РФ от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556(2) Суд уточнил свою старую позицию 2015 г. и посчитал, что к требованиям, связанным с участием, могут быть отнесены и те, которые формально имеют заемную природу, но не могли бы возникнуть, если бы займодавец не участвовал в капитале должника. Но назвать это определение кардинальным разворотом на 180 градусов нельзя, так как ВС РФ попытался закрепить в определении ряд критериев тонкой дифференциации предоставленных займов. Суд указал следующее: «При оценке допустимости включения основанных на договорах займа требований участников следует детально исследовать природу соответствующих отношений, сложившихся между должником и займодавцем, а также поведение потенциального кредитора в период, предшествующий банкротству. В частности, предоставление должнику денежных средств в форме займа (в том числе на льготных условиях) может при определенных обстоятельствах свидетельствовать о намерении займодавца временно компенсировать негативные результаты своего воздействия на хозяйственную деятельность должника. В такой ситуации заем может использоваться вместо механизма увеличения уставного капитала, позволяя на случай банкротства формально нарастить подконтрольную кредиторскую задолженность с противоправной целью последующего уменьшения в интересах должника и его аффилированных лиц количества голосов, приходящихся на долю независимых кредиторов, чем нарушается обязанность действовать в интересах кредиторов и должника». Соответственно, по мнению Суда, «при таких условиях с учетом конкретных обстоятельств дела суд вправе переqualифицировать заемные отношения в отношении по поводу увеличения уставного капитала по правилам пункта 2 статьи 170 Гражданского кодекса Российской Федерации либо при установлении противоправной цели – по правилам об обходе закона (пункт 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, абзац 8 статьи 2 Закона о несостоятельности (банкротстве)), признав за прикрываемым требованием статус корпоративного, что является основанием для отказа во включении его в реестр».

Иначе говоря, данное определение потребовало от судов детального анализа причин предоставления займа и допустило исключение из РТК

заемных требований акционеров не во всех случаях. При этом субординация в силу применения такого подхода проявляется не в понижении очередности, а в полном исключении требований участников из РТК (поэтому далее для простоты мы будем продолжать использовать термин «субординация» с известной долей условности). Как бы то ни было, признать выделенные критерии притворности и, соответственно, субординации достаточно ясными, конечно, не получается. Судьба заемных требований акционеров стала выглядеть крайне неясно.

Впоследствии ВС РФ еще несколько раз обращался к этой теме, предписывая исключение заемных требований участников к своему обществу, возникших в результате предоставления участниками займа обществу в кризисной для общества ситуации нехватки ликвидности, из РТК за счет признания такого займа притворной сделкой, прикрывающей увеличение уставного капитала (определения КЭС ВС РФ от 21 февраля 2018 г. № 310-ЭС17-17994(1,2), от 15 февраля 2018 г. № 305-ЭС17-17208, от 12 февраля 2018 г. № 305-ЭС15-5734(4,5)). Из данной практики следовало, что ключевая причина субординации займа состояла в том, что участник предоставил своему обществу денежные средства на возвратной основе в условиях кризисной для общества ситуации, пытаясь таким образом обеспечить общество ликвидностью и тем самым спасти от банкротства (так называемый спасительный заем). Этот подход не кажется логичным. Как будет показано ниже, необходимость субординации требований из добросовестных спасительных займов как раз может вызывать дискуссии, а вот субординация требования, вытекающего из займа, который участник внес в самом начале существования своей компании в качестве *de facto* первичных инвестиций в развитие, выглядит абсолютно необходимой. Из указанных же определений ВС РФ вырисовывалась прямо противоположная картина: инвестиции, осуществленные на начальном этапе и в ходе нормального развития событий в виде займов, при банкротстве общества не признаются сделками в обход закона (или притворными сделками) и не субординируются, что стимулирует участников выбирать именно такой способ инвестирования в свой бизнес вместо более естественного увеличения уставного капитала; при этом оформленные в виде займов инвестиции, осуществленные в кризисной ситуации для спасения своего бизнеса, субординируются.

Позднее в Определении КЭС ВС РФ от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413 позиция Суда претерпела еще одно изменение и ужесточилась. ВС РФ указал, что при рассмотрении спора об установлении требований в РТК применяется повышенный по отношению к обычному стандарт доказывания реальности долга, а далее зафиксировал,

что при рассмотрении требований о включении в РТК требований «неминоритарных» акционеров (участников) применяется еще более строгий стандарт доказывания. По мнению ВС РФ, такие акционеры (участники) «должны не только представить ясные и убедительные доказательства наличия и размера задолженности, но и опровергнуть наличие у такой задолженности корпоративной природы, в частности, подтвердить, что при возникновении долга они не пользовались преимуществами своего корпоративного положения (например, в виде наличия недоступной иным лицам информации о финансовом состоянии должника, возможности осуществлять финансирование в условиях кризиса в обход корпоративных процедур по увеличению уставного капитала и т.д.). Целью судебной проверки таких требований является исключение у суда любых разумных сомнений в наличии и размере долга, а также в его гражданско-правовой характеристике». Иначе говоря, участник, претендующий на установление своего заемного требования в РТК, должен доказать а) реальный и нефиктивный характер долга, а также б) то, что такой заем не носил «корпоративный» характер. То есть предмет доказывания здесь шире, чем при установлении обычных требований в РТК, но, что немаловажно, и стандарт доказывания, по мнению Суда, здесь выше: доказать оба этих обстоятельства он должен настолько убедительно, что у суда не останется никаких разумных сомнений, что речь здесь идет о реально предоставленном обычном займе, который предоставил бы компании на таких же условиях любой другой займодавец.

Далее эта позиция о повышенном стандарте доказывания некорпоративной природы займа нашла развитие в Определении КЭС ВС РФ от 7 июня 2018 г. № 305-ЭС16-20992(3). Суд указал, что «несмотря на то, что заемные отношения между обществом и его участником законодательством допускаются, общество-займодавец, заявляя о включении задолженности по займу в реестр, обязано, помимо прочего, обосновать экономическую целесообразность предоставления денежных средств своему участнику на возвратной основе. При ином подходе остаются неразрешенными сомнения заинтересованных лиц в намерении должника путем манипулирования денежными средствами подконтрольного ему общества искусственно нарастить кредиторскую задолженность на случай своего банкротства с целью последующего уменьшения количества голосов, приходящихся на долю независимых кредиторов. Такое поведение явно свидетельствует о недобросовестности сторон заемных отношений, что достаточно для отказа во включении требований в реестр». При этом, по мнению суда, при доказывании таких обстоятельств должен применяться не стандарт

доказывания «ясные и убедительные доказательства», характерный для споров об установлении требований в РТК, а более высокий стандарт, применимый к установлению в РТК требований неминоритарных участников общества-должника.

Заметно, что в этих двух определениях ВС РФ уже не считает предоставление займа в кризисной для общества ситуации (так называемый спасительный характер займа) единственным и ключевым условием для переквалификации заемного требования по правилам ст. 170 ГК РФ и исключения их из РТК. Вместо этого Суд указывает на необходимость учета конкретных обстоятельств, т.е. открывает простор для различных дискуссий на тему обоснованности субординации в конкретной ситуации.

Вопрос об уместности использования в данном контексте повышенного стандарта доказывания не самый простой, здесь мы его оставим за скобками¹. Важно другое: с учетом последних определений можно говорить, что российская судебная практика постепенно приходит к консенсусу в отношении необходимости исключения требований контролирующих должника лиц (мажоритарных участников или участников, имеющих ту или иную значимую долю участия) из РТК при банкротстве их собственной корпорации, но приходит несколько витиеватым способом, через «черный ход». Вместо того чтобы просто признать заемные притязания таких участников связанными с участием в корпорации по смыслу ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротства) и субординировать (как то имеет место, например, в Германии), Суд начал закреплять крайне неопределенные критерии дифференциации обычного займа от займа, предоставленного в связи с участием в корпорации, а далее возложил на участника обязанность доказывать «вне разумных сомнений», что его требование проходит через этот крайне неопределенный тест. Именно на участнике лежит

¹ Тезис о том, что повышение уровня убедительности входящих в предмет доказывания обстоятельств по таким категориям споров является следствием применения некоего повышенного стандарта доказывания, спорен. Можно описать ту же идею ВС РФ и в рамках иного понятийного аппарата: в силу высокой априорной вероятности фиктивности такого займа, а также использования займодавцем в том или ином (надо признать, не вполне четко проясненном в данном определении) ключе своего положения контролирующего должника лица участнику, желающему убедить суд в наличии оснований для включения требования в РТК с точки зрения *обычного стандарта доказывания*, требуются куда более убедительные доказательства, чем в более типичной ситуации взыскания рядового заемного долга. Здесь срабатывает очевидная логика: маловероятные обстоятельства должны доказываться более убедительными доказательствами, чем обстоятельства типичные. В то же время могут быть выдвинуты и аргументы в пользу объяснения данного феномена именно повышением самого стандарта доказывания. Эта проблематика выходит за рамки настоящего комментария.

бремя доказывания нефиктивности долга и «некорпоративной» природы займа. Если в отношении нефиктивности ситуация более или менее ясна, то со столь высоким бременем доказывания отсутствия у займа признаков «корпоративности» займодаvcу будет крайне сложно справиться с учетом применения максимально повышенного стандарта доказывания и, что даже более важно, в силу неясности того, что же, собственно, ему надо доказать, чтобы отвести любые разумные сомнения в отношении «корпоративности» займа (что бы это ни значило).

В то же время следует признать, что судебная практика ВС РФ по данному вопросу крайне подвижна и пока окончательно не устоялась. Так что практикующим юристам следует внимательно за ней следить.

Как все эти тенденции можно оценить?

Отраженная в определениях ВС РФ идея о притворности займов, прикрывающих увеличение уставного капитала, кажется неверной по существу. Заем не может прикрывать увеличение уставного капитала, так как это абсолютно разные правовые конструкции. В рамках займа акционер не получает в обмен на предоставляемое им дополнительное финансирование дополнительные голоса и иные корпоративные права. Соответственно, воля сторон договора не была направлена на порождение тех правовых последствий, которые связаны с увеличением уставного капитала. Заем здесь ничего не прикрывает, а просто структурирует ту правовую конструкцию, которую стороны действительно имели в виду.

Более того, применение ст. 170 ГК РФ приведет к выводу о ничтожности займа и применению к отношениям сторон правил о прикрываемой сделке, т.е. об увеличении уставного капитала. Но так как необходимые для увеличения уставного капитала формальности не соблюдены (например, решение об увеличении уставного капитала не принималось, и никакой допэмиссии акций зарегистрировано не было), мы оказываемся один на один с выводом о том, что якобы прикрываемое увеличение уставного капитала также ничтожно, а предоставленное финансирование не имеет под собой правового основания и должно быть истребовано акционером по правилам о реституции. Но это позволит акционеру установить свои требования в РТК, только уже как реституционные (или кондикционные), удовлетворяемые наравне с требованиями иных необеспеченных и непривелегированных «внешних» кредиторов, т.е. то, что Суд и пытается, собственно, заблокировать.

Более того, аргумент о ничтожности по правилам о притворности не верен еще и потому, что он означает, что такая сделка может быть

признана ничтожной и вне какой-либо связи с банкротством. Ведь ничтожная сделка не имеет правовых последствий как таковая, для констатации ничтожности нет необходимости в вынесении какого-либо судебного акта и учета какого-либо последующего развития событий (в данном случае — возбуждения дела о банкротстве заемщика). Наличие порока сделки определяется на момент ее совершения. Если представить себе, что при определенных условиях договор займа признается притворным и прикрывающим докапитализацию общества за счет увеличения уставного капитала, то участник-займодавец, вдруг решив вернуть деньги досрочно (например, после того как он продал свою долю участия), может пойти следующим путем: обнаружив, что его заем соответствует неким выработанным в судебной практике критериям, обуславливающим вывод о притворности, он может сослаться на ст. 170 ГК РФ, а затем за счет применения императивных правил о прикрываемой сделке (увеличении уставного капитала), требующих принятия соответствующих решений общего собрания участников об увеличении уставного капитала, подвести суд к выводу о ничтожности и этой сделки увеличения уставного капитала, а затем потребовать досрочного возврата переданных обществу денег по правилам о реституции. В той же мере и общество может пойти по тому же пути в целях обоснования возможности досрочно вернуть деньги, избавиться от начисления процентов по займу и «стряхнуть» обеспечения. Оба варианта развития событий кажутся не вполне приемлемыми.

Предоставление участниками общества займа своему собственному обществу — вполне нормальная сделка. В ней как таковой нет ничего порочного. И нет никакой необходимости сводить все богатство различных способов финансировать свое общество к увеличению уставного капитала. Вопрос состоит лишь в том, чтобы субординировать такие требования при банкротстве заемщика.

Не вполне верной является и упомянутая в одном из указанных актов ВС РФ (Определение КЭС ВС РФ от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556(2)) в целях обоснования исключения требования акционера из РТК ссылка на обход закона. Вполне возможно, что акционер предоставлял своей компании заем (вместо увеличения уставного капитала) не с целью обойти нормы Закона о банкротстве, а в силу иных причин. Например, ситуация требовала безотлагательного финансирования и отсутствовало время на принятие решения о доэмиссии акций, или принятие такого решения было затруднено тем, что у данного акционера не было необходимого для принятия подобного корпоративного решения большинства голосов. Это, как представляется, не должно

влечь изменение подхода к вопросу о включении или невключении таких требований в РТК.

В целом сама наметившаяся в ряде определений ВС РФ 2018 г. тенденция, которая отражает поворот к более критическому отношению к установлению в РТК требований контролирующих должника лиц, кажется верной. Но более правильным и простым в условиях действующего законодательства кажется отказ в установлении требований таких участников в РТК на основании толкования положения ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве). Займы, которые участники хозяйственного общества, обладающие сколько-нибудь значимой долей участия в данном обществе, предоставляют последнему, объясняются, обуславливаются их участием в капитале данной компании. Иное просто трудно себе представить. А если так, то здесь вполне применимо положение указанной статьи о невключении в РТК при банкротстве корпорации требований участников, вытекающих из факта участия в этой корпорации. При этом то, на каких условиях предоставлялся заем (на льготных или исключительно рыночных), предоставлял ли займодавец рассрочки заемщику или предпринимал иные действия, которые могли бы свидетельствовать об особом характере отношений между заемщиком и займодавцем, не имеет отношения к делу. Равно как не исключает вывод о субординации и то, что заем был предоставлен на начальном этапе развития компании или в ходе ее нормальной деятельности, а не в период кризиса. Независимо от того, когда и на каких условиях участник решает инвестировать в свой собственный бизнес, его требования о возврате инвестиций должны уступать требованиям «внешних» кредиторов. Финансирование своей компании посредством займов вместо наполнения уставного капитала на этапе становления компании представляется не менее, если не более серьезным поводом для субординации таких требований на случай банкротства заемщика, чем предоставление спасительных займов в период кризиса. Более того, как представляется, если и допускать какие-то исключения из возможного правила о субординации, то это может быть как раз ситуация спасительного займа, хотя и в данной ситуации стоит очень хорошо подумать, прежде чем допускать такое исключение (подробнее см. ниже).

Иначе говоря, заемные требования неминоритарных участников корпорации должны не в порядке какого-то исключения, основанного на применении ст. 170 ГК РФ о притворности сделки или правил п. 1 ст. 10 ГК РФ об обходе закона, а *по общему правилу* исключаться из РТК. С политико-правовой точки зрения эта позиция представляется наиболее убедительной.

Во-первых, несправедливо уравнивать в РТК требования «внешних» кредиторов и требования участников, под контролем которых корпорация и дошла до банкротства. Любой порядочный участник в ситуации, когда его бизнес рухнул, должен прилагать все усилия к тому, чтобы прежде всего удовлетворить требования «внешних» кредиторов (поставщиков, банков и т.п.) настолько, насколько это вообще возможно, и не имеет моральных прав теснить требования этих кредиторов и снижать шансы на удовлетворение их требований, устанавливая в РТК собственные притязания к своей же корпорации, основанные на договоре займа или любом ином договоре, который он заключил с этой корпорацией. Как представляется, любой порядочный предприниматель должен поступать именно так. Участник корпорации должен отвечать за неуспех своего предприятия в пределах своих инвестиций. Не столь важно, как эти инвестиции были оформлены. Это моральный аргумент в пользу субординации.

Во-вторых, такой жесткий подход снижает шансы на успешное мошенничество и установление в РТК фиктивных требований. Участнику и контролируемой им корпорации в процессе «подготовки к банкротству» очень легко составить фиктивный документооборот и даже круговорот безналичных денег, создающий видимость предоставления заемного финансирования и позволяющий акционеру контролировать банкротство своей корпорации за счет установления в РТК собственных требований к этой корпорации (например, деньги по займу зачисляются на счет корпорации, а затем достаточно быстро аналогичная сумма выводится из корпорации в форме, например, обналичивания, а сами наличные возвращаются в итоге контролирующему акционеру). Доказать все эти обстоятельства в российских процессуальных реалиях нередко достаточно сложно. А вот жесткий запрет *ex ante* на установление в РТК требований акционеров (участников) просто исключает эффективность таких схем как минимум в их самых откровенных и примитивных формах. В контексте российских реалий этот мотив для введения субординации имеет особенно важное значение. Это правозащитный аргумент в пользу субординации.

В-третьих, субординация дестимулирует участников оттягивать возбуждение дела о банкротстве своего общества, пытаясь вливать средства в безнадежный бизнес-проект и искусственно поддерживать его на плаву, позволяя тем самым увеличивать внешнюю задолженность общества, а следовательно, и число тех «внешних» кредиторов, которые в случае банкротства останутся у разбитого корыта. Это экономический аргумент в пользу субординации.

В-четвертых, отказ от субординации будет приводить к тому, что практика создания корпораций с символическим уставным капиталом, наполняемых стартовыми инвестициями за счет заемного финансирования участниками, будет продолжаться. Нет никакого смысла инвестировать в ООО за счет взносов в уставной капитал, если можно делать то же через заем с тем преимуществом, что в случае банкротства инвестиции будут возвращаться на равных с внешними кредиторами началах и участник сможет в той или иной степени сохранить контроль над своим банкротством. Распространение такой практики приводит к расширению проблем защиты прав кредиторов банкрота и девальвации тех гарантий их прав, которые закреплены в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) (в том числе в положениях о приоритете требований внешних кредиторов над корпоративными требованиями самих участников), а также к фрустрации принципа, в силу которого участники корпорации несут риск в пределах своих инвестиций. При финансировании общества по заемной модели участники не рискуют своими инвестициями более, чем внешние инвесторы, что достаточно странно.

Против субординации может быть приведен лишь один существенный аргумент — о том, что распространение практики субординации стимулирует участников спасать свои компании, попавшие в ситуацию острого финансового дефицита, но объективно способные избежать банкротства в случае привлечения заемного капитала. Действительно, можно предположить, что как минимум некоторое число участников в подобной ситуации, выбирая между докапитализацией своей компании за счет увеличения уставного капитала и неминуемой в этом случае субординацией на случай банкротства, с одной стороны, и предоставлением займа, с другой, выбрали бы второе, если бы субординация займов не производилась, но воздержались бы от обоих вариантов докапитализации, если бы точно знали, что в случае безуспешности попытки спасения их требования будут неминуемо субординированы.

Трудно сказать, насколько существенен этот негативный побочный эффект. Тут требуется статистическое исследование. Но, возможно, данное замечание стоит учесть и вывести из-под действия правила об исключении из РТК заемные требования участников, если займодавец сможет убедительно доказать, что а) заем предоставлялся в кризисной ситуации острого дефицита свободных средств в корпорации, б) объективных оснований для немедленной инициации процедуры банкротства вместо попытки спасения корпорации не было, в) у займодавца имелись все разумные основания предполагать, что предо-

ставление займа может поспособствовать исключению риска впадения корпорации в банкротство и снизить ущерб для иных кредиторов. Пусть даже этот конкретный «спасительный заем» и не оправдал себя и в конечном итоге не спас корпорацию от банкротства, возможно, есть смысл все-таки вознаградить участника за *потенциально* полезную для иных кредиторов попытку спасения своей корпорации.

Например, представим, что корпорация из-за спорного и оспариваемого ею списания крупной недоимки по налогам сталкивается с ситуацией отсутствия достаточных свободных денег для погашения кредита согласно графику, продажа же своих неденежных активов по разумной цене потребует значительного времени. Намечающаяся же просрочка в погашении кредита может дать банку право на акселерацию долга (т.е. досрочное истребование всего кредита), что может также запустить цепочку таких же акселераций по требованиям других банков (при наличии в этих договорах ковенантов «кросс-дефолт»)¹, а это приведет к банкротству корпорации. Мажоритарный акционер во имя спасения своей корпорации от неминуемого банкротства решает погасить долг перед банком, предоставляя в такой форме этой корпорации заем. В принципе, это поведение обладает признаками поведения, влекущего позитивные экстерналии (побочные эффекты) в отношении интересов остальных кредиторов корпорации. Если впоследствии по каким-то причинам корпорация все-таки впадет в банкротство (возможно, далеко не сразу и по иным причинам), есть некоторые основания к требованиям, возникшим из таких «спасительных займов», относиться более благосклонно.

Да, поведение участника, который пытается установить в РТК свое требование, вытекающее из подобного «спасительного займа», в ущерб интересам «внешних кредиторов» остается все столь же сомнительным с моральной точки зрения, но именно в ситуации добросовестных и экономически оправданных «спасительных займов» против субординации может возникнуть аргумент экономического плана — о стимуляции социально полезного поведения. Дело в том, что, если в одном случае такой «спасительный заем» не привел к реальному «спасению», это не значит, что в девяти других случаях корпорацию не удастся действительно увести от риска краха и отвести риск оставить «внешних» кредиторов этой корпорации без удовлетворения. Возможно, имеет смысл в таких условиях те «спасительные займы», которые в конечном итоге не помогли спасти корпорацию, но при ретроспективной оценке кажутся рациональными и оправданными, исключать из-под

¹ О данном ковенанте см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ.

действия постепенно формирующегося в судебной практике правила жесткой дискриминации займов участников. Иначе в следующий раз у корпораций, попавших в схожее положение, будет меньше шансов договориться со своими акционерами о предоставлении таких срочных «спасительных займов», что в итоге может увеличить число возбужденных дел о банкротстве в отношении реально работающих корпораций и в конечном итоге ударить по интересам работников, кредиторов, а иногда и целых регионов (например, в случае с градообразующими предприятиями). Впрочем, этот вопрос требует более серьезного обсуждения. Дело в том, что есть определенные сомнения в том, что суды будут в состоянии адекватно оценить предложенные выше критерии выведения «спасительного займа» из-под общего правила о субординации и отличить добросовестные и потенциально эффективные «спасительные займы» от непродуманных попыток искусственно оттянуть неизбежный крах или мошеннических способов искусственно создать «бумажную» задолженность, контроль над которой может позволить участнику потеснить внешних кредиторов в процессе контроля над конкурсным производством.

Остается сделать лишь несколько дополнительных замечаний.

Во-первых, исключению из РТК надо подвергать заемные требования мажоритарных акционеров (участников), а также любых акционеров, чья доля участия предполагает возможность оказывать влияние на управление корпорацией (т.е. неминоритарные участники). В частности, если банк контролирует 20% капитала корпорации и дает этой корпорации кредит, требование банка в случае банкротства такой корпорации необходимо исключить из РТК. Исключением может являться ситуация, когда доля участия займодавца в капитале заемщика мала настолько, что сколько-нибудь значимое участие данного участника в управлении исключено. Например, речь может идти о случае, когда кредит публичному акционерному обществу предоставляет банк, который, как оказалось, на момент заключения договора владел микропакетом акций данного общества. Если нет никаких сомнений в том, что заем (кредит) предоставлялся вне какой-либо связи с фактом участия займодавца (банка) в капитале заемщика (т.е. совпадение этих обстоятельств чисто случайно) и при этом займодавец (банк) в силу крайне незначительной доли участия в капитале не мог оказывать сколько-нибудь существенное участие в управлении заемщиком, исключение таких требований из РТК вряд ли оправданно. Возможно, по примеру ряда стран (например, Германии) на уровне закона следовало бы закрепить некий четкий порог «неминоритарности». Пока данный вопрос в полной мере не прояснен. В Определении КЭС

ВС РФ от 30 августа 2018 г. № 305-ЭС17-18744(2) ссылка займодавца компании на незначительную (5%) долю ее участия в деятельности заемщика была отвергнута, поскольку установлено наличие в уставе заемщика положений о повышенном пороге голосов, необходимых для принятия решений по вопросам, отнесенным к компетенции общего собрания участников заемщика (решения принимаются единогласно независимо от размера доли в уставном капитале должника). Эта позиция от обратного намекает на то, что при стандартном содержании устава и достаточности простого большинства голосов для принятия корпоративных решений суд отказал бы в субординации. Но делать какие-либо окончательные утверждения по данному вопросу пока преждевременно.

Во-вторых, исключению из РТК должны подлежать требования не только акционеров, но и бенефициаров корпорации, контролирующей корпорацию косвенно, через цепочку других юридических лиц. Этот вывод может быть обоснован расширительным телеологическим толкованием ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве).

В-третьих, требуется задуматься над вопросом об исключении из РТК не только требований контролирующих должника лиц, но и иных аффилированных с должником лиц. Например, речь здесь может идти о займе, предоставленном корпорации ее дочерним обществом или компанией, входящей с заемщиком в единый холдинг, а также займе, предоставленном корпорации ее собственным руководством. Впрочем, обосновать этот вывод ссылкой на ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве) уже более затруднительно.

В-четвертых, при банкротстве гражданина есть очень серьезные сомнения в допустимости установления в РТК заемных требований, которые к заемщику имеют проживающие с заемщиком члены его семьи. Такое решение возможно на основании положений ст. 10 ГК РФ.

В-пятых, видимо, правильнее было бы в описанных ситуациях говорить не об исключении требований из РТК, а о субординации таких требований по отношению к иным, «внешним» кредиторам.

В-шестых, следует выработать решения по вопросу применения субординации к требованиям, установленным в РТК лицом, которое не контролирует общество, но приобрело заемное требование у контролирующего общества лица в результате цессии или универсального правопреемства. На первый взгляд субординированность требования должна сохраняться и при правопреемстве. Иное просто бы лишило бы идею субординации смысла: акционеру было бы достаточно уступить свое требование, чтобы избежать применения правил о субординации.

Подводя итог, следует заметить, что вопреки некоторым определениям ВС РФ займы, предоставляемые корпорации ее участниками, не следует считать ничтожными в силу притворности по правилам ст. 170 ГК РФ или квалифицировать в качестве сделок, совершенных в обход закона. Такие договоры должны считаться абсолютно полноценными и законными гражданско-правовыми сделками; проблему же субординации требований таких участников при банкротстве корпорации следует решать иными средствами, не ставя под сомнение действительность и обычный гражданско-правовой эффект такой сделки.

Остается только отметить, что российское законодательство (ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности) предусматривает возможность заключения договоров субординированного займа (кредита), в котором займодавец изначально соглашается с тем, что его требование будет субординировано по отношению к требованиям других кредиторов при банкротстве заемщика. Эта норма распространяется на случаи предоставления займов или кредитов банку или иной кредитной организации. Но мы не видим каких-либо принципиальных возражений против того, что и в случае предоставления займа иному лицу стороны могут договориться, что требование займодавца на случай банкротства заемщика будет автоматически субординировано по отношению к иным требованиям «внешних» кредиторов заемщика или вовсе прекращено. Такое соглашение не ухудшает, а улучшает положение иных кредиторов на случай банкротства должника.

1.12. Дополнительные источники регулирования обязательственных отношений сторон договора займа. Помимо норм гл. 42 ГК РФ о займе и кредите и общих положений ГК РФ о сделках, договорах и обязательствах к договорным отношениям заемного и кредитного характера подлежат применению в том числе и следующие законодательные акты:

– в отношении договоров микрозайма – Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях, который в силу п. 7 ст. 807 ГК РФ может устанавливать особенности правового режима таких договоров, отличные от общих норм ГК РФ о займе;

– в отношении потребительских кредитов и займов – Закон о потребительском кредите (займе), который в силу п. 7 ст. 807 ГК РФ может устанавливать особенности правового режима таких договоров, отличные от общих норм ГК РФ о займе);

– в отношении облигационных займов – Закон о рынке ценных бумаг;

– в отношении специфики ипотечных кредитов – Закон об ипотеке;

– в отношении займов, выдаваемых ломбардами, – Закон о ломбардах;

- в отношении синдицированных кредитов и займов – Закон о синдицированном кредите (займе);
- в отношении банковских кредитов – некоторые положения Закона о банках и банковской деятельности (например, ряд правил ст. 29) и др.

2. Валютный заем. Согласно ст. 140 и 317 ГК РФ платежи между российскими гражданами и юридическими лицами должны осуществляться в рублях. Использование иностранной валюты в качестве средства расчетов возможно лишь в случаях, предусмотренных в законе. То же относится и к займам, предоставленным в иностранной валюте. Причем следует обратить внимание на то, что пункт говорит об иностранной валюте и *валютных ценностях*. К последним в силу ст. 1 Закона о валютном регулировании и валютном контроле относятся не только иностранная валюта, но и некоторые категории ценных бумаг (например, ценные бумаги, удостоверяющие долг в иностранной валюте, акции или облигации иностранных эмитентов и др.)

2.1. Валютная оговорка. Норма п. 2 ст. 807 ГК РФ в силу п. 2 ст. 317 ГК РФ не исключает возможность заключения договора денежного займа, в котором сумма займа (в случае с консенсуальным займом – валюта долга займодавца) выражается в иностранной валюте, но сам расчет предусматривается в рублях в сумме, эквивалентной указанной сумме иностранной валюты с пересчетом по курсу Банка России или иному указанному в договоре курсу (валютная оговорка). Такие договоры достаточно распространены в российской договорной практике, не противоречат валютному законодательству и признаются судами. Подробный разбор проблематики ст. 317 ГК РФ и конструкции валютной оговорки выходит за рамки комментария к настоящей норме¹.

При этом в подобной ситуации из-за колебания курса может сложиться и, скорее всего, сложится ситуация, когда сумма реально полученного заемщиком в рублях займа окажется меньше или больше суммы, уплата которой погасит его долг. Эта девиация от общего правила о совпадении предоставляемой и возвращаемой по договору займа сумм не является настолько критичной, чтобы исключить квалификацию договора в качестве договора займа (см. также подп. «а» и «в» п. 1.4 комментария к настоящей статье). А соответствующий разрыв в суммах не должен квалифицироваться как поставленное под условие проше-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 132–137 (авторы комментария к ст. 317 ГК РФ – А.Г. Карапетов, А.А. Павлов).

ние долга (если возвращаемая сумма оказывается меньше полученной от займодавца) или часть встречного вознаграждения, уплачиваемого заемщиком (в случае если возвращаемая сумма оказывается больше).

Также не исключает квалификацию договора в качестве займа условие договора о том, что заем предоставляется в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме иностранной валюты по курсу на момент предоставления займа (или иному указанному в договоре курсу), а возврат будет осуществляться либо той рублевой суммой, которую заемщик фактически получил, либо рублевого эквивалента указанной расчетной суммы иностранной валюты по курсу Банка России на момент возврата по выбору одной из сторон (см. подп. «в» п. 1.4 комментария к настоящей статье).

Участникам оборота следует только иметь в виду, что в случае резкой и существенной девальвации валюты долга (как правило, это иностранная валюта) или валюты платежа (как правило, это рубль) одна из сторон оказывается несущей существенный финансовый риск. Курсовые колебания могут быть в российских реалиях очень существенны и непредсказуемы, чему мы все неоднократно были свидетелями за последние годы. Здесь следует учитывать, что теоретически возможное применение в такой ситуации ст. 451 ГК РФ как инструмента расторжения или изменения договора в связи с существенным изменением обстоятельств на практике затруднено, так как в российской судебной практике устоялся достаточно ограничительный подход к применению данной статьи. Суды считают, что в подобных случаях отсутствует отраженный в ст. 451 ГК РФ критерий непредвидимости изменения обстоятельств. История российской финансовой системы за годы, прошедшие с момента перехода к рыночной экономике и либерализации валютной политики, демонстрирует колоссальные колебания курсов. Соответственно, любой более или менее профессиональный участник оборота (как минимум если он является коммерсантом) должен понимать, что если такие скачки курсов происходили с изрядным постоянством ранее, то они могут произойти и после заключения их договора, содержащего валютную оговорку. Таким образом, шансы на применение ст. 451 ГК РФ достаточно малы. Данную практику следует полностью поддержать в ситуациях, когда речь идет о сугубо коммерческих договорах. Более подробный разбор этой проблематики выходит за рамки настоящего комментария¹.

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 1094–1102 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Если договор займа содержит указание на иностранную валюту долга, но не указывает прямо на перечисление денег в рублях по тому или иному курсу, в ситуации, когда расчеты в иностранной валюте между сторонами не допускаются, судебная практика исходит из наличия подразумеваемой валютной оговорки (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2.2. Выплата займа или его погашение в иностранной валюте. Но что, если договор займа предусматривал предоставление в заем иностранной валюты и возврат суммы займа в той же иностранной валюте? Здесь на сцену выходит валютное законодательство. Если оно допускает расчеты в иностранной валюте между данными участниками оборота, такая сделка законна.

При этом, если был предоставлен в иностранной валюте и это соответствует валютному законодательству, долг подлежит погашению заемщиком или взысканию с него в той же иностранной валюте. Произвольная замена судом предмета взыскания на рублевый эквивалент перечисленной в качестве займа валютной суммы неправомерна (определения КГД ВС РФ от 3 октября 2017 г. № 4-КГ17-50 и от 13 сентября 2016 г. № 18-КГ16-102).

Но что же валютное законодательство говорит о допустимости использования иностранной валюты в расчетах?

Согласно ст. 6 Закона о валютном регулировании и валютном контроле расчеты в иностранной валюте между резидентами и нерезидентами по общему правилу (за рядом исключений) допускаются. Иначе говоря, российские компания или гражданин, являющийся российским резидентом, могут предоставить валютный заем иностранному гражданину-резиденту или иностранной компании, и наоборот.

Если же речь идет о договорах займа, заключенных между российскими резидентами, то по общему правилу расчеты в иностранной валюте здесь незаконны (ст. 9 Закона о валютном регулировании и валютном контроле). Вместе с тем та же ст. 9 указанного Закона содержит множество исключений, ряд из которых применимы к договорам займа.

Так, среди этих исключений имеется и указание на законность заключения между российскими уполномоченными банками и российскими резидентами договоров валютного кредита и займа, а также приобретения российскими резидентами у уполномоченных банков векселей, выданных этими же банками (ч. 3 ст. 9). Кредитование российских граждан и организаций российскими же банками в иностранной валюте достаточно распространено, погашаться такие кредиты

должны в соответствующей иностранной валюте (Определение КГД ВС РФ от 13 сентября 2016 г. № 18-КГ16-102, вошедшее в Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017), утвержденный Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г.).

Также ч. 2 ст. 9 Закона о валютном регулировании и валютном контроле разрешает валютные переводы между уполномоченными банками. Из этого следует, что такие банки могут выдавать друг другу валютные кредиты.

В силу п. 12 ч. 1 ст. 9 Закона о валютном регулировании и валютном контроле законным является перевод физическим лицом — резидентом иностранной валюты из Российской Федерации в пользу иных физических лиц — резидентов на их счета, открытые в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, в суммах, не превышающих в течение одного операционного дня через один уполномоченный банк суммы, равной в эквиваленте 5 тыс. долл. США по официальному курсу, установленному Банком России на дату списания денежных средств со счета физического лица — резидента, за исключением ряда указанных в законе случаев. Эта норма применима и к договорам займа.

Кроме того, из содержания п. 17 ч. 1 ст. 9 того же Закона следует, что законным является перевод физическими лицами — резидентами иностранной валюты со своих счетов, открытых в уполномоченных банках, в пользу иных физических лиц — резидентов, являющихся их супругами или близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками), полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами, усыновителями и усыновленными), на счета указанных лиц, открытые в уполномоченных банках либо в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации. Эта норма со всей очевидностью применима и к переводам, осуществляемым по договору займа, заключенным между указанными лицами.

Более подробный анализ подобных исключений выходит за рамки настоящего комментария, так как здесь мы уйдем в нюансы валютного законодательства.

Из всего вышесказанного следует, что гражданин, являющийся российским резидентом, а равно российская организация не могут предоставить другому российскому резиденту-гражданину или российской организации заем в иностранной валюте, если нет оснований для применения одного из указанных в Законе о валютном регулировании и валютном контроле исключений.

Если консенсуальный договор займа прямо предусматривает именно выплату заемщику суммы в иностранной валюте (т.е. недвусмысленно указывает на выплату займа в иностранной валюте), но это противоречит валютному законодательству, признание судом недействительным данного условия договора «не влечет признания недействительным договора в целом, если можно предположить, что договор был бы заключен и без этого условия (статья 180 ГК РФ). В этом случае, если денежное обязательство не было исполнено, валютой платежа считается рубль» (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Иначе говоря, в такой ситуации недействительный пункт договора о выдаче займа в иностранной валюте заменяется на условие о валютной оговорке: валютой долга остается указанная в договоре иностранная валюта, но валютой платежа считается рубль с применением в качестве критерия пересчета официального курса Банка России на момент платежа. Данный подход (по сути, так называемая конверсия недействительного условия в максимально приближенный по содержанию действительный аналог) представляется адекватным. Аннулирование сделки в целом в такой ситуации вряд ли является пропорциональной реакцией и не должно презюмироваться; логичнее признавать ничтожным только пункт о платеже в иностранной валюте и производить его конверсию, если только не очевидно, что стороны не заключили бы договор с валютной оговоркой.

Но что, если незаконный заем в иностранной валюте уже был фактически предоставлен? Как представляется, здесь также нет оснований признавать недействительным весь договор и присуждать реституцию уплаченного вопреки установленным в договоре срокам возврата займа? Обязательство заемщика вернуть заем в такой ситуации остается в силе, но в силу вышеуказанных разъяснений ВС РФ подлежит конверсии в обязательство вернуть займодавцу в положенный срок рублевую сумму, эквивалентную полученной от займодавца сумме иностранной валюты по курсу Банка России на момент возврата. Присудить возврат долга в той иностранной валюте, которая была фактически получена заемщиком, в ситуациях, когда погашение займа в иностранной валюте противоречит валютному законодательству, суд не может, ибо иначе он будет присуждать к совершению незаконных действий. Если такой договор займа предусматривал уплату процентов, их расчет должен осуществляться в привязке к валютной сумме, но уплата производится также в рублях по курсу Банка России на момент уплаты. Удовлетворить такой иск о возврате долга и погашении процентов в иностранной валюте суд может только тогда, когда установлено, что возврат долга и (или) процентов в валюте допускается

валютным законодательством (п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Нередко, осознавая это, займодавцы, предоставившие вопреки валютному законодательству заем в иностранной валюте, и не пытаются взыскивать долг в этой валюте, а сразу подают иск о возврате рублевого эквивалента. Такие иски российскими судами обычно удовлетворяются (Определение КГД ВС РФ от 22 августа 2017 г. № 45-КГ17-9).

2.3. Комбинированные варианты. Как уже отмечалось в подп. «д» п. 1.4 комментария к настоящей статье, если финансирование на легальных основаниях предоставлялось в одной валюте, а погашение долга было предусмотрено в иной валюте, такое содержание договора абсолютно законно, но договор не может квалифицироваться в качестве договора займа, так как откровенно не соблюдается ключевой квалифицирующий признак займа — возвратный характер заемного предоставления (возвращаться должно такое же по качественным характеристикам имущество, что было предоставлено займодавцем). При несовпадении объектов предоставления мы имеем не заем, а обменный договор (вопрос о том, идет ли здесь речь о договоре мены или купле-продаже, в российском праве не вполне прояснен). Соответственно, нормы о займе здесь напрямую не применяются. При этом тот факт, что стороны назвали свой договор займом, данный вывод не колеблет, ибо квалификация договора осуществляется на основе анализа соответствия содержания сделки квалифицирующим признакам поименованных договорных конструкций, а не на основе слепого следования тому названию, которое стороны решили дать своему контракту.

Более сложным является случай, когда предоставлялась сумма в одной валюте, а возврат был предусмотрен либо в той же, либо в иной валюте с пересчетом по указанному в договоре курсу с предоставлением права выбора в таком альтернативном обязательстве одной из сторон, а также случай, когда выбор одной из двух валют для погашения заемного долга согласно договору происходит не по воле одной из сторон, а предопределен наступлением тех или иных условий. Обе конструкции вполне законны, но не вполне ясно, можно ли в таких ситуациях говорить о займе или об обменном договоре (о данной проблеме мерцающей каузы см. подп. «д» п. 1.4 комментария к настоящей статье выше).

3. Право на отказ от договора до выдачи займа. Комментируемый пункт устанавливает случаи, когда займодавец и заемщик могут отказаться от договора до момента фактического предоставления займа.

3.1. Право займодавца на отказ от договора. В случае, когда речь идет о реальном договоре займа, вопрос о праве займодавца отказаться

от договора до выдачи займа по естественным причинам не встает: до момента выдачи займа договора попросту нет, займодавец не связан, даже если он оформил с заемщиком письменный или устный договор, и, соответственно, займодавцу не от чего отказываться.

Ситуация становится несколько иной в случае с консенсуальным займом. В такой ситуации займодавец обязан выдать заемщику имущество и может после заключения договора, но до выдачи займа отказаться от договора полностью или частично «при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок». Эта норма, вступившая в силу 1 июня 2018 г. одновременно с легализацией консенсуальных займов, по сути, дублирует положение п. 1 ст. 821 ГК РФ, которая ранее устанавливала аналогичное право банка на отказ от договора кредита (который, как известно, является консенсуальным договором). Соответственно, сейчас в ГК РФ имеются две эти идентичные нормы: одна для консенсуального займа, другая — для кредита. Целесообразность такого дублирования сомнительна настолько, насколько сомнительна сама идея разведения норм о займе и кредите (подробнее см. п. 1.5 комментария к настоящей статье). Тем не менее в условиях существования такого раздвоения регулирования наличие подобной нормы в правилах о займе нельзя не признать разумным. Впрочем, если бы она не появилась в ГК РФ с 1 июня 2018 г., нет никаких сомнений в том, что суды применяли бы положение п. 1 ст. 821 ГК РФ о кредитах по аналогии закона.

Сама отраженная в комментируемой норме и п. 1 ст. 821 ГК РФ идея превентивного отказа является развитием общей идеи предвидимого нарушения, нашедшей свое частное проявление также и в п. 2 ст. 328 ГК РФ, согласно которому сторона вправе отказаться от исполнения своего обязательства, если другая сторона, пусть еще и не нарушила свое встречное обязательство, но возникли обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что такое нарушение произойдет в будущем (так называемое предвидимое нарушение договора). Данная идея хорошо известна и зарубежному праву (ст. III.—3:504 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА, ст. 71–72 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.).

Пункт 2 ст. 328 ГК РФ говорит о встречных обязательствах, т.е. о взаимных обязательствах сторон синаллагматического договора. Можно ли отнести обязанность займодавца (банка) выдать заем и обязанность заемщика вернуть заем к категории встречных обязательств, находящихся в синаллагматической (обменной) договорной связи, вопрос теоретически спорный. Но, безусловно, отношения

крайне близки по своей природе. Соответственно, при отсутствии в ГК РФ норм п. 3 ст. 807 и п. 1 ст. 821 ГК РФ положение п. 2 ст. 328 ГК РФ должно было бы применяться по аналогии закона. С учетом наличия этих специальных норм в аналогии закона нет необходимости.

(а) Очевидность предвидимого нарушения. Условием реализации права на отказ от договора при предвидимом нарушении является возникновение обстоятельств, делающих очевидным то, что возврат займа или кредита в намеченный срок не состоится. Соответственно, возникшие обстоятельства должны создавать такую угрозу нарушения заемщиком в будущем своего обязательства вернуть заем в срок, настолько значительное увеличение кредитного риска, что любое разумное лицо признало бы эти обстоятельства убедительными и заслуживающими внимания, степень повышения кредитного риска (т.е. риска невозврата займа) достаточно высокой, а соответствующую реакцию в виде превентивного отказа соразмерной полученной информации. Нет необходимости квалификации возникших обстоятельств в качестве влекущих полную невозможность возврата займа в случае его предоставления — достаточно значительного повышения кредитного риска.

Иначе говоря, данную норму следует понимать как устанавливающую право займодавца на превентивный отказ от договора в ситуации, когда после заключения консенсуального договора займа или кредита и до выдачи займа (кредита или его очередного транша) возникли обстоятельства, существенно повышающие уровень того кредитного риска, из которого исходил займодавец (банк), заключая договор.

При этом, как представляется, аналогичное право на отказ от договора должно возникать и тогда, когда сами обстоятельства уже имели место на момент заключения договора, но займодавец не знал и не должен был знать о них. Например, если после заключения договора консенсуального займа займодавец узнает о том, что представленная заемщиком при ведении переговоров финансовая отчетность является недостоверной, займодавец вправе отказаться от договора в силу комментируемой нормы. Но если соответствующие обстоятельства имели место на момент заключения договора и займодавец знал или должен был знать о них в этот момент, впоследствии он не может сослаться на эти обстоятельства при попытке отказаться от договора по правилам комментируемой нормы.

Самая типичная ситуация использования таких средств защиты при предвидимом нарушении возникает тогда, когда заемщик еще до выдачи займа прямо заявляет займодавцу о своем нежелании или неспособности вернуть в будущем заем, если он будет выдан. Как следует из абз. 2 п. 3

ст. 807 ГК РФ, договор может блокировать право заемщика, являющегося предпринимателем, произвольно отказаться от договора до выдачи займа, но сообщение заемщика о своем нежелании принимать заем (кредит), исполнять договор или неспособности вернуть заем в случае его предоставления может быть воспринято займодавцем (банком) как достаточное основание сомневаться в способности заемщика исполнить свое основное обязательство и предоставить ему право отказаться от договора на основании комментируемой нормы.

Другие типичные ситуации возможного применения комментируемой нормы возникают тогда, когда займодавец (банк) до выдачи займа (кредита) узнает о том, что у заемщика значительно ухудшилось финансовое положение, он просрочил возврат других кредитов или значительных займов, допустил нарушения своих иных обязательств перед займодавцем, у него отозвали ключевую лицензию, без которой ставится под сомнение устойчивость его бизнеса и, соответственно, его способность исполнить свои обязательства по договору займа в будущем, руководство заемщика обвиняется в серьезных уголовных преступлениях и т.п. К другим обстоятельствам, возникновение которых может с учетом конкретных обстоятельств свидетельствовать о возможном будущем невозврате займа (кредита), можно, в частности, отнести арест счетов заемщика или обращение взыскания по искам третьих лиц на основное оборудование, используемое в коммерческой деятельности заемщика, введение против заемщика санкций, ставящее под серьезную угрозу его финансовую устойчивость, и т.п.

Также, как представляется, отказ от выдачи займа или кредита на основании комментируемой нормы возможен и тогда, когда займодавец (банк) до выдачи займа (кредита) узнает о том, что предоставленная заемщиком информация о своем финансовом состоянии или иная информация, повлиявшая на согласие займодавца вступить в договор, оказалась недостоверной (независимо от того, можно здесь говорить об умышленном обмане или нет). Конечно, займодавец может в такой ситуации оспорить договор по правилам ст. 178–179 ГК РФ, но куда логичнее предоставить ему право на произвольный отказ от договора.

Кроме того, отказ от договора на основании комментируемой нормы следует допустить в ситуациях, когда до момента выдачи займа заемщик был уличен в недобросовестных или неправомерных действиях, сопровождавших заключение договора. Например, речь может идти об уличении заемщика в предоставлении или обещании предоставить некие неправомерные отчисления сотруднику банка за содействие выдаче кредита (к сожалению, очень распространенная в России ситуация) или в иных формах коммерческого подкупа.

Наконец, займодавец вправе отказаться от договора, если заемщик еще до получения кредита нарушил свои договорные обязанности, исполнение которых должно было предшествовать выдаче кредита (например, предоставить те или иные документы в отношении проекта, финансирование которого предполагается за счет целевого кредита, оформить залог в отношении своего имущества и т.п.). В принципе, отказ от договора в такой ситуации может быть обоснован ссылками на общие нормы о праве на отказ от договора в ответ на нарушение договора (п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 328 ГК РФ), но в равной степени такое поведение заемщика ставит под серьезное сомнение его способность в точности исполнять и свои финансовые обязательства в случае выдачи ему займа, а следовательно, может сформировать основание для отказа от договора и по основанию, указанному в комментируемой норме.

Вопрос о том, может ли в качестве обстоятельства, дающего право на превентивный отказ от договора, выступать возбуждение против должника дела о банкротстве, требует некоторых дополнительных комментариев. Общим правилом должно быть признание допустимости применения в такой ситуации как норм п. 2 ст. 328 ГК РФ, так и норм п. 3 ст. 807 и п. 1 ст. 821 ГК РФ. В конечном итоге трудно найти более убедительный резон сомневаться в способности должника исполнить в будущем его обязательство, чем возбуждение против должника дела о банкротстве. Иногда в ряде случаев такая реакция кредитора может быть признана злоупотреблением правом. Например, если кредитор, узнав о возбуждении против должника дела о банкротстве, сразу отказался от договора, такое поведение может выглядеть как не вполне соответствующее принципам честной деловой практики. Ведь само возбуждение дела о банкротстве могло быть необоснованным, а дело могло быть быстро прекращено. Кроме того, если сам займодавец возбудил против заемщика явно необоснованное дело о банкротстве на основе неких своих иных притязаний, право на отказ от договора должно блокироваться по правилам п. 4 ст. 1 и п. 3 ст. 157 ГК РФ.

Споры иногда возникают в отношении вопроса о превентивном отказе кредитора от договора по причине возбуждения против должника дела о банкротстве в ситуации, когда речь идет о делящихся договорах, наличие которых предопределяет в значительной степени бизнес должника (например, франчайзинг, дистрибьюторский договор и т.п.). Превентивный отказ кредитора от подобных договоров только по той причине, что против должника завели дело о банкротстве, практически неизбежно «добьет» должника и лишит его каких-либо шансов на нормальное функционирование в ходе осуществления процедур

наблюдения и внешнего управления и возможную реабилитацию, что может поставить под удар интересы других кредиторов. В таких ситуациях интерес конкретного кредитора может в ряде случаев уступить интересам остальных кредиторов (особенно в тех странах, где процедуры реабилитации относительно эффективно функционируют). В то же время, как бы мы ни относились к таким соображениям, очевидно, что они вряд ли релевантны ситуациям кредитования и предоставления займа (в том числе и по договорам кредитной линии). Заставлять займодавца (банк) кредитовать должника, подпавшего под процедуры банкротства, во имя интересов других кредиторов должника является явно непропорциональной мерой.

(б) Существенность предвидимого нарушения. Для оправдания превентивного отказа от договора предвидеться должно не всякое, а только лишь существенное нарушение (если иное не предусмотрено договором). Это прямо не следует из буквы комментируемой нормы, равно как и п. 1 ст. 821 и п. 2 ст. 328 ГК РФ, но очевидно вытекает из применения по аналогии п. 2 ст. 450 ГК РФ и общих принципов права. Эта идея поддерживается и в международных актах унификации частного права (ст. III.—3:504 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА).

Например, если наступает дата предоставления займа (кредита), а при этом на единственный счет заемщика наложен арест и списание с него средств заблокировано, у займодавца (банка) может возникнуть обоснованное сомнение в том, что заемщик сможет через месяц внести первый платеж по графику возврата займа и уплаты процентов. Но если при этом очевидно, что данный арест вот-вот будет снят, и максимум, с чем может столкнуться займодавец (банк), — это незначительная задержка во внесении первого платежа по графику, то отказ от договора в условиях очевидной платежеспособности и устойчивого финансового положения заемщика будет непропорциональной реакцией. В такой ситуации возможно было бы пропорционально не отказываться от договора, а приостановить исполнение (о возможности приостановить исполнение в ситуации предвидимого нарушения см. подп. «г» п. 3.1 комментария к настоящей статье).

В силу общего принципа свободы договора стороны договора займа (кредита) могут конкретизировать критерий существенности предвидимого нарушения (подробнее см. подп. «ж» п. 3.1 комментария к настоящей статье).

(в) Предупреждение. С учетом сходства отношений применительно указанного права займодавца или банка на превентивный отказ от договора должны применяться те наработки судебной практики,

которые сформулированы в отношении права на превентивный отказ в контексте правила п. 2 ст. 328 ГК РФ об отказе при предвидимом неисполнении встречного обязательства. В частности, должно применяться закрепленное в п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 разъяснение, согласно которому «сторона, намеревающаяся приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от его исполнения лишь на основании обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что другая сторона не произведет исполнение в установленный срок, обязана в разумный срок предупредить последнюю об этом (пункт 3 статьи 307 ГК РФ)». Эта обязанность предупреждения, как мы видим, выведена ВС РФ из общего принципа добросовестности в обязательственных отношениях. Смысл данной обязанности состоит в том, чтобы дать стороне, чье исполнение поставлено под сомнение, возможность развеять опасения партнера, прояснить информацию, которая подталкивает партнера сомневаться в будущем исполнении встречного обязательства. Иначе говоря, норма улучшает координацию поведения сторон. Та же идея применима и к заемным (кредитным) отношениям. Следует сказать, что необходимость предупреждения о планируемом отказе при предвидимом нарушении в той или иной форме закреплена и в международных актах унификации частного права (например, п. 2 ст. 72 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.).

Более того, из принципа добросовестности следует, что заемщик, чья способность обслуживать заем (кредит) в случае его получения поставлена под обоснованное сомнение, получив такое предупреждение, может предложить займодавцу (банку) принять дополнительное достаточное обеспечение (например, предоставить поручительство платежеспособного третьего лица, независимую гарантию, залог). Если достаточные обеспечения предложены, право на отказ от договора при предвидимом нарушении может отпасть, если с учетом всех обстоятельств очевидно, что разумный кредитор принял бы такие обеспечения и воздержался бы от отказа от договора. Здесь следует учитывать и надежность дополнительных обеспечений, и степень очевидности финансовых проблем заемщика, и вероятность его просрочки, и иные обстоятельства. Иначе говоря, суды должны оценивать реакцию займодавца (банка) на предложенные обеспечения с учетом принципа добросовестности. Это положение об обеспечениях не закреплено ни в ст. 328 ГК РФ, ни в комментируемой норме, ни в п. 1 ст. 821 ГК РФ, но может быть выведено из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 и п. 3 ст. 1 ГК РФ), а также предусмотрено в международных актах унификации договорного права (п. 2 ст. 72 Венской конвенции

о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., ст. 7.3.4 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.—3:505 Модельных правил европейского частного права).

Естественно, необходимость предупреждения отпадает, если поводом для возникновения очевидности будущего нарушения является прямое заявление заемщика о том, что он не сможет обслуживать долг, не хочет принимать сумму займа (кредита) и т.п. Аналогичная идея прямо отражена в п. 3 ст. 72 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

(г) Приостановление исполнения обязательства по выдаче займа. Комментируемая норма содержит одно упущение. Она говорит о праве займодавца отказаться от договора при предвидимом нарушении, но не упоминает куда менее радикальное средство защиты — право приостановить исполнение обязательства по предоставлению займа (кредита). То же упущение содержалось в п. 1 ст. 821 ГК РФ и в силу того, что законодатель просто механически перенес содержание последней нормы в регулирование займа, оно продублировалось и в комментируемой норме.

При этом п. 2 ст. 328 ГК РФ, регулирующий аналогичную ситуацию предвидимого нарушения, в контексте обычных sinalлагматических договоров говорит не только о праве на отказ, но и о праве на приостановление исполнения. И это абсолютно оправданно. Иногда стороне, столкнувшейся с угрозой будущего нарушения со стороны контрагента, но обязанной осуществить свое исполнение первой по очереди, нет смысла сразу реагировать бесповоротным отказом от договора, а куда разумнее выждать некоторое время и посмотреть на то, не устроятся ли те самые угрозы. Более того, часто именно так и должен поступить добросовестный контрагент. Нередко немедленный отказ от договора будет явно непропорциональной реакцией. В то же время для того, чтобы иметь возможность задержать свое исполнение до прояснений картины с положением дел у партнера, контрагент, намеревающийся придержать свое исполнение, должен иметь формальное право приостановить свое исполнение. И такое право п. 2 ст. 328 ГК РФ вполне обоснованно дает, равно как закрепляется это право и в основных актах унификации частного права (ст. 71 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., ст. III.—3:401 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.4 Принципов УНИДРУА).

Отсутствие подобной нормы в комментируемом пункте или п. 1 ст. 821 ГК РФ не должно блокировать возможность признания аналогичного права на приостановление исполнения. Данный вывод легко обосновывается, если признать, что договор консенсуального займа

(кредита) — это синаллагматический договор, к которому применимы правила ст. 328 ГК РФ с необходимыми адаптациями. Даже если бы это было не так, здесь применима элементарная аналогия закона. Кроме того, тот же вывод следует из известного принципа толкования закона: если позволено большее, то, скорее всего, позволено и меньшее (принцип *a fortiori*). Если закон позволяет при предвидимом нарушении отказ от договора, то очевидно, что он должен считать правомерной и куда более сдержанную реакцию кредитора.

При этом не вызывает сомнений, что степень очевидности будущего существенного нарушения должна варьироваться в зависимости от того, какое средство защиты выбрал займодавец (банк). Один и тот же набор обстоятельств, ставящих под сомнение платежеспособность заемщика, может быть признан достаточным для правомерного приостановления исполнения обязанности выдать заем (кредит), но недостаточным для обоснованного отказа от договора. Это следует из принципа соразмерности угрозы и реакции на нее. Чем серьезнее угроза, тем более серьезная реакция может считаться оправданной, и наоборот.

Остальные выводы, сделанные ранее применительно к режиму превентивного отказа от договора, с необходимыми адаптациями применимы и к режиму превентивного приостановления, если иное не вытекает из существа данного средства защиты.

С учетом того, что вопрос о выведении права на приостановление займодавцем исполнения своего обязательства выдавать заем пока прямо в судебной практике не решен, сторонам стоит порекомендовать указывать его в своем договоре.

(д) Частичный отказ (приостановление). Комментируемая норма говорит о праве займодавца отказаться от договора в целом или в части. Если принять озвученную ранее (подп. «г» п. 3.1 комментария к настоящей статье) мысль о наличии у займодавца и права приостановить исполнение, логично предположить, что и это право может быть тоже реализовано как в целом, так и частично. В каких случаях может быть уместным частичный отказ (приостановление)?

Можно предположить такую ситуацию. Заключен договор кредитной линии, но после этого возникают обстоятельства, свидетельствующие о снижении платежеспособности заемщика. В такой ситуации банк может не отказываться от договора в целом, но в одностороннем порядке пропорционально снизить лимит кредитной линии, т.е. осуществить частичный отказ от своего обязательства выдавать кредитные ресурсы по заявкам заемщика.

(е) Возможность блокирования права на превентивный отказ от выдачи займа (кредита) в договоре. Вопрос о правовой природе коммен-

тируемой нормы решается путем телеологического толкования с точки зрения критериев, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, так как в норме нет прямого указания ни на ее императивность, ни на ее диспозитивность. Можно ли в договоре займа (кредита) указать, что займодавец (банк) не вправе отказаться от договора при возникновении обстоятельств, указывающих на очевидно предвидимое нарушение?

Представляется, что на данный вопрос следует ответить дифференцированно. Такое условие вряд ли может иметь силу в ситуации, когда предвидимость будущего нарушения следует из прямых заявлений заемщика о нежелании исполнять договор. Блокирование права займодавца отказаться от договора на случай выражения заемщиком прямого нежелания исполнять договор или его сообщения о неспособности обслуживать заем, если он будет предоставлен, выглядит настолько нелепо и абсолютно нерационально, что вряд ли подобное условие могло бы быть включено в договор в отсутствие какого-то порока воли.

Более реалистичной выглядит ситуация, когда договор просто абстрактно блокирует право займодавца отказаться от договора до выдачи займа, независимо от оснований. Как представляется, такое условие должно толковаться ограничительно во имя избегания абсурда и не распространяться на ситуацию, когда очевидность будущего нарушения следует из прямых заявлений заемщика.

В то же время, как представляется, вполне возможно блокирование права займодавца на отказ от договора на случай, когда очевидность будущего нарушения следует не из прямых заявлений заемщика, а из иных обстоятельств, влекущих увеличение риска дефолта заемщика. Например, в договоре может быть прямо предусмотрено, что займодавец не вправе отказаться от выдачи займа, если финансовое положение заемщика так или иначе ухудшается.

При этом практикующим юристам следует учитывать, что сама возможность толкования данной нормы как диспозитивной, несмотря на отсутствие в ней прямого указания на право сторон согласовать иное, может обсуждаться в контексте споров, рассматриваемых арбитражными судами (т.е. в основном в ситуации, когда договор заключен между предпринимателями), так как для арбитражных судов обязательно к применению Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, закрепляющее принципы телеологического толкования норм договорного права. Суды общей юрисдикции, к сожалению, пока продолжают существовать в рамках советской парадигмы толкования, согласно которой любая норма, определяющая права и обязанности сторон договора, является *a priori* императивной, если в ней нет прямой

оговорки о праве сторон согласовать иное. Этот принцип толкования нигде не закреплен, но, к сожалению, пока по традиции с советских времен применяется судами общей юрисдикции. В то же время ничто не исключает, что в дальнейшем идеология телеологического толкования возобладает и в судах общей юрисдикции, и тогда возможность диспозитивной квалификации комментируемой нормы откроется и в контексте не сугубо коммерческих займов.

(ж) Уточнение оснований для превентивного отказа в договоре. С учетом рисков квалификации превентивного отказа в качестве неправомерного из-за неспособности доказать наличие оснований, указанных в комментируемой норме, займодавцу целесообразно настаивать на включении в договор конкретного перечня обстоятельств, возникновение которых после заключения договора дает ему право на отказ от договора. Договор может подробно перечислять такие обстоятельства, кристаллизуя тем самым критерии очевидности и существенности предвидимого нарушения и снимая правовую неопределенность и риски займодавца (банка). В частности, договор может предусматривать, что займодавец (банк) вправе отказаться от договора, если после его заключения и до выдачи займа финансовое положение заемщика ухудшится тем или иным образом, у него будет отозвана такая-то лицензия и т.п. Такого рода условия часто включаются в кредитные договоры (особенно договоры кредитной линии, в которых дата заключения договора и момент созревания обязательства выдать очередной кредитный транш могут значительно отстоять друг от друга во времени, что увеличивает риски возникновения различных угроз платежеспособности заемщика).

Такие условия без каких-либо серьезных ограничений могут включаться в договоры, заемщиком по которым является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность (независимо от того, кто является займодавцем), так как в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ в таких договорах закон прямо позволяет устанавливать и неизвестные закону основания одностороннего отказа от договора. Так, например, в договоре займа (кредита), заключенный с заемщиком-коммерсантом, может быть включено положение о праве займодавца (банка) отказаться от выдачи займа (кредита, в том числе очередного транша по кредитной линии), если у заемщика сменится основной акционер, произойдет реорганизация, упадет капитализация и т.п. При этом не важно, являются ли указанные в договоре обстоятельства кристаллизацией критериев очевидности и существенности предвидимого нарушения, просто в той или иной степени повышают кредитный риск или даже вовсе никак на кредитный риск не влияют. Ведь стороны такого договора вправе

вовсе согласовать право займодавца (банка) на произвольный отказ от договора (см. подп. «з» п. 3.1 комментария к настоящей статье).

Иногда займодавцы, осознавая, что все возможные обстоятельства, повышающие кредитный риск, в договоре поименовать прямо в качестве оснований для превентивного отказа не удастся, включают в договор такое «каучуковое» основание, как существенное ухудшение положения заемщика (*material adverse change clause (MAC)*). В принципе, его включение в договор в контексте российского права может показаться избыточным, ибо такое неопределенное основание для отказа от договора прописано прямо в комментируемом пункте ст. 807 ГК РФ. Напомним, что здесь ГК РФ говорит о праве на отказ при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок. Если данную норму, как выше предлагалось, понимать в качестве допускающей отказ при существенном повышении кредитного риска, условие типа *MAC* оказывается тавтологичным, повторяя букву закона иными словами.

Более проблематичны такие попытки кристаллизовать условия для превентивного отказа в контексте договоров, в которых займодавцем является предприниматель (например, банк), а заемщиком — лицо, не являющееся предпринимателем. Применительно к подобным контрактам п. 2 ст. 310 ГК РФ запрещает устанавливать в договоре неизвестные закону основания для одностороннего отказа коммерсанта от договора. Поэтому если включенные в договор условия лишь конкретизируют закрепленный в комментируемом пункте критерий очевидности и подразумеваемый в силу общих принципов критерий существенности предвидимого нарушения, то проблемы нет. Но если такое условие закрепляет в качестве триггера для превентивного отказа такое обстоятельство, которое явно не может быть объективно охарактеризовано как обстоятельство, очевидно свидетельствующее о будущем невозврате займа (кредита), то такое условие договора может быть признано судом ничтожным, как противоречащее запрету закона. Например, речь может идти об условии, согласно которому банк вправе отказаться от договора до выдачи кредита, если заемщик вступит в брак, поменяет работу (пусть даже и без потери в доходах), переедет в другой регион и т.п. Возможно, в некоторых случаях подобные обстоятельства и увеличивают в той или иной степени риски банка, но не настолько, что можно говорить об очевидности будущего невозврата кредита. Нам такое ограничение договорной свободы в контексте данной конкретной ситуации кажется не вполне обоснованным. Например, мы не видим конституционных оснований для запрета включения в консенсуальный договор займа, заключенный

между работодателем и работником, по которому работодатель обязан выдать работнику заем, но может отказаться от выдачи кредита, если работник до момента получения кредита уволится.

Проблемным вопросом является возможность включения подобных условий в договор займа, заключенный между лицами, не являющимися предпринимателями. Здесь опять же все в порядке, если условие лишь конкретизирует критерии очевидности и существенности будущего нарушения. Но если условие явно выходит за рамки критериев очевидности и существенности будущего нарушения, то получается, что стороны устанавливают дополнительное, неизвестное закону основание для отказа от договора. При этом редакция п. 2 ст. 310 ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., достаточно двусмысленна и не позволяет однозначно судить о том, возможно ли включение дополнительных оснований для отказа от договора в контракт, заключенный лицами, которые не являются предпринимателями. Судебная практика также пока не сложилась. На наш взгляд, политико-правовых оснований для ограничения свободы сторон такого договора установить в контракте дополнительные, неизвестные закону основания для отказа от договора нет, так как свобода договора является конституционным принципом, а ее ограничения должны быть очень убедительно обоснованы. В условиях, когда норма п. 2 ст. 310 ГК РФ не закрепляет прямо запрет на включение таких условий в договор между коммерсантами и может толковаться двояко, разумно выбрать такое толкование, которое не приведет к неконституционному ограничению права дееспособных граждан включать в заключаемые между ними договоры дополнительные основания для отказа от договора. Это тем более очевидно, когда речь идет о превентивном отказе от договора, когда еще никто его не успел исполнить.

(з) Возможность установить в договоре право на немотивированный отказ займодавца от предоставления займа или отказ, обусловленный иными обстоятельствами. Проблема критерия очевидности будущего невозврата займа состоит в том, что нередко займодавцу будет сложно доказать достоверность той информации, которая подвигла его отказаться от договора. Ведь это может быть некая информация, полученная от службы безопасности, слухи и иные сведения, которые будет крайне сложно достоверно подтвердить впоследствии в суде, если заемщик не согласится с отказом и предъявит в суд иск об убытках. Заранее же расписать в договоре все возможные обстоятельства, способствующие значительному повышению кредитного риска, и установить их возникновение в качестве отлагательных условий для возникновения права на отказ от договора достаточно

затруднительно. Поэтому вполне естественно, что займодавец часто заинтересован включить в договор условие о своем праве произвольно отказаться от предоставления займа (кредита). В такой ситуации ему не потребуется ничего доказывать.

Есть все основания считать, что подобные условия вполне могут включаться в договор консенсуального займа (кредита), заемщиком по которому является предприниматель. Это следует из п. 2 ст. 310 ГК РФ, которая в судебной практике (в частности, по договорам аренды) интерпретируется как дающая сторонам договора право согласовать возможность в том числе и чисто произвольного отказа от договора, если договор заключен между предпринимателями или такое право на отказ предоставлено непредпринимателю в договоре с предпринимателем (Определение КЭС ВС РФ от 3 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-6784, Постановление Президиума ВАС РФ от 9 сентября 2008 г. № 5782/08).

В то же время включение в договор аналогичного условия о праве займодавца произвольно отказаться от договора до момента выдачи займа однозначно противоречит п. 2 ст. 310 ГК РФ, если это договор, заемщиком по которому является лицо, не являющееся предпринимателем, а займодавцем — банк или иное лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Такое условие ничтожно, как противоречащее прямому законодательному запрету.

Более спорным является вопрос о возможности включения подобного условия в договор, заключенный между некоммерсантами (если наша судебная практика решится вопреки не вполне удачной, на наш взгляд, задумке законодателя все-таки легализовать консенсуальный заем и в тех случаях, когда займодавцем является гражданин, не являющийся коммерсантом). Это связано с неопределенностью редакции п. 2 ст. 310 ГК РФ на сей счет. Здесь применимы все те же соображения, которые были отмечены в подп. «ж» п. 3.1 комментария к настоящей статье применительно к той же проблеме в контексте установления в договоре дополнительных оснований для отказа от выдачи займа, выходящих за рамки критерия очевидности будущего нарушения. Мы не видим политико-правовых оснований для блокирования подобных условий в договорах займа, заключенных между гражданами, как в той ситуации, так и в ситуации установления права на произвольный, немотивированный отказ.

Также не противоречит закону условие договора займа или кредита, заемщиком по которому является коммерсант, о праве займодавца отказаться от выдачи займа (кредита) при наступлении условий, никак не связанных с увеличением кредитного риска (например, при росте

ключевой ставки, возникновении у займодавца проблем с рефинансированием планируемого к выдаче займа, изменении налогового режима и т.п.). Включение подобных дополнительных оснований для отказа в договор займа или кредита, заемщиком по которому является лицо, коммерческую деятельность не осуществляющее, заблокировано в силу все той же нормы п. 2 ст. 310 ГК РФ.

Договор может обусловить реализацию права займодавца на произвольный или обусловленный наступлением каких-либо обстоятельств, не связанных с неправомерным поведением заемщика или существенным возрастанием кредитного риска, отказ от договора консенсуального займа или кредита выплатой некой суммы платы за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ)¹.

Наконец, договор может предусматривать право займодавца отказаться от договора до выдачи займа (кредита) и тогда, когда происходит существенное нарушение заемщиком своих обязательств (например, предоставить обеспечение, сообщить ту или иную информацию и т.п.). В данном случае, даже если бы такое право не было установлено в договоре, займодавец имел бы аналогичное право с опорой на п. 2 ст. 450, п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ (см. подп. «а» п. 3.1 комментария к настоящей статье). Поэтому такое условие будет законным в контексте договора займа (кредита), независимо от того, является заемщик коммерсантом или нет.

(и) Возможность требовать возврата выданного займа (кредита). Следует обратить внимание на то, что комментируемая норма говорит о праве займодавца на отказ от исполнения договора до момента выдачи займа. Норма же п. 1 ст. 821 ГК РФ применительно к кредиту говорит о праве на отказ от предоставления кредита. Иначе говоря, обе нормы разными словами говорят о праве на превентивный отказ от исполнения обязательства выдать заем или кредит. Отказ от договора означает прекращение обязательств на будущее (ст. 450.1, 453 ГК РФ). При этом закон не говорит о том, что займодавец может использовать ухудшение финансового положения заемщика или иные обстоятельства, ставящие под серьезное сомнение его способность обслуживать заем (кредит), в качестве правового основания для досрочного истребования выданного ранее займа или кредита (в том числе выданного кредитного транша по кредитной линии), т.е. для одностороннего изменения условия договора о сроке.

¹ Подробнее о плате за отказ от договора см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 83–90 (автор комментария к ст. 31 ГК РФ – А.А. Павлов).

Если толковать закон буквально, то по умолчанию акселерация долга в такой ситуации не допускается. Закон говорит лишь об отказе от выдачи займа, но не о досрочном возврате выданного займа. Вопрос о том, насколько целесообразно толковать закон в этом аспекте расширительно, может быть достаточно дискуссионным.

Справедливо ли, чтобы банк мог потребовать досрочного возврата кредита в ситуации, когда заемщик надлежащим образом обслуживает свой долг, уплачивая проценты и периодические платежи, но в силу каких-то обстоятельств крайне резко возрастает риск того, что в будущем заемщик вернуть кредит полностью не сможет? Кажется логичным дать отрицательный ответ. В условиях, когда заемщик соблюдает график платежей и просрочек не допускает, выведение как минимум в качестве правила, действующего по умолчанию, права займодавца (банка) на акселерацию долга только на основании своих опасений в отношении того, что заемщик сойдет с графика в будущем, кажется не соответствующим разумным ожиданиям сторон.

Но представим, что заем предоставлен на три года с условием о возврате тела долга с процентами по окончании такого срока (такая ситуация часто встречается при предоставлении займов в отношениях между гражданами). Заем предоставлен, срок возврата займа еще не наступил, но возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что по окончании этого срока в будущем заем, скорее всего, возвращен не будет. В такой ситуации решение вопроса о допустимости акселерации долга при возникновении предвидимого дефолта не представляется столь уж очевидным. Предоставить займодавцу право не дожидаться истечения возможно достаточно длительного срока и заявить о досрочном истребовании займа в ситуации, когда возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что в будущем заемщик не сможет вернуть заем и уплатить проценты, может показаться справедливым. Впрочем, вопрос этот заслуживает дополнительного изучения, но можно предположить, что в подобной ситуации право на акселерацию могло бы выглядеть уместным.

Как бы то ни было, ничто не мешает сторонам договора, заемщиком по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, установить в договоре те или иные обстоятельства, ставящие под сомнение способность заемщика в будущем вернуть заем целиком в качестве отлагательных условий, наступление которых дает займодавцу (банку) право досрочно истребовать выданный ранее заем (кредит). Таким условием может быть и снижение финансовых показателей заемщика, и отзыв у него лицензии, и возбуждение против него дела о банкротстве, и арест основных активов заемщика по требова-

ниям третьих лиц, и образование большой налоговой задолженности, и многое другое. На практике данные условия очень распространены в кредитных договорах и выражаются в форме так называемых ковенантов. Такие же условия могут включаться и в договор займа. В целом судебная практика признает подобные ковенанты, как минимум если их содержание разумно и не свидетельствует о злоупотреблении правом (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). В то же время установление таких ковенантов, дающих право займодавцу, осуществляющему коммерческую деятельность, на досрочное истребование долга при возникновении обстоятельств, свидетельствующих о предвидимом нарушении, в ущерб заемщику, не являющемуся коммерсантом, в судебной практике не признается в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ, а также ряда иных норм закона (подробнее о ковенантах см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ).

(к) Последствия неправомерного отказа займодавца от договора. Как мы видим, допустимость превентивного отказа должна оцениваться через призму принципов добросовестности, разумности и соразмерности, а критерий очевидности будущего нарушения может являться достаточно неопределенным. Это создает риски для займодавца. Он может посчитать угрозу будущего невозврата займа достаточно серьезной и отказаться от договора, но впоследствии суд в ответ на иск заемщика о взыскании убытков в связи с неправомерным, по мнению заемщика, уклонением от выдачи займа (кредита) может встать на сторону заемщика и не признать соответствующие обстоятельства «очевидно свидетельствующими» о будущем нарушении. В итоге попытка превентивно отказаться от договора может закончиться для займодавца (банка) неприятно.

Отказ от договора является односторонней сделкой (п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25); если такая сделка совершена при отсутствии достаточных правовых оснований, она не порождает правовых последствий (п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), что, по сути, означает ее ничтожность, а следовательно, мы имеем ситуацию, когда договор не был прекращен, а займодавец (банк) нарушил договор, неправомерно не выдав заем (кредит). Это может привести к взысканию с займодавца (банка) значительных сумм убытков, а равно неустойки за просрочку в выдаче займа, если таковая установлена в договоре. Кроме того, уже сам заемщик может в ответ на такую просрочку отказаться от договора по правилам п. 2 ст. 405 ГК РФ и предъявить к займодавцу (банку) иск о возмещении убытков, вызванных вынужденным расторже-

нием договора по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ. Он может, в частности, после своего отказа от договора взять заем (кредит) на аналогичных условиях у другого лица, и, если процентная ставка по такой заменяющей сделке оказалась выше, чем ставка в расторгнутом договоре, взыскать образующуюся разницу или вовсе предъявить к взысканию абстрактные убытки, если рыночная процентная ставка на момент отказа от договора выше ставки в расторгнутом договоре. Еще до вступления в силу ст. 393.1 ГК РФ, установившей возможность взыскания убытков в виде конкретной ценовой разницы, право заемщика требовать от банка, не выдавшего кредит без достаточных оснований, возмещения в качестве убытков разницы между процентными ставками в расторгнутом договоре и заменяющем кредитном договоре, была закреплена в практике ВАС РФ (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Это разъяснение не говорило о праве требовать возмещения абстрактных убытков, но есть все основания применять к договорам кредита, заключенным до 1 июня 2015 г. (даты вступления в силу ст. 393.1 ГК РФ), по аналогии положения ст. 524 ГК РФ о поставке, которая взыскание абстрактных убытков всегда допускала. В любом случае взыскание абстрактных убытков не вызывает сомнений в случае расторжения договоров займа (кредита), заключенных после 1 июня 2015 г.

В связи с этим займодавцу (банку) следует крайне осторожно реализовывать возможность превентивного отказа от договора на основании комментируемой нормы.

(л) Убытки. Положения п. 2 ст. 328 ГК РФ в дополнение к праву на отказ от договора при предвидимом нарушении предусматривают также и право отказавшейся стороны требовать от стороны, чье исполнение было поставлено под сомнение, возмещения убытков. Это с точки зрения реальных правовых последствий и доступных санкций фактически приравнивает ситуацию возникновения реальной угрозы нарушения в будущем с фактическим нарушением договора. В то же время ни комментируемая норма, ни п. 1 ст. 821 ГК РФ в отношении кредитов про убытки не упоминает. Вопрос о целесообразности применения здесь по аналогии п. 2 ст. 328 ГК РФ может вызывать некоторые споры, так как не вполне однозначна сама норма п. 2 ст. 328 ГК РФ о возмещении убытков, которая, по сути, предусматривает ответственность при отсутствии факта правонарушения. Данная норма п. 2 ст. 328 ГК РФ об убытках, подлежащих взысканию в ситуации, когда самого правонарушения еще нет, до сих пор всерьез в российской науке не исследовалась.

Можно предположить, что займодавец (банк) совершенно точно вправе потребовать возмещения убытков (включая упущенную выгоду), если основанием для возникновения ситуации предвидимого нарушения является заявление самого заемщика о нежелании исполнять договор (если, конечно, право заемщика на произвольный отказ от договора до выдачи займа правомерно заблокировано договором по правилам абз. 2 комментируемого пункта). Убытки могут быть рассчитаны по правилам ст. 393.1 ГК РФ. Например, займодавец, после того как он, будучи спровоцирован заявлениями заемщика о нежелании исполнять договор, отказался от договора, может предоставить соответствующие средства, не полученные заемщиком, иному лицу по более низкой процентной ставке и потребовать взыскать с первого заемщика разницу в процентных ставках. Если поведение займодавца разумно и нет оснований думать о том, что он заключил заменяющую сделку по процентной ставке, которая намного ниже рыночного уровня, у займодавца должно быть право на взыскание убытков. В любом случае доказывать неразумность поведения займодавца при заключении заменяющей сделки должен заемщик, с которым договор был расторгнут. Если будет доказано, что займодавец мог заключить заменяющую сделку с более высоким процентом, суд может скорректировать размер убытков по правилам ст. 404 ГК РФ в связи с непринятием кредитором мер к минимизации своих убытков. Кроме того, займодавец (банк) может потребовать возмещения абстрактных убытков по правилам все той же ст. 393.1 ГК РФ, рассчитав убытки как разницу между процентной ставкой по расторгнутому договору и более низкой рыночной процентной ставкой на момент отказа от договора, не представляя при этом доказательств заключения какой-либо заменяющей сделки. Более подробно о возмещении убытков по правилам ст. 393.1 ГК РФ см. п. 11–14 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7¹.

В остальных случаях, не связанных с прямым отказом заемщика исполнять договор, вопрос об обоснованности взыскания убытков при отказе от договора в ситуации предвидимого нарушения может быть менее однозначным и требует дополнительного изучения.

(м) Возможность взыскания пени или процентов годовых при неправомерном отказе займодавца от предоставления займа (кредита). Российская судебная практика последовательно отказывает в воз-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 648–654 (автор комментария к ст. 393.1 ГК РФ – В.В. Байбак).

возможности начисления процентов годовых по ст. 395 ГК РФ на случай просрочки в перечислении аванса или предоплаты по возмездному sinalлагматическому договору, считая, что обязательство внести предоплату (аванс) хотя и имеет юридическую силу, но не представляет собой тот денежный долг, к которому должна применяться ст. 395 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 мая 2007 г. № 15651/06). Догматически обязательство предоставить кредит (заем), безусловно, является денежным обязательством, к которому применяются общие правила о денежных обязательствах (о месте исполнения денежного обязательства по ст. 316 ГК РФ, о валютной оговорке и валюте денежных обязательств по ст. 317 ГК РФ, о возможности исполнить денежное обязательство путем внесения долга на депозит нотариуса по ст. 327 ГК РФ и т.п.), но суды исключают из перечня применимых к такому обязательству по внесению предоплаты (аванса) правила ст. 395 ГК РФ.

С учетом того, что в описанном выше случае речь идет о коммерческом кредите, во имя последовательности и системной согласованности тот же подход, видимо, должен применяться и в отношении просрочки исполнения обязательства предоставить обычный денежный заем (кредит).

Насколько сам этот подход в целом обоснован, вопрос дискуссионный. Очевидно, что непредоставление займа (кредита) может порождать на стороне заемщика мораторные убытки, компенсации которых и служит идея мораторных процентов (процентов в связи с просрочкой), отраженная в ст. 395 ГК РФ. В то же время логика такого ограничительного подхода может согласовываться с отраженной в судебной практике идеей недопустимости понуждения к предоставлению кредита (подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье). Невозможность начисления процентов и косвенного принуждения займодавца (банка) к выдаче займа (кредита) может рассматриваться как продолжение идеи невозможности принуждения к кредитованию и подталкивать заемщика к выбору такого сценария защиты своих прав, который правовая система считает более адекватным (отказ от договора и взыскание убытков вместо реального исполнения).

Но даже если признать эту логику убедительной, она разбивается о риф свободы договора. Иначе говоря, если договор прямо предусматривает начисление процентов годовых на случай просрочки в предоставлении займа (кредита) или устанавливает пени, начисляемые в связи с такой просрочкой, данные условия должны судами признаваться. Неудивительно в этом плане, что судебная практика ВС РФ допускает возможность взыскания пеней, согласованных в договоре

на случай просрочки во внесении предоплаты (аванса), если договор прямо и недвусмысленно начисление таких пеней предусматривает (Определение КЭС ВС РФ от 19 января 2018 г. № 310-ЭС17-11570).

Эта же правовая позиция должна применяться и к кредитным договорам, и к консенсуальным займам. Естественно, допускается установление не только пеней, но и фиксированного штрафа за уклонение от предоставления займа (кредита).

(н) Возможность понуждения займодавца к предоставлению займа (кредита) при неправомерном отказе займодавца от предоставления займа (кредита). Судебная практика ВАС РФ последовательно отказывалась признавать возможность понуждения банка к предоставлению кредита по заключенному договору кредита, несмотря на консенсуальность такого договора и отсутствие у банка права произвольно отказаться от договора (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Судя по всему, если продолжать придерживаться данного подхода применительно к кредитам, тот же подход должен применяться и к консенсуальным договорам займа. При таком подходе заемщик, столкнувшийся с тем, что банк (или займодавец по консенсуальному займу) неправомерно уклоняется от предоставления займа и тем самым нарушает свое обязательство, вправе лишь взыскивать убытки и применять иные меры ответственности в связи с просрочкой, а также отказаться от договора в ответ на данное нарушение и взыскивать убытки по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ вместо реального исполнения, но не может в судебном порядке понудить займодавца к предоставлению займа. Такое решение разделяется некоторыми право порядками (например, английским правом), но далеко не всеми.

Нормативное основание для отказа в иске о понуждении к исполнению обязательства по кредитованию или предоставлению займа может быть при необходимости найдено в ст. 308.3 ГК РФ, которая допускает отказ в иске о понуждении к исполнению в натуре, когда это следует из существа отношений.

Но политико-правовая основа такого решения может вызывать споры. Возможно, логика здесь состоит в том, что нередко у займодавца (банка) могут возникнуть серьезные сомнения в отношении платежеспособности заемщика, но перспективы доказывания наличия таких оснований в суде в качестве обстоятельств, очевидно свидетельствующих о будущем невозврате займа, для обоснования отказа от договора в силу комментируемой нормы могут быть достаточно туманны (информация, например, может представлять собой отчет службы без-

опасности банка о вовлечении руководства заемщика в преступную деятельность). Подобная информация может свидетельствовать о значительном повышении кредитного риска, но доказать эти сведения в суде может быть нелегко. В такой ситуации займодавец может быть готов возместить доказанные убытки заемщика, но не готов брать на себя риск предоставления займа (кредита). С учетом уязвимого положения займодавца (банка) на этапе до предоставления займа по консенсуальному договору займа (или кредита), возможно, такое решение и имеет под собой определенные основания. В целом если эти соображения кажутся убедительными, то они столь же убедительны и для случаев, когда речь идет об обязанности предоставить коммерческий кредит (аванс или предоплату). И действительно, российские суды нередко отказывают в исках о понуждении к выплате аванса или предоплаты (после вступления 1 июня 2015 г. в силу несколько неоднозначной новой редакции п. 2 ст. 328 ГК РФ – на основании данного пункта)¹. Но вопрос до сих пор применительно к стандартным синаллагматическим договорам обменного типа (купля-продажа, мена и т.п.) остается не вполне проясненным. Так что здесь есть повод для серьезных размышлений как в отношении таких договоров, так и в отношении целесообразности сохранения в судебной практике ограничительного подхода на понуждение к предоставлению займов и кредитов.

Как бы то ни было, это ограничительное правило в любом случае должно рассматриваться как диспозитивное и допускающее возможность установления в договоре права на судебное понуждение к предоставлению займа по консенсуальному договору (или кредита). Политико-правовая подоплека вышеописанного правила, выработанного в рамках судебной практики ВАС РФ, возможно, достаточна для признания его обоснованным, но явно не претендует на то, чтобы признание императивности такого правила было признано убедительным решением.

3.2. Право на произвольный отказ заемщика от договора до выдачи ему займа. Комментируемая норма закрепляет также право заемщика произвольно, без приведения каких-либо объективных оснований отказать от договора консенсуального займа до предоставления займа. То же правило применяется и в отношении кредитных договоров. В отношении договора потребительского кредита (займа) аналогичное право закреплено в ч. 1 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе).

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 194–214 (автор комментария к ст. 328 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Законодатель, видимо, считает необходимым закрепить право заемщика свободно передумать. Вместе с тем тот факт, что закон не возлагает на заемщика обязанность в такой ситуации возместить займодавцу хотя бы понесенные им расходы в связи с подготовкой к предоставлению займа, вызывает сомнения. Займодавец, например, готовясь к исполнению своего обязательства, может конвертировать предназначенные для предоставления в заем средства в нужную валюту платежа и уплатить связанные с этим комиссии или снять со счета безналичные средства для их передачи заемщику в наличном формате согласно условиям договора и уплатить соответствующие комиссии за снятие наличности. Наконец, он мог потратиться на инкассацию наличности. Из текста закона получается, что заемщик может в самый последний момент отказаться от договора и не быть обязан возмещать данные издержки займодавцу. Это не совсем логично и справедливо. Возможно, все же стоит вывести обязанность возмещения хотя бы подобных издержек из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ).

(а) Императивность или диспозитивность. Вопрос о природе комментируемой нормы решается в ней прямо. Из текста нормы следует, что по общему правилу стороны не могут исключить в договоре право заемщика на произвольный отказ от договора до предоставления займа, но сделано исключение для случая, когда заемщиком является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность.

Из этого следует, что в ситуациях, не подпадающих под такое исключение, стороны не могут не только заблокировать право заемщика на произвольный отказ от договора, но и установить штраф за уклонение от получения заемщиком займа по консенсуальному договору займа или суммы кредита (в отношении потребительских кредитов это установлено в п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146). Кроме того, нельзя в таком договоре, не блокируя само право на произвольный отказ заемщика от договора, установить плату за отказ от договора по п. 3 ст. 310 ГК РФ, так как ограничение права на отказ, установленного законом императивно, не допускается. Вероятно, следует сделать исключение лишь для случаев, когда такая плата состоит в возмещении фактически понесенных займодавцем в процессе подготовки к предоставлению займа расходов. Подобная плата, видимо, должна признаваться, но не более того.

В тех же случаях, когда заемщиком является коммерсант и закон позволяет блокирование права на его произвольный отказ от договора до выдачи займа, должна признаваться и возможность установить штраф за уклонение от получения займа или кредита, а также

возможность сохранить за заемщиком право на произвольный отказ, но ограничить его путем установления платы за отказ от договора по п. 3 ст. 310 ГК РФ в любом согласованном размере. Здесь работает принцип *a fortiori*: если позволено большее (блокирование самого права на отказ), то тем более позволено и меньшее (установление ограничений в отношении осуществления такого права). Кроме того, ограничение такого права в контексте договором займа, заемщиком по которому является коммерсант, возможно и в форме установления четких и исчерпывающих условий для реализации такого права на отказ от договора (например, срыв сделки, для финансирования которой заемщик собирался привлечь заем). Все эти выводы вытекают из п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

(б) Последствия неправомерного уклонения заемщика от получения займа по консенсуальному договору займа. Если право заемщика-коммерсанта на произвольный отказ от договора правомерно заблокировано условиями контракта, его отказ не имеет силы, а договор сохраняет свое действие. Непринятие заемщиком имущества от займодавца будет являться в такой ситуации просрочкой кредитора, сам займодавец в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ не попадет в просрочку и в силу ст. 406 ГК РФ он будет иметь право требовать от заемщика возмещения убытков. Кроме того, займодавец будет вправе сам в ответ на просрочку кредитора отказаться от договора и требовать возмещения убытков вместо исполнения по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ (включая убытки в виде конкретной ценовой разницы и абстрактные убытки).

Наконец, если займодавец может исполнить свое обязательство путем предоставления займа заемщику без содействия с его стороны (например, перечислить безналичный заем на известный займодавцу счет заемщика), займодавец в случае наличия в договоре правомерного условия о блокировке права заемщика на отказ от договора до выдачи займа вправе это сделать, несмотря на заявления заемщика о нежелании исполнять договор. В таком случае созреют обязательства заемщика о графике погашения долга и уплате процентов.

Остаются лишь неясными два вопроса.

Во-первых, это вопрос о том, может ли займодавец в силу п. 1 ст. 327 ГК РФ при уклонении заемщика от получения займа в деньгах или ценных бумагах депонировать соответствующее имущество у нотариуса и считать свое обязательство исполненным. Возникнет ли у заемщика в таком случае обязанность вернуть заем согласно условиям договора и уплачивать проценты, если заем является процентным? Вряд ли какой-либо займодавец пойдет на такой странный шаг и примет на себя кредитный риск в ситуации, когда нежелание заемщика исполнять

договора очевидно свидетельствует о его неготовности исполнять договора. Хотя следует сказать, что в каких-то редчайших ситуациях, когда платежеспособность заемщика объективно высока и не вызывает сомнений, у займодавца может быть интерес в таком варианте защиты своего права. Депонирование денег или ценных бумаг у нотариуса является в силу положений ст. 327 ГК РФ основанием для признания обязательства займодавца исполненным, и, следовательно, заем, казалось бы, должен считаться предоставленным (пусть заемщик и не получил имущество фактически), а заемное обязательство заемщика и обязанность вносить проценты возникшими. Но не вполне очевидно, можно ли признать такое поведение займодавца добросовестным. Вопрос требует дополнительного анализа.

Во-вторых, это вопрос о том, может ли займодавец в подобной ситуации, не имея возможности предоставить заем без содействия со стороны заемщика, обратиться в суд с иском о понуждении к получению займа по правилам ст. 308.3 ГК РФ. Неясность здесь следует из неопределенности в отношении самой возможности понуждения к исполнению кредиторской обязанности в судебном порядке. Практика по данному вопросу пока не сложилась. Представляется, что, как бы ни был решен этот более общий вопрос, возможность понуждения к получению займа в натуре в судебном порядке здесь должна блокироваться в силу существования кредиторской обязанности принять заем. Объект займа не является уникальным, и он может быть, как правило, размещен или использован займодавцем иным, альтернативным способом. В такой ситуации понуждение заемщика, у которого отпала необходимость в получении займа и который прямо выражает свое нежелание исполнять договор, к получению займа по суду кажется избыточной и нерациональной реакцией. Куда логичнее в такой ситуации отказываться от договора и требовать от заемщика возмещения убытков по п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ. Иное (а именно право на иск о понуждении к принятию займа) может, вероятно, следовать из прямого указания в договоре.

Все вышесказанное относится и к договорам кредита.

4. Облигации. В действующей редакции ГК РФ размещение облигаций упоминается как один из способов заключения договора займа (п. 4 ст. 807, а в части облигаций государственного займа — п. 3 ст. 817).

Определение облигаций приведено в специальном законе, а именно в ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг. Согласно данному определению, облигацией является эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца, если иное не предусмотрено законом, на получение

от эмитента облигации в определенный в ней срок ее номинальной стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может также предусматривать право ее владельца на получение установленных в ней процентов либо иные имущественные права.

Сразу поясним, что номинальная стоимость (или, как еще говорят, номинал) для обычной облигации равна сумме займа, которую первый владелец облигации передал эмитенту при первичном размещении облигации. Иногда номинальная стоимость облигации может превышать сумму, внесенную в качестве займа, — тогда разница между двумя суммами называется дисконтом. Для «дисконтной» облигации сумме займа соответствует номинальная стоимость за вычетом дисконта. А размер дисконта представляет собой доход, который владелец облигации получит, когда наступит срок погашения облигации, т.е. выплаты ее номинальной стоимости.

Таким образом, первая часть определения облигации в целом не противоречит природе договора займа. Однако Закон о рынке ценных бумаг в ст. 2 добавляет, что облигация может не предусматривать право ее владельца на получение номинальной стоимости при наступлении указанных в ней обстоятельств, что ставит вопрос о соотносимости такой конструкции с институтом займа. По вопросу о том, всегда ли в форме размещения облигации заключается договор займа или таким способом может оформляться и некий иной договор, см. п. 4.6 комментария к настоящей статье.

4.1. Облигации как эмиссионные ценные бумаги. Согласно ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг эмиссионная ценная бумага — любая ценная бумага, которая характеризуется одновременно следующими признаками:

- закрепляет совокупность прав, подлежащих удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением установленных законом формы и порядка;
- размещается выпусками;
- имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

Правовая конструкция ценных бумаг в целом предназначена для повышения оборотоспособности прав, которые ей удостоверены. Для передачи обычных обязательственных прав требуется заключение сделки уступки (гл. 24 ГК РФ). Чтобы получить исполнение от должника, кредитору, приобретшему права, требуется позаботиться о том, чтобы предыдущий обладатель права уведомил должника о факте уступки (ст. 385 ГК РФ). Кроме того, должник может противопоставить цессионарию возражения, которые у него имелись против cedentа, а также заявить зачет (ст. 412 ГК РФ). Если права

уступались уже много раз, то приобретателю прав может быть сложно проверить всю цепочку предыдущих сделок уступки, чтобы удостовериться, что контрагент действительно обладает уступаемыми правами. Все это блокирует развитие сколько-нибудь стабильного оборота обычных, не облеченных в форму ценных бумаг денежных требований. Риски дисконтируют стоимость требований и мешают им интенсивно оборачиваться. Это, в свою очередь, препятствует возникновению полноценного рынка капитала, на котором заемщикам можно было бы легко привлечь финансирование, а займодавцы могли бы легко продавать свои требования при возникновении потребности в деньгах без неоправданных рисков и, соответственно, дисконтов, а следовательно, легче решаться на предоставление займов тем, кто в них нуждается.

Для снижения таких издержек и рисков обычного оборота денежных требований появилась конструкция ценной бумаги, передача прав по которой может осуществляться путем передачи самой бумаги и (или) осуществления надписи на ней. Если для передачи прав достаточно передачи ценной бумаги, такие ценные бумаги являются бумагами на предъявителя (п. 2 ст. 146 ГК РФ), если при передаче также совершается передаточная надпись или сделка цессии — именными или ордерными (п. 3 и 4 ст. 146 ГК РФ). Оборот денежных требований через отчуждение ценных бумаг защищает последующих приобретателей, если они были добросовестны и иногда при соблюдении ряда иных условий (ст. 147.1, п. 1 ст. 149.3 ГК РФ).

Изначально ценные бумаги, как следует из их названия, могли выпускаться только в документарной форме (§ 2 гл. 7 ГК РФ). При этом владелец бумаги признавался кредитором эмитента, если он предъявил последнему ценную бумагу, которая надлежащим образом подтверждала (легитимировала) его права. В настоящее время многие ценные бумаги выпускаются в бездокументарной форме (§ 3 гл. 7 ГК РФ). Лицо считается владельцем бездокументарной ценной бумаги и кредитором эмитента, если его права зафиксированы в записях, которые ведет специальная организация — регистратор или депозитарий. Эти записи чаще всего совершаются в электронной форме. Учет прав на ценные бумаги регистраторами и депозитариями устраняет издержки на проверку соблюдения формы ценной бумаги и передаточных записей по ней. Повысить доверие к регистраторам и депозитариям призваны государственное лицензирование и надзор за их деятельностью (ст. 7, 8 Закона о рынке ценных бумаг).

Конструкция эмиссионных ценных бумаг позволяет лицу, которое их выпускает (эмитенту), предложить приобрести определенные права

сразу большому числу лиц и в обмен получать от них финансирование. Например, если акционерное общество хочет получить заем от тысячи человек на общую сумму 1 млн руб., оно может выдать каждому из них вексель на 1 тыс. руб. Однако потенциальный приобретатель векселей вынужден проверять условия каждого из них, ведь они могут отличаться. Кроме того, эмитент векселей может оказывать предпочтение одним их владельцам перед другими. Так, оказавшись в тяжелой финансовой ситуации, эмитент может выплатить сумму долга из последних денежных средств самому крупному кредитору, а потом объявить себя банкротом. С другой стороны, эмитент, не желающий оказаться в банкротстве, будет вынужден договариваться об отсрочке или изменении условий («реструктуризации») задолженности с каждым отдельным владельцем векселя. Любой из владельцев векселей может не присоединиться к договоренности о реструктуризации и потребовать банкротства эмитента.

Проблема коллективного осуществления прав кредиторов успешно решается и в рамках договорных конструкций, например при заключении договора синдицированного кредита. Однако права из синдицированных кредитов, в отличие от облигаций, не предназначены для массового обращения.

Чтобы решить все приведенные проблемы, эмиссионные ценные бумаги, в частности акции и облигации, размещаются выпусками. Каждый выпуск содержит определенное число ценных бумаг (например, 1 тыс. шт.), каждая из которых имеет одинаковую номинальную стоимость (например, 1 тыс. руб.) и предоставляет ее владельцу одинаковые права (например, право на получение номинальной стоимости и определенного размера процента в установленные сроки). Владельцы облигаций выступают перед эмитентом единым коллективом и могут принимать решения, обязательные для всех членов коллектива, большинством голосов на общем собрании. От имени всех владельцев облигаций может действовать единый представитель владельцев облигаций, указанный в условиях их выпуска.

Наличие большого числа одинаковых ценных бумаг с равными правами делает их взаимозаменяемыми, позволяет торговать ими одновременно многим участникам рынка, что еще больше снижает транзакционные издержки. Максимально быстрое и прозрачное совершение сделок с эмиссионными ценными бумагами и иными стандартизованными активами, например баррелями нефти определенной марки, обеспечивают специальные организации – биржи (см. Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах»).

Массовость выпуска, доступность для неквалифицированных инвесторов, публичность ценообразования эмиссионных ценных бумаг могут приводить к злоупотреблениям. В связи с этим процедура их эмиссии и публичного обращения в России, как и в большинстве зарубежных правовых порядков, находится под государственным надзором (гл. 5 Закона о рынке ценных бумаг).

Природа облигаций как эмиссионных ценных бумаг диктует следующие особенности их правового регулирования.

(а) Форма облигаций. Исторически сложилось, что облигации в России могут выпускаться как в виде именных ценных бумаг в бездокументарной форме, права на которые учитываются у регистратора, так и в виде ценных бумаг на предъявителя в документарной форме. В этом облигации отличаются, например, от акций, которые могут быть только именными и выпускаться только в бездокументарной форме (ст. 2 и 16 Закона о рынке ценных бумаг). При этом облигации на предъявителя могут предусматривать обязательное централизованное хранение сертификата в депозитарии. На практике почти во всех случаях в настоящее время выпускаются именно облигации с обязательным централизованным хранением (бездокументарные облигации встречаются очень редко). По регуляторным и экономическим причинам учет прав на облигации в депозитарии более удобен, чем учет у регистратора и, тем более, выдача облигаций на руки владельцам.

Указание на то, что облигации с обязательным централизованным хранением являются документарными ценными бумагами на предъявителя, не должно вводить в заблуждение. Технически обязательное централизованное хранение выглядит так: эмитент готовит единый сертификат на весь выпуск облигаций, который обездвиживается, т.е. передается депозитарию на весь срок облигационного займа. Права владельцев на такие облигации фиксируются в записях у депозитария, а к самим этим облигациям применяются все правила о бездокументарных ценных бумагах (ст. 148.1 ГК РФ). Условия бездокументарных эмиссионных ценных бумаг закрепляются в решении о выпуске, которое утверждается эмитентом (п. 1 ст. 149 ГК РФ, ст. 17 Закона о рынке ценных бумаг). Описание прав владельцев документарных облигаций с обязательным централизованным хранением закрепляется в сертификате, однако утверждение решения о выпуске облигаций требуется все равно. На практике большинство условий таких облигаций фиксируется в решении о выпуске, а сертификат облигаций только отсылает к нему, что лишает сертификат всякого смысла.

Таким образом, облигации с обязательным централизованным хранением ничем существенно не отличаются от бездокументарных облигаций, помимо возможности централизованного учета в депозитарии.

Отказ от возможности размещать новые документарные облигации на предъявителя, в том числе с обязательным централизованным хранением с 1 января 2020 г., предусмотрен Законом от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ. Вместо этого указанным Законом вводится возможность централизованного учета бездокументарных облигаций в депозитарии. Иначе говоря, с 1 января 2020 г. облигации будут выпускаться только в бездокументарной форме.

Эти изменения должны устранить сложившуюся сейчас странную ситуацию, когда облигации в основном выпускаются формально в документарной форме, но за счет централизованного хранения в депозитарии оборачиваются *de facto* в бездокументарном режиме. При этом облигации, выпущенные в документарной форме с централизованным хранением до 1 января 2020 г., продолжают обращаться в такой форме до их погашения.

(б) Учет прав на облигации и порядок перечисления дохода. Для учета прав на облигации их владельцу открывается счет регистратором или депозитарием, с которыми владелец облигаций заключает соответствующий договор (ст. 7, 8 Закона о рынке ценных бумаг). Права непосредственного владельца могут учитываться не регистратором, ведущим реестр облигационеров, или депозитарием, осуществляющим централизованное хранение сертификата или централизованный учет прав на облигации, а другим депозитарием («номинальным держателем»). Номинальный держатель, в свою очередь, должен числиться как владелец облигаций у регистратора, депозитария — централизованного хранителя либо у номинального держателя более высокого уровня. На практике могут выстраиваться целые цепочки номинального держания облигаций.

Регистраторы и депозитарии обеспечивают не только учет прав, но и передачу эмитенту волеизъявлений владельцев облигаций, например требований о досрочном погашении облигаций и голосов на общем собрании облигационеров, распределение между ними доходов и сумм погашения по облигациям (ст. 7.1, 8.9 Закона о рынке ценных бумаг). При этом обязанность эмитента по осуществлению выплаты по облигациям с обязательным централизованным хранением считается исполненной с момента зачисления денежных средств на счет депозитария, осуществляющего их централизованное хранение (п. 2 ст. 7.1 Закона о рынке ценных бумаг). Депозитарий затем обязан обеспечить распределение полученных средств между владельцами облигаций,

с которыми у него заключен договор депозитарного учета. Если среди таких владельцев есть номинальные держатели, то они, в свою очередь, должны перечислить денежные средства своим клиентам — владельцам облигаций. Такие же нормы с 1 января 2020 г. вводятся Законом от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ для облигаций с централизованным учетом прав (ст. 8.7 Закона о рынке ценных бумаг в редакции Закона от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ).

Депозитари, очевидно, выполняют посреднические функции при передаче выплат. При этом встает вопрос: кто отвечает за действия таких посредников? Номинальные держатели, по-видимому, рассматриваются законом как посредники, выбранные и привлеченные владельцами облигаций. В связи с этим эмитент не несет ответственность за перечисление номинальными держателями выплат владельцам, точно так же как должник не несет ответственность за зачисление банком кредитора поступившего на его корсчет платежа на собственный счет кредитора (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Это следует из общего принципа, в силу которого каждый отвечает за привлеченных им к исполнению или принятию исполнения лиц.

В то же время депозитарий, осуществляющий централизованное хранение (централизованный учет) облигаций, привлечен эмитентом и действует в пользу как эмитента, так и облигационеров. Поэтому эмитент несет субсидиарную ответственность за исполнение таким депозитарием своих обязательств по передаче выплат (п. 3 ст. 7.1 Закона о рынке ценных бумаг, п. 7 ст. 8.9 указанного Закона в редакции Закона от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ).

(в) Императивный и квазипубличный характер регулирования. Массовость размещения эмиссионных ценных бумаг означает, что их условия определяются в одностороннем порядке эмитентом в утверждаемом им решении о выпуске. В результате договор, заключаемый путем размещения облигаций, соответствует всем чертам договора присоединения (ст. 428 ГК РФ), а инвестор в облигации должен быть защищен от явно обременительных условий, как и сторона, присоединяющаяся к договору. См., в частности, Постановление Президиума ВАС РФ от 10 ноября 2009 г. № 10462/09, в котором правила о договоре присоединения были применены к оферте о выкупе облигаций, сделанной эмитентом в соответствии с требованиями решения о выпуске.

Законодательство в области рынка ценных бумаг, как и в других сферах, требующих повышенной защиты потребителей, устанавливает перечень конкретных недопустимых договорных условий. Например, запрещается размещение облигаций до государственной регистрации

их выпуска и без их полной оплаты, запрещаются условия о досрочном погашении и выкупе облигаций, нарушающие равенство прав владельцев облигаций (подробнее об этих условиях см. ниже). При этом законодательство существенно ограничивает набор разрешенных условий облигаций.

Условия выпуска облигаций регулируются как на уровне закона, так и на уровне подзаконного акта регулятора — Положения о стандартах эмиссии ценных бумаг, порядке государственной регистрации выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг, государственной регистрации отчетов об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг и регистрации проспектов ценных бумаг, утвержденного Банком России 11 августа 2014 г. № 428-П (далее — Стандарты эмиссии). В подзаконных нормативных актах установлена единая форма решения о выпуске облигаций и даже в отдельных случаях предписываются сами формулировки тех или иных его положений.

Решение о выпуске облигаций должно предусматривать следующие условия их выпуска: номинальную стоимость одной облигации, срок погашения, возможность досрочного погашения и выкупа облигаций эмитентом, периодичность выплаты дохода, размер дохода или порядок его определения и т.д. (п. 1 ст. 17 Закона о рынке ценных бумаг, гл. 21 Стандартов эмиссии). Условия выпуска облигаций могут состоять из первой части, содержащей общие условия одного или нескольких выпусков (программа облигаций), и второй части, содержащей конкретные условия отдельного выпуска (п. 8 ст. 17 Закона о рынке ценных бумаг, с 1 января 2020 г. — п. 2–10 ст. 27.1-2 Закона о рынке ценных бумаг в редакции Закона от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ). В настоящее время решение о выпуске должно также включать в себя описание порядка размещения, однако с 1 января 2020 г. условия размещения облигаций смогут утверждаться в форме отдельного документа и не будут подлежать государственной регистрации (ст. 24 Закона о рынке ценных бумаг в редакции Закона от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ).

Процедура выпуска (эмиссии) эмиссионных ценных бумаг регулируется достаточно жестко, чтобы не допустить появления на рынке инструментов, не соответствующих императивным нормам закона. Размещать облигации могут только юридические лица или государственные органы (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг). Перед размещением облигаций эмитент обязан зарегистрировать условия их выпуска в Центральном банке Российской Федерации (Банке России) либо, для отдельных видов облигаций, — в поднадзорных ему организациях — бирже или центральном депозитарии (ст. 20, 27.5-2 Закона о рынке ценных бумаг).

Банк России также должен быть поставлен в известность о завершении размещения облигаций путем регистрации отчета или предоставления уведомления об итогах выпуска (с 1 января 2020 г. — только путем предоставления уведомления (см. п. 2 ст. 25 Закона о рынке ценных бумаг в редакции Закона от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ)).

(г) Особые правила о публичном размещении и обращении. Если при размещении эмиссионных ценных бумаг их приобретение предлагается неопределенному кругу лиц, то повышается доступность эмиссионных ценных бумаг неквалифицированным инвесторам. Особенно остро встает также вопрос об информационной асимметрии между эмитентом и инвесторами. В связи с этим законодательство вводит правила об опубликовании (раскрытии) эмитентом информации о своей деятельности, а также о противодействии использованию неопубликованной (инсайдерской) информации. До публичного размещения облигаций эмитент должен по общему правилу зарегистрировать и опубликовать подробную информацию о себе и лицах, предоставивших обеспечение по облигациям, в составе так называемого проспекта ценных бумаг (ст. 22 Закона о рынке ценных бумаг). В дальнейшем эмитент, чьи ценные бумаги обращаются публично, обязан раскрывать ежеквартальные отчеты и сообщения о существенных фактах его деятельности (ст. 30 Закона о рынке ценных бумаг). Отдельные исключения из правил о раскрытии информации установлены для ценных бумаг, размещаемых по высокой цене, на небольшие суммы или среди квалифицированных инвесторов (п. 1 ст. 22 Закона о рынке ценных бумаг).

4.2. Размещение облигаций и заключение договора облигационного займа. В соответствии со ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг под размещением понимается отчуждение эмиссионных ценных бумаг эмитентом первым владельцам путем заключения гражданско-правовых сделок. При размещении облигации зачисляются на так называемый эмиссионный счет, открытый на имя эмитента в депозитарии, осуществляющем централизованное хранение, и затем списываются с такого счета на счета депо их приобретателей (п. 6.3 Положения о порядке открытия и ведения депозитариями счетов депо и иных счетов, утвержденного Банком России 13 ноября 2015 г. № 503-П).

Возникает вопрос о том, на основании каких гражданско-правовых сделок облигации отчуждаются их первым владельцам, а также о моменте заключения договора облигационного займа с ними. В большинстве случаев размещение облигации представляет собой реализацию договора займа. На это указывает и комментируемый пункт, прямо устанавливая, что договор займа может заключаться посредством размещения облигации.

На практике при размещении облигаций эмитент или брокер, действующий за его счет, заключают с каждым из приобретателей отдельный договор (далее — договор о размещении). В большинстве случаев такой договор имеет заемную природу. Тем не менее нередко стороны именуют такой договор куплей-продажей или договором подписки.

а) Возражения против квалификации договора о размещении облигаций в качестве купли-продажи. С квалификацией отношений по первичному размещению облигаций в качестве купли-продажи согласиться нельзя. Купля-продажа своим квалифицирующим признаком имеет передачу собственности или иных имущественных прав, которые имеются у продавца и отчуждаются покупателю. Если квалифицировать договор о размещении облигаций в качестве купли-продажи с точки зрения ГК РФ, то не вполне ясно, какие права по нему передаются. Речь может идти о продаже прав, удостоверенных записями об облигациях на эмиссионном счете. Однако к моменту заключения договора о размещении облигаций права по облигациям отсутствуют и возникнут лишь после отчуждения ценных бумаг их первым владельцам. Поскольку бездокументарные облигации представляют собой записи, удостоверяющие определенные права (требования) к их эмитенту (абз. 2 ст. 142 ГК РФ), то можно предположить, что до возникновения таких прав нет и самих облигаций как объекта гражданского права. То же, по-видимому, справедливо и для обездвиженных облигаций, удостоверенных единым сертификатом. Можно предположить, что закон предусматривает фикцию наличия у эмитента «спящего» права на облигацию. Аналогичная фикция, по-видимому, предусмотрена для случаев приобретения эмитентом собственных облигаций (см. подп. «г» п. 4.3 комментария к настоящей статье). При этом очевидно, что записи на эмиссионном счете эмитента не будут иметь того же значения, что записи на счете «полноправных» владельцев облигаций. Это следует и из Закона о рынке ценных бумаг, согласно которому эмиссионный счет не предназначен для учета прав на ценные бумаги (п. 4 ст. 8.2).

К договору о размещении облигаций также нелогично было бы применять некоторые нормы о договоре купли-продажи, например о последствиях передачи товара ненадлежащего качества (ст. 475 ГК РФ). Под качеством облигаций как товара правильно было бы понимать финансовое положение их эмитента, информация о котором должна раскрываться эмитентом при публичном размещении. Однако если условие о «качестве» облигаций нарушено (например, финансовое положение эмитента оказалось хуже, чем следовало из раскрытой им информации), то владельца облигаций целесообразно наделить не правом отказа от исполнения договора о размещении облигаций

и истребования покупной цены (абз. 2 п. 2 ст. 475 ГК РФ), а правом досрочно истребовать облигационный заем или досрочно погасить облигацию, поскольку в этом случае он может воспользоваться обеспечением по облигациям. Еще в меньшей степени целесообразно предоставлять владельцу облигаций право требовать уменьшения покупной цены товара, его замены, устранения недостатков товара (п. 1 и 2 ст. 475 ГК РФ).

Все приведенные аргументы свидетельствуют против квалификации договора о размещении облигаций в качестве купли-продажи.

(б) Квалификация договора облигационного займа и момент его заключения. Корректная квалификация договора о размещении облигаций позволяет разрешить вопрос о моменте заключения договора облигационного займа. В свою очередь, решение данного вопроса позволяет определить, когда у инвесторов возникают права по отношению к эмитенту, предусмотренные условиями облигаций.

Если исходить из подхода, согласно которому договор о размещении облигаций представляет собой договор купли-продажи, инвесторы получают права требования к эмитенту, проистекающие из облигаций, только с момента зачисления облигаций на их счета. До этого инвесторы, оплатившие облигации, могут лишь требовать передачи им облигаций (т.е. внесения записей о правах на облигации на их счет).

Если исходить из того, что при размещении облигаций заключается договор займа, то, учитывая, что условия размещения должны быть равными для всех инвесторов (п. 7, а с 1 января 2020 г. — п. 9 ст. 24 Закона о рынке ценных бумаг), договор о размещении облигаций может содержать обязательства предоставить заем, только если размещение осуществляется исключительно среди коммерсантов. В остальных случаях облигационный заем может быть только реальным. При этом даже если речь идет о консенсуальном договоре, эмитент не может потребовать от займодавца, с которым заключен договор о размещении облигаций, но от которого не поступила сумма займа, принудительного внесения этой суммы (подробнее см. подп. «н» п. 3.1 комментария к настоящей статье). Также к договору о размещении облигаций будет применима норма о праве займодавца отказать выдавать заем (в случае с облигациями — уплачивать цену их размещения) при возникновении после заключения договора обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок (п. 3 ст. 807 ГК РФ).

Таким образом, при консенсуальной модели облигационного займа договор заключен в момент достижения соглашения, а если договор облигационного займа носит реальный характер — с момента предо-

ставления займа (п. 1 ст. 807 ГК РФ). Смещение момента заключения договора облигационного займа на еще более поздний момент зачисления облигаций на счет облигационера при заемной классификации не имеет под собой правовых оснований. В этой связи инвестор приобретет права требования по отношению к эмитенту, проистекающие из облигаций, с момента их оплаты, вне зависимости от того, зачислены ли облигации на счет инвестора. Это улучшает позицию инвестора: в случае уклонения эмитента от перечисления облигаций инвестор сможет воспользоваться предоставленным по ним обеспечением.

При этом для инвестора, заключающего с эмитентом договор о размещении облигаций, важно не только приобрести права из договора облигационного займа, но и получить записи о таких правах в депозитарии, поскольку наличие записи повышает оборотоспособность прав, позволяет реализовывать права через депозитарную инфраструктуру и т.д. Вне зависимости от квалификации договора о размещении уклонение эмитента, получившего сумму займа, от зачисления на счет депо займодавца соответствующей записи является нарушением договора, что неминуемо повлечет ответственность эмитента перед инвестором. Если применять к договору размещения правила о займе, то уклонение эмитента от оформления облигаций на займодавца можно сравнить с нарушением заемщиком своей договорной обязанности выдать кредитору, предоставившему заем, вексель, удостоверяющий заемное обязательство. Логично предположить, что инвестор в указанной ситуации вправе не только взыскать убытки, но и отказаться от договора в связи с его существенным нарушением, потребовать досрочного возврата займа, а в случае его невозврата — обратиться взыскание на обеспечение по облигационному займу. Тем не менее эмитент, уклоняющийся от переоформления облигаций, может злонамеренно привлечь заем на большую сумму, чем предусмотрено условиями выпуска облигаций, что может привести к размыванию прав голоса владельцев облигаций на общем собрании, ухудшению обеспечения по облигациям, поскольку сумму, вырученную от обращения взыскания на обеспечение, придется делить на больший объем требований кредиторов и т.д. Если эмитент в указанной ситуации недобросовестного «перераспределения» облигационного займа все же выдал облигации части заемщиков, то, видимо, в первую очередь следует защищать право голоса и право на обеспечение обладателей облигаций.

Впрочем, здесь важно отметить, что на практике уклонению от выдачи облигаций будут препятствовать меры публично-правового контроля за процедурой эмиссии.

(в) Выводы о квалификации договора о размещении облигаций. Из приведенных рассуждений следует, что в рамках действующей редакции ГК РФ договоры о размещении облигаций не следует признавать договорами купли-продажи. В подавляющем числе случаев договор о размещении облигации оформляет отношения по выдаче займа. Общие положения о займе должны применяться к таким договорам в части, не противоречащей специальному законодательству. В связи с этим неудивительно, что комментируемый пункт прямо объявляет, что при размещении облигации заключается именно договор займа, а не договор купли-продажи («договор займа может быть заключен путем размещения облигаций. Если договор займа заключен путем размещения облигаций...»).

При этом условия займа отражаются не столько в договоре о размещении облигаций, сколько в условиях выпуска, которые дополняют заключенный сторонами договор (примерно так же, как зарегистрированные правила страхования дополняют оформленный страховщиком и страхователем страховой полис). Цель заключаемого договора о первичном размещении облигаций состоит лишь в том, чтобы зафиксировать волеизъявление займодавца предоставить облигационный заем посредством приобретения того или иного количества облигаций. Остальные права и обязанности эмитента (заемщика) и облигационера (займодавца и его правопреемников) определяются в условиях эмиссии, на которые займодавец соглашается, заключая с эмитентом или представляющим его брокером договор о размещении облигаций.

Заемная квалификация договора, посредством которого происходит первичное размещение большинства видов облигаций, предписана законом и достаточно очевидна, как бы на практике стороны ни называли соответствующую сделку (купля-продажа, договор подписки и т.п.).

Но положение закона о том, что договор займа заключается путем размещения облигации, не означает, что в форме размещения облигации может заключаться исключительно договор займа. В отношении некоторых видов облигаций может возникать вопрос о том, действительно ли речь идет о займе. Это, прежде всего, касается структурных и бессрочных облигаций (подробнее см. п. 4.6 комментария к настоящей статье).

При этом не исключено, что в некоторых случаях к отношениям сторон по зачислению облигаций на счет депо первого облигационера при размещении могут применяться по аналогии закона отдельные нормы ГК РФ о купле-продаже или некоторых иных договорах.

(г) Сроки размещения облигаций. Размещение облигаций их первым владельцам может совершаться не ранее государственной регистрации их выпуска (п. 2, а с 1 января 2020 г. — п. 5 ст. 24 Закона о рынке ценных бумаг). Данная норма призвана защитить инвесторов от предложения ценных бумаг, не прошедших государственный контроль. При ее применении в системном единстве с комментируемым пунктом, согласно которому размещение облигаций представляет собой заключение договора займа, получается, что закон запрещает заключение договоров облигационного займа до регистрации эмиссии. Тем не менее иногда встает вопрос о том, может ли эмитент заключить с инвестором предварительный договор, согласно которому он обязуется произвести выпуск облигаций и впоследствии предложить их инвестору при размещении, а инвестор обязуется их приобрести. С политико-правовой точки зрения следует предположить, что указанная норма направлена на защиту неквалифицированных участников рынка. Следовательно, такого рода сделки допустимы лишь в предпринимательских отношениях или отношениях с квалифицированными инвесторами. В равной степени при таком субъектном составе допустимы и договоры, в силу которых лицо обязуется предоставить облигационный заем при условии регистрации выпуска облигаций (ст. 327.1 ГК РФ).

(д) Оплата облигаций при размещении. Облигации могут размещаться только при условии их полной оплаты (п. 8, а с 1 января 2020 г. — п. 10 ст. 24 Закона о рынке ценных бумаг). Исключением из правила о полной оплате облигаций является возможность их временного зачисления на счет брокера при условии оплаты 25% цены размещения в целях дальнейшей продажи инвесторам (п. 9, а с 1 января 2020 г. — п. 11 ст. 24 Закона о рынке ценных бумаг). Однако такой счет не предназначен для учета прав на эмиссионные ценные бумаги, в связи с чем брокер не становится стороной договора облигационного займа.

(е) Исковая давность для оспаривания сделок при размещении. Срок исковой давности для признания сделок при размещении эмиссионных ценных бумаг недействительными существенно сокращен по сравнению со сроком, установленным ГК РФ, и составляет шесть месяцев (п. 10 ст. 26 Закона о рынке ценных бумаг). Сокращение срока, по-видимому, объясняется государственным контролем за размещением таких бумаг и призвано повысить стабильность оборота эмиссионных бумаг.

4.3. Права, предоставляемые облигациями.

(а) Погашение. Как следует из их определения, облигации, за исключением структурных и бессрочных (см. п. 4.6 комментария к настоящей статье), предоставляют владельцам безусловное право

на получение их номинальной стоимости или ее имущественного эквивалента по истечении срока обращения облигаций (погашение). Погашение является эквивалентом возврата суммы займа. Как и «обычный» договор займа, облигации могут предусматривать погашение по частям (п. 2 ст. 811 ГК РФ). Срок погашения облигаций, за исключением бессрочных, должен устанавливаться условиями их выпуска (п. 21.29 Стандартов эмиссии).

По общему правилу погашение облигаций осуществляется деньгами. Погашение имуществом может быть предусмотрено условиями выпуска (подробнее см. п. 4.6 комментария к настоящей статье).

(б) Досрочное погашение. К облигациям применяется правило, установленное абз. 3 п. 2 ст. 810 ГК РФ, согласно которому процентный заем может быть возвращен заемщиком-предпринимателем только с согласия заимодавца, в том числе выраженного в договоре займа. В связи с этим право эмитента досрочно погасить облигации, в том числе частично и (или) при наступлении определенных обстоятельств, должно быть предусмотрено в условиях выпуска (п. 1 ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг).

Облигации могут предусматривать обязанность их досрочного погашения эмитентом, а также право их владельцев потребовать досрочного погашения при наступлении определенных обстоятельств (тех или иных ковенантов).

(в) Обращение облигаций. До 1 января 2020 г. сделки по отчуждению облигаций их первыми владельцами третьим лицам могут заключаться только после государственной регистрации отчета об итогах их выпуска (абз. 1 п. 1 ст. 27.6 Закона о рынке ценных бумаг). Это правило, по-видимому, было призвано обеспечить государственный контроль за процедурой размещения, чтобы снизить вероятность споров о выдаче облигационного займа и законности размещения. Однако уже сейчас первые владельцы облигаций, размещенных на бирже по открытой подписке и оплаченных деньгами, могут отчуждать их сразу же после размещения, регистрация отчета об итогах выпуска не требуется (п. 1, 2 ст. 25 Закона о рынке ценных бумаг). С 1 января 2020 г. это правило распространяется и на внебиржевые облигации, по ним также отменяется регистрация отчета.

Как и другие эмиссионные ценные бумаги, облигации могут отчуждаться по договорам купли-продажи (п. 2 ст. 454 ГК РФ), мены, дарения, репо (ст. 51.3 Закона о рынке ценных бумаг), условия о передаче облигаций могут предусматриваться в договорах, являющихся производными финансовыми инструментами (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг) и т.д.

Как и в случае с другими бездвиженными документарными или бездокументарными ценными бумагами, права на облигации передаются их приобретателю посредством списания облигаций со счета отчуждателя и зачисления их на счет приобретателя у лица, осуществляющего учет прав на ценные бумаги (депозитария). Счета отчуждателя и приобретателя облигаций могут быть расположены как в одном, так и в разных депозитариях, в последнем случае облигации переводятся по «цепочке» депозитариев. Списание по общему правилу осуществляется на основании распоряжения облигационера, производящего отчуждение (п. 1 ст. 149.2 ГК РФ). При этом по общему правилу облигации зачисляются на счет получателя, только если он подаст своему депозитарию встречное распоряжение, разрешающее зачислить бумаги на его счет (ч. 5 ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг, п. 5.5 Базового стандарта совершения депозитарием операций на финансовом рынке, согласованного Комитетом по стандартам по депозитарной деятельности, протокол от 16 ноября 2017 г. № КДП-9). Договором владельца с депозитарием могут быть предусмотрены иные основания и условия списания и зачисления облигаций, в том числе списание без поручения владельца. Права на облигацию считаются принадлежащими инвестору с момента внесения записей на его счет (п. 2 ст. 149.2 ГК РФ).

Согласно п. 4 ст. 149.2 ГК РФ при уклонении лица, обязавшегося передать облигации, от представления депозитарию распоряжения о проведении операции по счету приобретатель вправе требовать в судебном порядке внесения записей о переходе прав на облигации.

(г) Приобретение облигаций самим эмитентом. Природа облигаций как ценных бумаг позволяет эмитенту приобрести такие облигации, чтобы в дальнейшем вновь продать их инвесторам (п. 4 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг). Продажа прав из договора займа после их приобретения заемщиком была бы невозможна, поскольку при совпадении должника и кредитора в одном лице обязательства прекращаются (ст. 413 ГК РФ), но в случае с облигациями такая конструкция легализована. И это не уникальный случай. Тот же подход отражен и в вексельном праве (п. 11 Постановления ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе», п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 января 2002 г. № 67). В равной степени и акционерное общество может с рядом ограничений приобрести собственные акции (приобретающие в этом случае статус «казначейских»), чтобы затем продать их. Таким образом, закон использует фикцию сохранения облигации для того, чтобы эмитент мог ее перепродать, не регистрируя новую эмиссию облигаций. Следует отметить, что для индивидуального инвестора

возможность продать облигации эмитенту по цене, равной их номинальной стоимости, не отличается от права потребовать их досрочного погашения. В связи с этим к досрочному погашению и приобретению облигаций применяются сходные правила (см. подп. «а» п. 4.4 комментария к настоящей статье). Но для самого эмитента и для последующего оборота тот факт, что ценная бумага не перестает существовать как объект прав при совпадении должника и кредитора и может быть далее продана третьим лицам, имеет важное значение.

Однако если облигация, будучи выкуплена эмитентом, не исчезает как ценная бумага, какое право она подтверждает? Закон о рынке ценных бумаг прямо указывает, что облигация, приобретенная ее эмитентом, не предоставляет ему прав по ней (п. 6 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг). Если так, то что же является объектом последующего отчуждения? Если только формальная оболочка, запись на счете (своего рода аналог «права на бумагу» в случае документарных ценных бумаг), то в каком состоянии находится само имущественное право, закрепленное в бумаге (аналог «права из бумаги») до последующей продажи? Не является ли странной ситуация, когда на период нахождения ранее размещенной облигации на счете самого эмитента закрепленное в бумаге требование исчезает, а затем вновь возникает у приобретателя, и при этом мы почему-то продолжаем говорить о правопреемстве? Ведь при буквальном прочтении нормы об отсутствии у эмитента прав по облигации объектом отчуждения здесь является одна лишь техническая запись, никакое имущественное право к покупателю не переходит, так как оно отсутствует у самого эмитента. Вместо этого при переоформлении записи на покупателя имущественное право (денежное требование к эмитенту) у него возникает, казалось бы, первоначальным образом. Точно так же с точки зрения классического обязательственного права сложно объяснить, почему при прекращении самого обязательства не должны прекращаться акцессорные обеспечения (поручительство и залоги); ведь обеспечение не может обеспечивать какую-то формальную запись, оно обеспечивает обязательственное требование.

Иногда утверждается, что в подобной ситуации «право из бумаги» не прекращается, а попадает в некое загадочное «спящее» состояние, активизируясь лишь при последующем отчуждении бумаги третьему лицу, при этом ст. 413 ГК РФ не применяется в силу прямого указания в данной статье на то, что иные законы могут делать исключения из закрепленного в ней правила. Кажется, что указание в п. 6 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг о том, что облигация не предоставляет прав по ней выкупившему ее эмитенту, следует толковать именно

в таком плане, с использованием различных характерных для юридических фикций аллегорий о «сне» обязательственного требования и т.п. Этот подход позволяет объяснить многое, но сама идея наличия требования к самому себе несколько необычна. В этой связи вопрос требует дальнейшего анализа применительно как к облигациям, так и к иным ценным бумагам.

В экономическом плане последующая продажа эмитентом ранее выкупленных им облигаций равнозначна привлечению нового займа, но если видеть здесь новый заем, то следовало бы говорить о новом размещении облигаций и признать ошибочной саму отраженную в законе идею выкупа и возможности последующего отчуждения облигаций (вместо погашения обязательств по ним и оформления нового выпуска). Законодатель же явно имел в виду, что новый выпуск облигаций в такой ситуации не происходит, и все связанные с этим формальности соблюдать нет необходимости. Более того, облигации могут перепродаваться эмитентом по цене, отличающейся от их номинальной стоимости (которая эквивалентна сумме основного долга по займу), как в большую, так и в меньшую сторону, что не вполне соответствует квалификации отношений в качестве займа. Но поставить под сомнение все эти фикции, не вступая в противоречие с прямым указанием п. 6 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг, невозможно. Так что вопрос о природе договора об отчуждении эмитентом третьим лицам выкупленных им ранее облигаций пока не имеет однозначного решения и требует дополнительного изучения.

(д) Процент и дисконт. Как и обычный договор займа, облигации могут предоставлять их владельцам право на получение дохода в виде процента (ст. 809 ГК РФ), который применительно к облигациям обычно называется купоном (п. 21.29 Стандартов эмиссии). Название «купон» сохранилось со времен документарных облигаций, имевших купоны, которые отрезались при каждой выплате дохода.

Стандарты эмиссии требуют установить периоды выплаты купона в решении о выпуске облигаций. Также они обязывают эмитента установить размер купона по облигациям или порядок его определения до начала их размещения инвесторам. Если этого не было сделано в отношении определенных купонных периодов, эмитент обязан установить размер купона уже в ходе обращения облигаций. Владельцы, которые не согласны с решением эмитента об установлении купона, вправе в течение определенного срока потребовать у эмитента досрочно погасить или выкупить облигации (форма удовлетворения требования – погашение или выкуп – определяется условиями облигаций п. 21.29–21.37 Стандартов эмиссии).

Исходя из определения облигации, приведенного в ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг, к доходу по облигационному займу может быть отнесен уже упоминавшийся дисконтный доход. Данная норма отделяет процент и дисконт. Закон, видимо, намекает на то, что дисконт отличается от стандартного процента тем, что размер этого встречного предоставления не зависит от периода пользования деньгами: если по той или иной причине облигационный заем погашается досрочно или облигационер требует досрочного погашения облигационного займа в связи с теми или иными нарушениями, этот элемент вознаграждения остается неизменным. В противоположность этому процент всегда привязан к фактическому сроку использования займа, в том числе, облигационного (см. подробнее комментариев к ст. 809 ГК РФ). Само по себе взимание непроцентного вознаграждения по облигациям природе договора займа, видимо, не противоречит. Вопрос о том, может ли *весь* размер такого дисконта относиться к непроцентному вознаграждению и не зависеть от реального срока использования займа и не пересчитываться при досрочном погашении, может вызывать и вызывает споры в контексте классического займа (см. п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ).

(е) *Обеспечение по облигациям.* Закон весьма жестко регулирует обеспечение по облигациям. По-видимому, такое регулирование призвано не допустить введения инвесторов в заблуждение по поводу наличия и условий обеспечения.

Условия обеспечения в обязательном порядке должны содержаться в решении о выпуске. Если обеспечение предоставляет третье лицо (не эмитент), то решение о выпуске должно быть подписано таким лицом. Договоры залога и поручительства, которыми обеспечиваются права по облигациям, считаются заключенными в момент приобретения первым владельцем облигаций прав на данные ценные бумаги. Права на обеспечение передаются одновременно с передачей прав на облигации (п. 1–3 ст. 27.2, п. 3 ст. 27.3, п. 1 ст. 27.4 Закона о рынке ценных бумаг).

Правила об отдельных видах обеспечения также содержат много ограничений. Так, ограничен перечень имущества, которое может быть предметом залога по облигациям — в настоящее время это недвижимое, бездокументарные, обездвиженные ценные бумаги и денежные требования, кредитором по которым является эмитент (п. 1 ст. 27.3, п. 1 ст. 27.3-1 Закона о рынке ценных бумаг). Поручителем по облигациям могут быть только коммерческие организации, стоимость чистых активов которых не меньше размера предоставляемого поручительства, и некоторые другие организации (п. 2 ст. 27.4 Закона

о рынке ценных бумаг). По-видимому, эти и другие правила Закона о рынке ценных бумаг призваны обеспечить качество обеспечения. Однако закон не содержит требование, чтобы сумма обеспечения была не меньше, чем сумма долга по облигациям. В результате обеспечение может быть предоставлено лишь на крайне незначительную сумму (например, 1% от общего размера долга по облигационному займу) и не будет иметь значение для облигационеров. В связи с этим приведенные правила закона о «качестве» обеспечения существенно не повышают защищенность инвесторов.

Если обеспечение, не соответствующее приведенным правилам, содержится в решении о выпуске, то такое решение не пройдет государственную регистрацию. Однако что, если обеспечение по облигациям (например, в форме независимой гарантии), не соответствующее требованиям Закона о рынке ценных бумаг, выдано, но не зафиксировано в решении о выпуске? Было бы несправедливо лишать владельцев облигаций прав на него, признавая такое обеспечение недействительным. Однако если такое обеспечение было предоставлено с ведома эмитента, то целесообразно было бы привлечь его и (или) обеспечителя к административной ответственности.

4.4. Последствия нарушения прав владельцев облигаций. Закон устанавливает правила о досрочном возврате облигационного займа при нарушении его условий, которые являются специальными по отношению к правилам, установленным для «обычного» займа в п. 2 ст. 811, ст. 813 ГК РФ. Согласно закону владельцы облигаций вправе потребовать их досрочного погашения при существенном нарушении условий исполнения обязательств по облигациям (дефолте). Такими существенными нарушениями признаются: а) просрочка уплаты номинала, купона или нарушение обязательства по выкупу облигаций эмитентом на 10 рабочих дней и б) утрата обеспечения по облигациям или существенное ухудшение условий такого обеспечения (п. 5 ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг). Эмитент обязан удовлетворить требования о досрочном погашении облигаций в течение семи рабочих дней с даты их получения (п. 4.1 ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг).

Несмотря на отсутствие судебной практики, разумно предположить, что данные нормы не исключают права владельцев облигаций потребовать возврата облигационного займа при нарушении условия о его целевом характере, если, конечно, условия выпуска предусматривали целевой характер заимствований (ст. 814 ГК РФ). Точно так же они, по-видимому, не исключают права владельцев облигаций потребовать изменения договора облигационного займа (в форме принуждения к досрочному погашению облигаций, по сути — акселерации заемного

долга) в судебном порядке в связи с существенным нарушением иных условий выпуска (подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК РФ).

Важным вопросом является возможность судебного изменения договора облигационного займа в форме акселерации заемного долга при значимом нарушении обязанности эмитента по раскрытию информации. Если нарушение заключалось в предоставлении существенно недостоверной информации, то у владельца облигаций должно быть право потребовать досрочного погашения облигаций в судебном порядке. Если речь идет о значительном нарушении сроков раскрытия, то такое действие также вполне укладывается в определение существенного нарушения договора, закрепленное в п. 2 ст. 450 ГК РФ. Сами по себе такие нарушения могут не повлечь убытков для владельца облигаций и не лишают его возможности получать исполнение от эмитента в будущем, но на практике часто приводят к падению цены облигаций на рынке и влекут утрату доверия к способности эмитента исполнять свои обязательства в будущем, что представляет собой типичный признак существенного нарушения договора (см., например, п. 7.3.1 Принципов УНИДРУА).

(а) Причины специфического положения владельцев облигаций при дефолте. Правила об обеспечении равных прав владельцев облигаций, коллективном порядке осуществления и защиты таких прав приобретают значение, прежде всего, при нарушении прав по облигациям или угрозе такого нарушения. Как упоминалось в п. 4.1 комментария к настоящей статье, при недостаточности у эмитента средств для своевременного исполнения обязательств по облигациям существует риск, что эмитент за счет последних средств удовлетворит требования части облигационеров, а остальные останутся ни с чем. В связи с этим владельцы облигаций оказываются в той же ситуации, что и кредиторы при банкротстве должника.

Дефолт по облигациям можно образно описать как банкротство в миниатюре. Как и в банкротстве, законодательство обеспечивает, чтобы должник, т.е. эмитент облигаций, не удовлетворял требования одних владельцев преимущественно перед другими.

Равенство прав владельцев обеспечивают нормы о том, что досрочное или частичное досрочное погашение облигаций по усмотрению эмитента, если такое право предусмотрено условиями выпуска, может осуществляться эмитентом только в отношении всех облигаций (п. 1 ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг). Если облигации предусматривают право владельцев требовать досрочного погашения при наступлении определенного обстоятельства (например, нарушение ковенантов), то информация о наступлении такого обстоятельства должна быть

опубликована или доведена до владельцев. Срок для предъявления владельцами требований к эмитенту о досрочном погашении должен составлять не менее 15 рабочих дней (п. 2 ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг). Аналогичным образом, если эмитент намеревается приобрести ранее выпущенные им облигации, то он обязан предоставить всем владельцам право акцептовать оферту о приобретении облигаций эмитентом (ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг). Кроме того, выплаты по облигациям осуществляются депозитариями, которые обязаны обеспечивать распределение средств, поступивших от эмитента, между всеми владельцами пропорционально числу принадлежащих им облигаций (п. 6 ст. 7.1, п. 6 ст. 8.7 Закона о рынке ценных бумаг).

Из правила о равных правах владельцев облигаций следует сделать вывод, что эмитент также не вправе заключать с отдельными владельцами облигаций соглашения о новации, предоставлять им отступное. Равным образом эмитент, по-видимому, не вправе заключать иные сделки, которые позволят одним владельцам получать от него выплаты с целью погашения долга по облигациям преимущественно по отношению к другим. Такие соглашения могут заключаться только с представителем владельцев, действующим от имени владельцев по решению их общего собрания. Однако можно предположить, что отдельные облигационеры могут простить долг эмитента, поскольку тем самым они не нарушают права иных владельцев. Встает также вопрос о возможности прекращения обязательств по отдельным облигациям зачетом. Если расширительно применять к отношениям по облигациям часто оспариваемый, но пока признаваемый судами подход, закрепленный в российском законодательстве о несостоятельности (банкротстве), то такое прекращение обязательств должно быть запрещено, поскольку возможность зачета предоставляет преимущество одним владельцам облигаций перед другими.

Следует отметить, что Закон от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ разрешил эмитентам приобретать собственные облигации без соблюдения правил об оферте в пользу всех владельцев облигаций по договорам займа, договорам репо или в результате оставления за собой находящихся у него в залоге облигаций (изменения в п. 7 ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг вступили в силу с 28 декабря 2018 г.). Данные нормы призваны расширить круг операций эмитентов со своими ценными бумагами, однако они могут привести к нарушению равенства облигационеров. Так, эмитент в преддверии дефолта или после него может заключить сделку репо с «приближенным» владельцем облигаций на нерыночных условиях. Во исполнение первой части сделки репо эмитент может выплатить владельцу все оставшиеся у него денежные

средства, получив в обмен облигации, лишая тем самым других облигационеров надежды даже на частичное исполнение их требований. Встает вопрос о возможности «внеконкурсного» оспаривания таких сделок в связи со злоупотреблением эмитентом своим правом.

(б) Представитель владельцев облигаций. Представитель владельцев облигаций действует от имени всех владельцев облигаций. Требования к лицам, которые могут выполнять функции представителя владельцев облигаций, установлены в ст. 29.2 Закона о рынке ценных бумаг. Эмитент вправе, а в ряде случаев – обязан назначить такого представителя до начала размещения облигаций (п. 2 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг). Если этого не произошло, представитель владельцев облигаций может быть назначен эмитентом позднее, но при условии одобрения его кандидатуры общим собранием облигационеров (п. 3 ст. 29.1 указанного Закона), либо вовсе избран на общем собрании владельцев облигаций. Владельцы облигаций в силу п. 4 ст. 29.1 названного Закона могут своим решением также избрать нового представителя (взамен ранее назначенного эмитентом или избранного владельцами облигаций ранее).

Если эмитент не нарушил свои обязанности по облигациям, то представитель главным образом лишь наблюдает за финансовым состоянием эмитента. Если же эмитент допускает нарушение, то представитель должен приступить к активным действиям. Действуя от имени владельцев, он вправе:

- по решению общего собрания подписывать с эмитентом соглашения о новации, отступном;
- обращать взыскание на залоговое обеспечение по облигациям;
- подавать иск к эмитенту и лицу, предоставившему обеспечение по облигациям, участвовать в процессе и получать истребованное по иску, а также осуществлять ряд иных фактических и правовых действий в интересах облигационеров, указанных в законе (п. 12 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг).

Представитель владельцев облигаций обязан, в частности:

- действовать в интересах владельцев облигаций, уведомлять их обо всех случаях конфликта интересов (п. 10, 11 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг);
- распределять имущество, полученное от эмитента, между владельцами облигаций (ст. 29.3 Закона о рынке ценных бумаг).

Представитель имеет перед облигационерами фидуциарные обязанности действовать в их интересах разумно и добросовестно (п. 10 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг) и несет перед ними ответственность за их нарушение (п. 14 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг).

Можно провести некоторую осторожную параллель между представителем владельцев облигаций и арбитражным управляющим, но различие, конечно же, остается принципиальным, ибо арбитражный управляющий является представителем должника, а не кредиторов, хотя и действует в их интересах, в то время как представитель владельцев облигаций выступает как представитель кредиторов.

Важно отметить, что при наличии назначенного эмитентом или избранного собранием облигационеров представителя владельцев облигаций отдельные облигационеры по общему правилу не вправе самостоятельно осуществлять права, делегированные представителю (п. 15 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг), что не вполне характерно для классического представительства. Это положение ярко отражает примат коллективного осуществления прав по облигациям. Тем не менее если представитель владельцев облигаций по каким-то причинам медлит с обращением в суд в течение 1 месяца, при наличии оснований для этого, то владелец вправе подать иск самостоятельно (п. 16 ст. 29.1 Закона о рынке ценных бумаг).

(в) Общее собрание владельцев облигаций. Общее собрание владельцев облигаций может быть создано в любое время по инициативе эмитента либо по требованию представителя владельцев облигаций или владельцев 10% облигаций выпуска (ст. 29.9 Закона о рынке ценных бумаг). Общее собрание владельцев облигаций может принимать решения по вопросам о реструктуризации задолженности по облигациям (в том числе о согласии на внесение изменений в условия выпуска облигаций, о прекращении обязательств по облигациям отступным или новацией), об отказе от права требовать досрочного погашения облигаций, об обращении в суд к эмитенту, в том числе с требованием о признании его банкротом. Кроме того, общее собрание владельцев облигаций вправе избирать представителя владельцев облигаций и заменять ранее избранного, а также имеет некоторые другие полномочия (ст. 29.7 Закона о рынке ценных бумаг). Иные вопросы могут быть отнесены к компетенции общего собрания владельцев облигаций решением о выпуске (подп. 8 п. 1 ст. 29.7 Закона о рынке ценных бумаг в редакции Закона от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ). Чтобы исключить влияние эмитента на результаты голосования, в голосовании не могут участвовать его контролирующие и подконтрольные лица (п. 3 ст. 29.8 Закона о рынке ценных бумаг).

Характерно, что по букве Закона о рынке ценных бумаг общее собрание не имеет компетенции принимать решение о заявлении к эмитенту коллективного требования о досрочном погашении всех облигаций в связи с дефолтом. Заявлять требования о досрочном погашении

по данному основанию могут лишь отдельные владельцы (ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг). По-видимому, из этого следует, что лишь отдельные владельцы могут добиваться и судебного принуждения эмитента к такому досрочному погашению. Приведенная норма противоречит идее коллективных действий владельцев облигаций. При этом общее собрание может постановить, что представитель владельцев облигаций должен подать иск к эмитенту от имени всех владельцев. Однако если эмитент, например, просрочил выплату купона или части номинальной стоимости, не ясно, может ли представитель по такому иску потребовать досрочного погашения облигаций, или же он уполномочен лишь требовать исполнения обязательств эмитента по выплате купона и части номинальной стоимости, срок исполнения которых истек.

Второй подход в большей степени соответствует формальному прочтению закона, однако, по сути, является совершенно неверным. Если владельцы облигаций могут коллективно обратиться в суд о введении процедуры банкротства эмитента, в ходе которой срок исполнения всех обязательств будет считаться наступившим, или же обратиться взыскание на обеспечение, то они тем более могут потребовать изменения договора облигационного займа в форме досрочного погашения облигаций. Иначе говоря, соответствующую норму Закона о рынке ценных бумаг, возможно, следует толковать расширительно и включать в компетенцию общего собрания вопрос об осуществлении права на предъявление требования о досрочном погашении облигаций в связи с нарушением своих обязательств эмитентом или наступлением иных обстоятельств, дающих облигационерам право на акселерацию.

Также из Закона о рынке ценных бумаг не вполне ясно, может ли представитель владельцев обратиться в суд без решения общего собрания владельцев облигаций. Одним из вариантов решения данной проблемы может быть применение по аналогии правил ст. 993 ГК РФ об отступлении поверенного от указаний доверителя. Тогда представитель владельцев облигаций вправе обратиться в суд без решения общего собрания, если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах владельцев облигаций и представитель не мог предварительно получить согласие общего собрания. При этом представитель должен сразу же потребовать провести общее собрание по вопросу об одобрении обращения в суд.

4.5. Субсидиарное регулирование облигаций положениями ГК РФ о договорах, в том числе о договоре займа. Законодательство об облигациях устанавливает много специальных норм, отличающихся от норм ГК РФ о договорах и о договоре займа в частности. Однако, как было показано, значимость положений ГК РФ о договорах, и в том числе о договоре

займа как источника субсидиарного регулирования облигаций, в ряде случаев сохраняется.

Следует отметить, что абз. 3 ст. 816 первоначальной редакции ГК РФ указывал, что нормы параграфа ГК РФ о договоре займа применяются к отношениям между лицом, выпустившим облигацию и ее держателем, если иное не установлено законом. Данная норма была устранена в изменениях, внесенных Законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ и вступивших в силу с 1 сентября 2018 г. В контексте изложенного устранение нормы выглядит неоправданно. Впрочем, какого-то практического значения это не имеет, так как комментируемый пункт прямо объявляет, что посредством размещения облигации заключается договор займа. Такая квалификация договора с неизбежностью приводит к применению правил о займе в той части, в которой иное не следует из специальных правил об облигациях и эмиссионных ценных бумагах, а также специфики ценнобумажного законодательства.

4.6. Случаи, когда облигации имеют признаки, не типичные для договора займа. Формулировку п. 4 ст. 807 ГК РФ некоторые могут истолковать так, что путем размещения облигаций всегда заключается договор займа. Но это не совсем верное прочтение. Закон лишь говорит, что договор займа может заключаться в форме размещения облигаций, а это смещает акцент формулировки. Закон не исключает того, что в форме размещения облигаций будет заключаться и некий иной договор.

Как отмечалось в п. 1.2 комментария к настоящей статье, договор займа предусматривает получение заемщиком определенной денежной суммы, вещей, прав и его обязанность вернуть ту же денежную сумму, такое же количество аналогичных вещей или права аналогичного объема. Между тем законодательство разрешает выпускать определенные виды облигаций, чьи условия противоречат принципу возвратности предмета займа. Характеристики таких облигаций во многом совпадают с характеристиками «нестандартных» займов, описанных в подп. «д»–«з» п. 1.4 комментария к настоящей статье.

(а) Структурные облигации. По условиям структурных облигаций эмитент может не выплачивать их владельцам номинал или его часть при наступлении обстоятельств, определенных условиями облигаций. Структурные облигации, по которым эмитент безусловно обязан выплатить какую-то часть номинала, на практике называют «с частичной защитой капитала». Кроме того, структурные облигации могут предусматривать выплату номинала или его части имуществом, в том числе правами. Выпуск таких облигаций стал возможен согласно изменениям, внесенным в Закон о рынке ценных бумаг Федеральным законом от 18 апреля 2018 г. № 75-ФЗ и вступившим в силу с 16 октября 2018 г.

Структурные облигации без защиты капитала могут восприниматься как опосредующие заключение договора, являющегося производным финансовым инструментом (дериватив), а облигации с частичной защитой капитала — смешанного договора займа и дериватива. Однако важно отметить, что нормы, применяемые к структурным облигациям, сходны с нормами, применяемыми к деривативам (п. 2 ст. 1062 ГК РФ, ст. 51.4 Закона о рынке ценных бумаг), но не идентичны им. Так, в законодательстве установлен единый перечень обстоятельств, от которых могут зависеть выплаты по структурным облигациям и деривативам: изменение котировок ценных бумаг, дефолт какой-либо организации и т.д. (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг и Указание Банка России от 16 февраля 2015 г. № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов»). Однако есть следующие различия:

- к структурным облигациям не применяются правила о заключении деривативов через центрального контрагента;

- отличается перечень лиц, которые вправе приобретать деривативы и структурные облигации: стороной деривативного договора, заключенного вне биржи, по общему правилу не могут быть физические лица (п. 2 ст. 1062 ГК РФ), а структурные облигации, за некоторыми исключениями, могут приобретать как физические, так и юридические лица, являющиеся квалифицированными инвесторами (п. 2, б ст. 27.1-1 Закона о рынке ценных бумаг) и т.д.

В форме размещения структурных облигаций российские эмитенты могут привлекать финансирование по модели, аналогичной кредитным нотам (*credit-linked notes (CLN)*). Например, эмитент выпускает структурные облигации, получает за них денежные средства, обязуется уплачивать повышенный купон и вернуть финансирование по истечении определенного срока, но при банкротстве некоего третьего лица, в бизнес которого эмитент инвестировал привлеченные от облигационеров средства, долг эмитента перед облигационерами списывается в целом или в части.

В общем и целом вопрос о том, идет ли здесь речь действительно о деривативе (производном финансовом инструменте) или облигационном займе, пока не прояснен.

(б) *Оплата облигаций и погашение номинала имуществом.* При размещении облигаций, за исключением облигаций акционерного общества, они могут оплачиваться имуществом, в том числе индивидуально-определенными вещами и имущественными правами (п. 22.11 Стандартов эмиссии, п. 2 ст. 34 Закона об АО). Облигации также могут предусматривать погашение эмитентом своего долга имуществом. Из определения облигаций следует, что такое имущество должно быть

эквивалентно номиналу, если только облигации не являются структурными. Законодательство не поясняет, в каких случаях будет обеспечена эквивалентность. Можно предположить, что стоимость имущества должна равняться номинальной стоимости облигаций согласно отчету оценщика или биржевым котировкам такого имущества.

Законодательство не требует, чтобы имущество, которым осуществляется погашение облигаций, было определено родовыми признаками либо соответствовало имуществу, которое было получено эмитентом в обмен на облигации при их размещении. В зарубежной практике наиболее часто встречается погашение структурных облигаций имущественными правами. Это характерно для кредитных нот (*CLN*) и нот участия в кредите (*loan participation notes (LPN)*), исполнение обязательств по которым привязано к исполнению обязательств третьего лица, при этом права к такому лицу могут быть заложены в пользу владельцев облигаций. В случае неисполнения третьим лицом своих обязательств эмитент может погасить облигации, передав заложенные права требования владельцам облигаций. Те, в свою очередь, могут взыскать задолженность в судебном порядке. Очевидно, что имущественные права, которыми может осуществляться погашение облигаций, будут индивидуально-определенными.

Наконец, облигации, в том числе не являющиеся структурными, могут предусматривать конвертацию в акции того же эмитента (конвертируемые облигации).

Как представляется, если речь идет об обычной (не структурной) облигации, сам факт того, что эмитент имеет право, но не обязан погасить свой денежный долг путем передачи имущества, не мешает квалификации договора первичного размещения облигации как облигационного займа. В случае же со структурной облигацией спорность заемной квалификации, как указывалось выше, предопределяется иным фактором (условностью обязательства по возврату финансирования).

(в) Бессрочные облигации. Бессрочные облигации предусматривают регулярную выплату процента и по общему правилу не предполагают выплаты номинала, кроме случаев досрочного погашения по усмотрению эмитента. В доктрине бессрочные облигации часто рассматриваются как инструмент, соединяющий в себе черты как классического долгового, так и акционерного финансирования. Действительно, отсутствие срока возврата делает такие облигации похожими на привилегированные акции. На практике в зарубежных правовых порядках бессрочный корпоративный долг по облигациям чаще всего может погашаться только после исполнения обязательств перед остальными

кредиторами (является субординированным) и предусматривает право эмитента отказаться от выплаты процентов. Тем самым бессрочные облигации в еще большей степени сближаются с привилегированными акциями.

Указание на возможность выпуска кредитными организациями субординированных облигаций без срока погашения впервые появилось в ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности (введена Федеральным законом от 22 декабря 2014 г. № 432-ФЗ). Согласно этому закону субординированные облигации кредитных организаций должны предусматривать конвертацию в акции или доли в уставном капитале либо списание задолженности при ухудшении финансового положения или санации кредитной организации. Появление такого указания было продиктовано ужесточением требований к собственным средствам кредитных организаций и привело к выпуску первых бессрочных облигаций по российскому праву в 2016 г.

Закон от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ разрешил выпускать бессрочные облигации и отдельным хозяйственным обществам, не являющимся кредитными организациями (ст. 27.5-7 Закона о рынке ценных бумаг). Однако такие хозяйственные общества должны осуществлять деятельность в течение хотя бы 5 лет, не допускать в этот срок дефолт по иным выпущенным ими облигациям и иметь кредитный рейтинг того же уровня, что и Российская Федерация. Решение о размещении облигаций без срока погашения принимается общим собранием участников (акционеров) хозяйственного общества — эмитента таких облигаций большинством в 95% голосов всех участников (всех акционеров — владельцев голосующих акций). При этом бессрочные облигации таких хозяйственных обществ могут приобретаться только квалифицированными инвесторами — юридическими лицами (п. 2 ст. 27.5-7 Закона о рынке ценных бумаг). Эти требования в силу прямого указания закона не применяются к субординированным облигациям без срока погашения, выпущенным кредитными организациями (п. 8 ст. 27.5-7 Закона о рынке ценных бумаг). По сути, очевидно, что такую нестандартную ценную бумагу помимо банков сможет выпускать лишь достаточно небольшое число очень крупных корпораций.

Владельцы «вечных» облигаций в силу п. 5 указанной статьи Закона о рынке ценных бумаг не вправе предъявлять требование о досрочном погашении таких облигаций, в том числе по основаниям, предусмотренным ст. 17.1 Закона о рынке ценных бумаг (т.е. даже в случае существенного нарушения эмитентом условий исполнения обязательств по облигациям).

В соответствии с зарубежной практикой п. 4 ст. 27.5-7 Закона о рынке ценных бумаг разрешает предусмотреть в условиях бессрочных облигаций право эмитента в течение срока их обращения отказаться от выплаты купона по ним. По умолчанию такого секундарного (преобразовательного) права у эмитента нет.

Наконец, согласно изменениям в п. 4 ст. 134 Закона о несостоятельности (банкротстве), вступившим в силу с 28 декабря 2018 г., «требования кредиторов, являющихся владельцами облигаций без срока погашения, удовлетворяются после удовлетворения требований всех иных кредиторов», т.е. являются *a priori* субординированными. Судя по всему, Закон о несостоятельности (банкротстве) допускает включение требований из бессрочных облигаций в реестр требований кредиторов их эмитента при банкротстве последнего, но субординирует его, что *de facto* лишает владельцев таких облигаций шансов на получение удовлетворения в отношении номинала долга из конкурсной массы эмитента при банкротстве последнего. Не вполне ясно, касается ли эта норма о субординации не только требования о погашении номинала облигации, но также и начисленных, но не выплаченных процентов. Учитывая близость субординированных облигаций с акциями, логично предположить, что требования о выплате начисленных процентов по бессрочным облигациям, подобно требованиям о начисленных дивидендах (исходя из абз. 8 ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве)), также должны быть субординированными.

Закон прямо говорит о том, что к отношениям, связанным с облигациями без срока погашения, правила ГК РФ о займе применяются с учетом особенностей, установленных статьей о бессрочных облигациях (п. 7 ст. 27.5-7 Закона о рынке ценных бумаг). В силу этого, например, оказываются неприменимыми правила ст. 811, 813 и 814 ГК РФ о праве займодавца требовать досрочного погашения займа при указанных в этих статьях условиях. Однако можно ли применительно к бессрочным облигациям с доктринальной точки зрения говорить о подлинном займе, вопрос спорный. Как представляется, здесь мы имеем дело с очень специфической и нестандартной конструкцией, и вряд ли есть основания для заемной квалификации, так как квалифицирующий признак возвратности в данном случае полностью исключен. Скорее, речь нужно вести о некоем непоименованном договоре, к которому, возможно, могут применяться избирательно некоторые правила о договоре займа.

Дополнительно отметим, что ГК РФ уже известна конструкция бессрочного обязательства — это договор постоянной ренты (§ 2 гл. 33),

в соответствии с которым одна сторона (получатель ренты) передает другой стороне (плательщику ренты) в собственность имущество, а плательщик ренты обязуется в обмен на полученное имущество периодически и бессрочно выплачивать получателю ренты в виде определенной денежной суммы. Данная конструкция близка к сути бессрочного и безвозвратного финансирования под обязательство вечно выплачивать некий процент. Однако конструкция постоянной ренты и ряд элементов правового режима этого договора (в частности, нормы об ограниченном круге получателей ренты, о праве получателя ренты требовать выкупа ренты) показали законодателю не соответствующими природе бессрочных облигаций.

Несмотря на то что бессрочные облигации банков по российскому праву уже обращаются, споры по поводу них пока не рассматривались в российских судах. В связи с этим нельзя исключить, что в будущем к ним возникнут вопросы, не рассмотренные в настоящем комментарии.

(г) Итоговые замечания. В итоге кажется разумным следующий вариант толкования п. 4 ст. 807 ГК РФ, «примиряющий» его со специальным законодательством: путем выпуска облигаций может заключаться не только договор займа, но и, например, деривативный договор, смешанный договор, сочетающий черты дериватива и займа (в случае со структурными облигациями) или непоименованный договор (в случае с бессрочными облигациями). Такое толкование позволяет выпускать бессрочные и структурные облигации, однако не проясняет, в какой степени к таким облигациям должны применяться правила о договоре займа. Тем не менее можно предположить, что применимы будут многие нормы ГК РФ о займе, действующие в отношении обычных облигаций. Так, вполне успешно могут применяться, например, правила о целевом займе (ст. 814 ГК РФ). Правила о возврате суммы долга и последствиях нарушения договора займа (п. 1 ст. 810, ст. 811 ГК РФ) применимы к случаям, когда у эмитента бессрочных и структурных облигаций возникает обязанность их погашения.

5. Предоставление займа третьему лицу. Комментируемая норма, устанавливающая возможность предоставления займа за счет передачи имущества не самому заемщику, а указанному им третьему лицу, является новеллой ГК РФ и вступила в силу 1 июня 2018 г. Включение данной нормы в ГК РФ абсолютно обосновано как применительно к консенсуальному займу и кредиту, так и займу сугубо реальному. Ранее такая возможность признавалась в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 декабря 1997 г. № 5589/97), тем

не менее ее фиксация на уровне текста закона повышает правовую определенность.

Здесь, впрочем, следует различать две ситуации.

5.1. Передача займа представителю. В первой из них речь идет о представителе заемщика, который от имени заемщика принимает имущество, предоставляемое по договору займа (например, наличные деньги или товары, определяемые родовыми признаками). Обычно полномочия на совершение таких действий оформляются выданной представляемым (в данном случае — заемщиком) доверенностью. Но полномочия могут вытекать также и из закона (например, директор юридического лица) или обстановки. Здесь в полной мере работают положения ст. 312 ГК РФ о проверке полномочий при вручении исполнения кредитору по обязательству (в отношении реального договора займа — по аналогии закона).

Соответственно, займодавец при осуществлении предоставления вправе запросить подтверждение полномочий и может не предоставлять имущество, пока ему не будут предъявлены такие доказательства, с применением в случае консенсуального займа правил п. 3 ст. 405 и ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора. При отсутствии у займодавца правовых оснований приостановить исполнение при предъявлении представителем достаточных доказательств своих полномочий, займодавец по консенсуальному договору обязан передать имущество такому представителю и впадет в просрочку, если этого не сделает. Здесь следует также напомнить, что в силу редакции ст. 312 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., заемщик может потребовать от представителя займодавца нотариальную доверенность на получение имущества от имени заемщика, вправе не осуществлять передачу имущества при непредставлении такой доверенности в ответ на соответствующее требование ее предъявить и рассчитывать на применение правил ст. 406 и п. 3 ст. 405 ГК РФ о последствиях просрочки кредитора.

Переданные представителю заемщика наличные деньги и вещи попадают непосредственно в собственность заемщика и через имущественную массу представителя не проходят (если только они не смешиваются с однородными вещами, принадлежащими самому представителю). Эти вещи находятся лишь во владении представителя. Но если полученные деньги или родовые вещи не были каким-то образом отделены от денег и вещей самого представителя (например, полученные деньги были им зачислены временно на свой банковский счет или положены в банковскую ячейку наряду со своими собственными наличными средствами), при впадении представителя в банкротство в период после получения представителем данного имущества и до его

передачи заемщику оно может быть «затянуто» в конкурсную массу представителя. Поэтому заемщику не стоит затягивать с получением данного полученного представителем на имя заемщика имущества.

Задача представителя, получившего вещи или наличные деньги от имени заемщика, состоит в том, чтобы передать их далее самому заемщику, оказав ему тем самым соответствующую услугу. Подобная услуга может оказываться в силу наличия у представителя трудовых отношений с представляемым заемщиком, отношений по договору поручения или агентского договора, лично-доверительных отношений (семейных или дружеских) или иных причин. В общем и целом применительно к такой ситуации говорить о передаче имущества указанному заемщиком *третьему лицу* не совсем правильно. Соответствующий представитель не является третьим лицом. В этом плане комментируемая норма ничего нового не говорит, правила ст. 312 ГК РФ и нормы о представительстве вполне справлялись бы и без этого положения.

5.2. Переадресация исполнения. Комментируемая норма, видимо, говорит несколько об иной ситуации. А именно о ситуации, когда заемщик просит займодавца учинить исполнение *в адрес* третьего лица, т.е. переадресует причитающееся ему (заемщику) предоставление напрямую некоему третьему лицу. Как правило, это происходит в случае с безналичными деньгами или бездокументарными ценными бумагами, но теоретически может происходить и в случае с товарами, определяемыми родовыми признаками.

Третье лицо здесь будет получать передаваемое имущество не от имени заемщика (т.е. не как представитель), а для себя и от своего имени. Как правило, такая ситуация складывается тогда, когда у заемщика имеются кредиторы по денежным обязательствам, и он просит займодавца (банк) предоставить заем (кредит) путем прямого перечисления займа безналичным перечислением на счета своих кредиторов. Такой прямой платеж будет одновременно предоставлением займа (кредита) самому заемщику и в то же время погашать долг заемщика перед его собственными кредиторами. В этом плане такая адресованная займодавцу просьба заемщика (или закрепленное в договоре займа условие) будет структурировать возложение исполнения денежного обязательства заемщика перед своими кредиторами на займодавца с применением правил ст. 313 ГК РФ о возложении исполнения. Уплата третьим лицом (займодавцем) кредиторам заемщика соответствующей денежной суммы приведет к погашению долга заемщика перед своим кредитором, а также к возникновению у заемщика нового договорного долга по возврату займа займодавцу. Правило п. 5 ст. 313 ГК РФ о том, что при погашении третьим лицом долга должника

перед кредитором происходит суброгация, здесь не применяется, так как правило о суброгации рассчитано на ситуации, когда третье лицо платит за должника при отсутствии возложения. Если же третье лицо платит за должника в силу наличия у него соглашения с должником (дарение, заем и т.п.), последствия платежа определяются природой и условиями такого соглашения (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В случае заемной природы договора между должником и третьим лицом вместо перехода к третьему лицу права требования кредитора к должнику (в силу ст. 384 ГК РФ со всеми начисленными процентами и акцессорными обеспечениями) у должника, чей долг погашен, возникает собственный, новый долг на ту же сумму, имеющий заемную природу, долг должника перед его кредитором прекращается и все акцессорные обеспечения (например, залог, поручительство) тоже.

Впрочем, нельзя исключить того, что в соглашении третьего лица и должника будет указано на обязанность третьего лица погасить долг должника, а также на то, что последствием такого платежа будет не возникновение заемного долга, а та самая суброгация, которая по умолчанию при наличии отношений по возложению не работает. Пункт 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 допускает возможность установления последствий платежа третьего лица в его соглашении с должником, и нет причин запрещать право сторон согласовать именно модель суброгации. Этот вариант может быть востребован в связи с тем, что в его рамках обеспечения изначального долга должника, предоставленные не самим должником, а иными лицами, сохраняются и в силу ст. 384 ГК РФ права по таким обеспечениям переходят к уплатившему долг третьему лицу; реоформление таких обеспечений и получение согласия обеспечителей не потребуются. Кроме того, возможны и иные преимущества. Например, если изначальный кредитор имел в качестве обеспечения старшую ипотеку на имущество должника, обремененную также еще и последующей ипотекой, использование обычного заемного варианта приведет к тому, что обеспеченный ипотекой долг прекратится, а у изначального должника возникнет новый долг перед третьим лицом на ту же сумму, в обеспечение которого придется оформлять новую ипотеку, и такая ипотека окажется уже младшей, субординированной по отношению к прежней младшей ипотеке. Так что такой вариант можно признать вполне разумной опцией. В то же время здесь нельзя уже говорить о займе. По сути, мы будем иметь дело с неким непоименованным соглашением между должником и третьим лицом о возложении исполнения с суброгацией. В Определении КЭС ВС РФ от 24 октября 2018 г.

№ 305-ЭС18-10166 возможность заключения такого соглашения была признана. В данном деле в договоре на суброгацию прямо не было указано, но ВС РФ почему-то истолковал соглашение между должником и третьим лицом таким образом, что осуществление третьим лицом платежа за должника влечет именно суброгацию. Имеются сомнения, что в данном конкретном случае имелись основания для именно такой, а не заемной квалификации заключенного между должником и третьим лицом соглашения, но, если представить, что в подобном соглашении суброгация была прямо указана, нет ни одной причины такую сделку признавать и отличать от займа.

Возвращаясь к собственно заемной конструкции, следует заметить, что все вышесказанное относится с необходимыми адаптациями и к предоставлению займа в форме передачи товаров или иных объектов, способных быть определенными родовыми признаками и выступить в качестве объектов предоставления по договору займа. При любом объекте предоставления особенность данной модели в том, что передаваемое в заем имущество в имущественную массу заемщика не попадает, минует эту массу и направляется напрямую в имущественную массу соответствующих третьих лиц.

Само возложение исполнения на займодавца, как уже отмечалось, может быть оформлено двумя способами. Во-первых, в договоре займа (кредита) может иметься условие о том, что займодавец (банк) обязуется предоставить (в случае реального договора — предоставляет) заем конкретному третьему лицу или любому лицу, которого укажет в своей отгрузочной разнарядке (платежной инструкции) сам заемщик (возможно, с какими-то ограничениями по персоналиям возможных адресатов). В такой ситуации если соответствующее указание от заемщика поступает, займодавец по консенсуальному договору обязан его исполнять и будет нести ответственность в случае уклонения. Во-вторых, если в консенсуальном договоре займа (кредите) обязанность займодавца исполнять в адрес определенного третьего лица или следовать указаниям заемщика на сей счет не предусмотрена, займодавец (банк) не обязан следовать просьбам заемщика о передаче объекта займа третьему лицу, но может и исполнить просьбу заемщика, приняв такое возложение. В случае с реальным договором займодавец также не обязан следовать каким-то указаниям, так как вовсе не связан договором до передачи имущества, но может и исполнить просьбу заемщика, предоставив имущество в адрес указанного таким заемщиком или в договоре лицу.

При этом для займодавца абсолютно неважно, имеются ли у заемщика действительно долги перед указанными третьими лицами,

для погашения которых и происходит переадресация. Этот аспект займодавца волновать не должен. Если заемщик указал ему третье лицо как адресата для предоставления займа, и заемщик осуществил предоставление в адрес этого третьего лица, заем считается предоставленным, а у заемщика возникает обязательство возвращать заем и уплачивать процент (если заем процентный). Тот факт, что фактически заем не попадал в имущественную массу заемщика, значения не имеет. Более того, даже если этот платеж в адрес третьего лица никак заемщика фактически не обогатил (например, у заемщика на самом деле не было обязательства перед указанным третьим лицом), это его собственный риск и он не ставит под сомнение наличие его договорного долга перед займодавцем по возврату займа. Поэтому, например, если за счет такого платежа, произведенного по просьбе заемщика банком в адрес некоего продавца, которому заемщик должен был перечислить аванс за ту или иную вещь, подлежащую передаче продавцом этому заемщику в силу связывающего их договора купли-продажи, но продавец, получив деньги, впал в банкротство, передать вещь не смог, а заемщик-покупатель не смог добиться в ходе конкурсного производства удовлетворения своего требования к продавцу ни в натуральной, ни в денежной форме, заемщик-покупатель не может ссылаться на эти драматические обстоятельства в своих отношениях с займодавцем и должен в любом случае исполнять свои обязательства по возврату займа.

5.3. Идентификация моделей. Если речь идет о предоставлении займа в форме безналичного перечисления или реоформления бездокументарных ценных бумаг на соответствующий счет указанного заемщиком третьего лица, модель представительства, описанная в п. 5.1 комментария к настоящей статье выше, вряд ли возможна. Разрыв владения и собственности, который возможен в случае с вещами, здесь помыслить сложно. Соответственно, указанное имущество поступает в имущественную массу третьего лица, а следовательно, речь идет о модели переадресации исполнения, описанной в п. 5.2 комментария к настоящей статье выше. Исключением может являться случай зачисления безналичных денег на номинальный счет или иной подобный счет, открытый третьим лицом для учета денежных средств и ценных бумаг, права на которые фактически принадлежат заемщику.

Если же речь идет о передаче наличных денег или вещей, определяемых родовыми признаками, теоретически возможны обе модели. Указанное заемщиком третье лицо, уполномоченное (управомоченное) на получение займа от займодавца, может быть как представителем

заемщика, получающим наличные деньги (товары) для него и от его имени, так и неким кредитором заемщика, получающим платеж наличными (товары) в счет своего однородного требования к заемщику. Нередко из содержания волеизъявления заемщика, в котором указывается на необходимость предоставления займа тому или иному третьему лицу, понять природу складывающихся между этим третьим лицом и заемщиком отношений может быть сложно. Как известно, в силу п. 3—4 ст. 185 ГК РФ полномочие на совершение сделок может быть закреплено в письме представляемого тому лицу, с кем будет совершаться сделка, или даже в договоре между таким лицом и представляемым. Но в той же форме могут отражаться и инструкции, структурирующие возложение на займодавца исполнения обязательств заемщика перед своими кредиторами. Но, как представляется, займодавца эти нюансы волновать не должны. Его задача проверить, передает ли он имущество указанному заемщиком лицу. Если да, заем будет считаться предоставленным, а у заемщика возникнет договорное обязательство его вернуть, независимо от того, какие отношения связывают указанное лицо и самого заемщика, идет ли речь о представительстве или возложении исполнения. Последний аспект крайне важен для определения правоотношений между заемщиком и получателем имущества, но займодавца заботить не должен.

6. Ограничение на массовые сделки по привлечению денег граждан на заемной основе. Согласно комментируемому пункту юридическое лицо вправе привлекать денежные средства граждан в виде займа под проценты путем публичной оферты либо путем предложения делать оферту, направленного неопределенному кругу лиц, только если законом такому юридическому лицу предоставлено право на привлечение денежных средств граждан (за исключением случаев выпуска облигаций).

Смысл этой нормы состоит в предотвращении различных злоупотреблений на рынке заимствований. В принципе, возможны три основные экономические модели, в основе которых лежат массовые денежные заимствования.

Во-первых, это деятельность финансового посредника, когда за счет привлекаемых у одних лиц денежных заимствований посредник выдает займы третьим лицам, зарабатывая на процентной разнице. Это суть банковской деятельности. Банковскую же деятельность могут осуществлять только банки или иные кредитные организации, имеющие соответствующие лицензии, но при этом привлекать вклады граждан могут *только банки*, имеющие соответствующую лицензию (п. 4 ст. 834 и ст. 835 ГК РФ). С рядом ограничений закон допускает на массовой основе привлечение денежных заимствований у граждан микрофинан-

совым организациям, внесенным в государственный реестр МФО (п. 2 ст. 12 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях). Незаконная банковская деятельность карается уголовно (ст. 172 УК РФ).

Во-вторых, тем более этот запрет распространяется на различные финансовые пирамиды, где привлекаемые у граждан под проценты новые займы направляются на возврат ранее полученных займов и начисленных процентов с неминуемым крахом пирамиды по прошествии определенного времени, когда суммы, подлежащие возврату, начнут превышать объем привлекаемого нового заемного финансирования. Организация подобных пирамид запрещена и карается уголовно (ст. 172.2 УК РФ).

В-третьих, это привлечение организациями массовых денежных займов у граждан в целях инвестирования в те или иные собственные бизнес-проекты. Здесь нет состава уголовной ответственности, но юридические лица в силу комментируемой нормы такой способ массового привлечения финансирования использовать по общему правилу не могут. Они могут взять кредит или некий заем или даже несколько займов, но публично предлагать неопределенному кругу лиц предоставить им заемное финансирование под процент такие юридические лица не могут.

Комментируемая норма распространяется на все три указанные модели, и при этом касается только а) денежных займов, б) предоставляемых под процент в) гражданами г) юридическому лицу д) на основе публичных предложений последних. Соответственно, по букве закона запрет не применяется, если:

- организация предлагает неограниченному кругу лиц предоставить, например, заем акций или тех или иных цифровых активов;
- организация завлекает людей предоставить ей беспроцентный заем;
- соответствующая оферта или предложение делать оферту адресовано юридическим лицам, а не гражданам;
- эту оферту или предложение делать оферту направляет и займствования таким образом пытается привлечь не юридическое лицо, а гражданин;
- не делается публичное предложение, а заключается разовый договор с конкретным контрагентом по результатам индивидуальных переговоров (например, с бенефициаром общества, у которого последнее намерено привлечь заем для финансирования своей деятельности).

6.1. Последствия нарушения нормы. В ГК РФ не указано, каковы санкции за нарушение данного предписания.

Признание заключенного с гражданами договора займа недействительным явно не может являться адекватной санкцией. Гражданин не должен пострадать, если организация нарушает указанные ограничения, ничтожность же сделки неминуемо приведет к ухудшению положения гражданина, так как лишит его права на взыскание согласованного процента. Как представляется, санкции за нарушение данного предписания должны быть сугубо публично-правовыми (например, уголовная ответственность за незаконную банковскую деятельность по ст. 172 УК РФ или за организацию финансовых пирамид по ст. 172.2 УК РФ).

Встает также вопрос о том, не стоит ли предоставить займодавцу-гражданину во всех случаях право на досрочный возврат займа. Ответ на этот вопрос не вполне очевиден. Тот факт, что заемщик-организация нарушила требования закона, запрещающего массовое привлечение денежных займов граждан, сам по себе не свидетельствует о низкой платежеспособности и повышении тех кредитных рисков, которые займодавец-гражданин имел в виду, предоставляя денежный заем. Займодавец-гражданин не рассчитывал и не мог рассчитывать на право досрочного истребования займа, ибо он заключал именно договор займа, а в силу правил о займе у займодавца по умолчанию права требовать досрочного погашения займа нет. Иначе говоря, разумные ожидания займодавца не страдают.

Особая ситуация возникает в случае с привлечением кредитными организациями денежных займов от граждан. Если кредитная организация пытается систематически привлекать денежные процентные займы у граждан, выдавая реально предлагаемый к заключению договор займа за вклад или аналог вклада, вводя тем самым граждан в заблуждение, имеются основания для применения п. 2–3 ст. 835 ГК РФ. Это означает переквалификацию договора в договор вклада, дающий гражданину право досрочно снять вклад.

Но возникает вопрос о том, должна ли такая же переквалификация происходить и тогда, когда кредитная организация не вводит граждан в заблуждение, выдавая заем за вклад, но пытается на систематической основе привлекать деньги граждан на возвратной процентной основе не в форме вкладной операции, а за счет заключения договоров процентного займа, обходя тем самым императивные правила ст. 837 ГК РФ о праве вкладчика-гражданина досрочно снять срочный вклад (см. подробнее комментарий к п. 3 ст. 835 ГК РФ). Применение правил п. 2–3 ст. 835 ГК РФ позволит обосновать право займодавца-гражданина потребовать досрочного возврата предоставленных средств. Здесь многое зависит от политико-правового выбора: хотим ли мы запретить

альтернативные способы привлечения банками денежных процентных займствований *от граждан* и ограничить различные варианты обхода законодательных норм о вкладах граждан? Если да, то все альтернативные варианты привлечения денег граждан на заемной основе (через обычные займы, векселя, кредитные ноты и т.п.) следует банкам запрещать, признавать обходом закона и применять те правила о вкладах граждан, которые банки хотели обойти.

Впрочем, полной ясности по этому вопросу в судебной практике нет.

В практике российских судов встречается множество споров, в которых граждане пытаются взыскать с банков денежные средства, привлеченные банками опосредованно через механизм размещения среди граждан кредитных нот зарубежного эмитента. Некоторые банки активно предлагали своим состоятельным вкладчикам переоформить вклады в приобретение кредитной ноты некой зарубежной компании-эмитента, которая выступает посредником между гражданином и банком, переводя полученные в результате размещения кредитной ноты деньги граждан банку в качестве займа или вклада. При этом сами банки выступали в качестве представителей этих эмитентов кредитных нот и оформляли сами от имени последних сделки с гражданами по размещению кредитной ноты. Использование такой схемы позволяет среди прочего лишиться гражданина права досрочного снятия вклада, ибо гражданина и банк не связывают договорные правоотношения по вкладу, избегать отчислений по страхованию вкладов граждан и т.п. ВС РФ в серии своих актов, посвященных кредитным нотам, выпущенным в привязке к субординированной задолженности банка «Траст», не увидел проблемы в использовании банком такой схемы привлечения денежных займствований граждан с использованием формального посредника (эмитента кредитной ноты) и не произвел перекалификацию такой сложной схемы в обычный вклад (определения КГД ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 18-КГ17-70, от 4 июля 2017 г. № 18-КГ17-79, от 18 июля 2017 г. № 18-КГ17-77 и др.). Позиция Суда по этим спорам кажется спорной.

6.2. Исключение для выпуска облигаций. Согласно прямому указанию в комментируемом пункте случаи размещения организациями облигаций, в том числе среди граждан, не подпадают под указанный запрет. О привлечении займствований путем выпуска облигаций см. комментарий к п. 4 настоящей статьи.

7. Особенности привлечения гражданами процентного займа в некоммерческих целях. Привлечение гражданами процентных займов в неком-

мерческих целях, по мнению законодателя, обладает определенной спецификой, определяемой в первую очередь осознанием необходимости повышенной защиты заемщика в такой ситуации, обеспечения условий для принятия более информированного решения о заключении договора и более интенсивного ограничения свободы договора.

Граждане берут процентные займы в трех основных формах. В первую очередь речь идет о кредитах, привлекаемых гражданами-потребителями в некоммерческих целях у банков и иных кредитных организаций. Во вторую — о потребительских микрофинансовых, ломбардных и иных подобных займах, предоставляемых гражданам некредитными организациями. Наконец, также крайне распространено предоставление на разовой основе, не в качестве систематической деятельности, процентных займов гражданам другими гражданами, куда реже коммерческими и некоммерческими организациями, для которых предоставление таких займов не является основным видом деятельности. Например, к таким займам можно отнести займы, предоставляемые работодателем работнику, которые, как правило, являются беспроцентными либо выдаются под процентную ставку ниже рыночной и которые выведены законодателем из-под специального регулирования о потребительском кредитовании (п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе)). Некоторые особенности таких договоров известны и тексту ГК РФ (например, п. 5 ст. 809, абз. 2 п. 2 ст. 810 ГК РФ), но ГК РФ допускает, что более детально данные отношения могут регулироваться специальными законами. На настоящий момент такое специальное регулирование установлено и, видимо, в дальнейшем и будет касаться преимущественно потребительских кредитов и займов, предоставляемых гражданам банками, иными кредитными организациями, ломбардами и МФО. Комментарий к п. 7 настоящей статьи будет касаться именно таких займов (кредитов).

7.1. Законы, устанавливающие особенности предоставления потребительских займов. В п. 7 предусматривается, что положения гл. 42 ГК РФ носят общий характер, особенности предоставления займа под проценты заемщику-гражданину в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью, определяются в других федеральных законах. Прежде всего, к таким федеральным законам относится Закон о потребительском кредите (займе), который устанавливает общие правила, которые применяются ко всем договорам потребительского кредита (займа). Нормы, устанавливающие особенности предоставления потребительских кредитов (займов) отдельными профессиональными кредиторами, также содержатся в специальных федеральных законах, регулирующих деятельность таких кредиторов: кредитных организа-

ций – в Законе о банках и банковской деятельности, некредитных финансовых организаций – в Законе о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях, Законе о кредитной кооперации, Законе о сельскохозяйственной кооперации и Законе о ломбардах.

Следует отметить, что формулировка комментируемой нормы может повлечь некоторые трудности правоприменения.

Во-первых, не вполне понятно, почему в комментируемом пункте сфера применения норм иных законов ограничена только отношениями, возникающими в связи с *предоставлением займа*. В то время как большая часть положений, которые содержатся в вышеуказанных законах, регулирует отношения, связанные с *исполнением договора потребительского кредита (займа)*. Представляется, что установленные такими законами особенности должны распространяться как на отношения, возникающие в связи с предоставлением займа, так и в связи с исполнением соответствующего договора. Иначе говоря, норму следует толковать расширительно, и это достаточно очевидно.

Во-вторых, в комментируемой норме по аналогии с Законом о потребительском кредите (займе) выбран весьма необычный способ описания потребительского характера отношений, возникающих между кредитором и заемщиком-гражданином. Соответствующим признаком наделяется не лицо, которому предоставляется заем (кредит), а цель, точнее, мотив заключения договора одной из его сторон. Потребительским считается заем, предоставленный в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Такой подход нельзя назвать удачным. Так, из формулировки комментируемого пункта неясно, чьи именно цели имеет в виду законодатель. Когда кредитор предоставляет кредит (заем), а заемщик получает его, каждая из сторон кредитного отношения преследует собственные цели. Поскольку в норме говорится о целях в контексте предоставления кредита (займа), то можно было бы предположить, что законодатель имеет в виду цели кредитора. Учитывая, что все кредиторы, кроме кредитных потребительских кооперативов, являются коммерческими организациями, их конечная цель состоит в извлечении прибыли, т.е. непосредственно связана с осуществлением предпринимательской деятельности. Следовательно, вопреки буквальному прочтению нормы указанные в ней цели следует признать целями заемщика-гражданина, поскольку он получает и использует кредит (заем) в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Кроме того, в комментируемой норме для определения сферы регулирования используется выражение «в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности». Несмотря на использование

законодателем слова «цели», потребительский кредит (заем) не должен рассматриваться как целевой заем в смысле ст. 814 ГК РФ. Полагаем, что следовало бы определять потребительский заем, указав, что он получается и используется заемщиком для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Наконец, комментируемый пункт прямо упоминает о возможности установления в иных законах особенностей предоставления потребительских займов только под проценты. Вместе с тем считаем, что правилами комментируемой статьи не исключается возможность установления таких особенностей и в отношении беспроцентных потребительских займов. В частности, в настоящее время соответствующие особенности условий и порядка выдачи сельскохозяйственным кредитным потребительским кооперативом своим членам беспроцентных займов закреплены ст. 40.1 Закона о сельскохозяйственной кооперации.

7.2. Закон о потребительском кредите (займе). Закон о потребительском кредите (займе) является основным источником норм законодательства о потребительском кредите (займе).

До вступления в силу норм Закона о потребительском кредите (займе) отношения, складывающиеся по поводу потребительского кредита (займа), регулировались несколькими группами правовых норм, которые содержались в ГК РФ и Законе о защите прав потребителей. Особенности условий и порядка заключения договоров займа с кредитором конкретного вида устанавливались в нормах специальных законов, регулирующих деятельность отдельных видов профессиональных кредиторов. Наличие разрозненных норм в нескольких источниках права нередко приводило к неоднородной правоприменительной практике и отсутствию понятных как для кредитора, так и для заемщика правил взаимодействия. Принятие Закона о потребительском кредите (займе) обеспечило наличие таких унифицированных правил, а также позволило в определенной степени сбалансировать интересы сторон договора.

Необходимо отметить, что, несмотря на очевидный положительный эффект от принятия Закона о потребительском кредите (займе), практика применения его норм выявила необходимость его дальнейшего совершенствования. С момента принятия в 2013 г. в Закон о потребительском кредите (займе) четыре раза вносились изменения, в том числе и в связи с выявленными проблемами правоприменения. Некоторые проблемы применения норм Закона о потребительском кредите (займе), как будет показано далее, остаются нерешенными до сих пор.

(а) Предмет регулирования. Как ранее указывалось, сфера регулирования Закона о потребительском кредите (займе), определенная

в ч. 1 ст. 1 указанного Закона, шире, чем это предусмотрено в комментируемой норме. К ней относятся не только отношения, возникающие в связи с предоставлением потребительского кредита (займа), но и в связи с исполнением договора потребительского кредита (займа). Как следует из анализа содержания Закона о потребительском кредите (займе), круг регулируемых им отношений также охватывает отношения, возникающие до предоставления заемщику суммы кредита (займа), например, в части обязанности кредитора довести до заемщика информацию об условиях предоставления, использования и возврата кредита (займа). Законом о потребительском кредите (займе) устанавливаются особенности заключения договора потребительского кредита (займа) и иных договоров с кредитором и третьими лицами, определяются требования к содержанию договора, включая требования к размещению в договоре ПСК. В Законе о потребительском кредите (займе) содержатся нормы, регулирующие отношения при предоставлении и возврате суммы кредита (займа), при переходе прав кредитора по договору к третьему лицу, при нарушении заемщиком денежных обязательств по договору, а также отношения, возникающие в связи с реализацией Банком России и органами государственной власти полномочий по регулированию, контролю и надзору.

В первоначальной редакции Закона о потребительском кредите (займе) в сферу его регулирования не включался потребительский кредит (заем), обязательства заемщика по которому обеспечены ипотекой (ч. 2 ст. 1 Закона). Законом от 5 декабря 2017 г. № 378-ФЗ Закон о потребительском кредите (займе) был дополнен новой ст. 6.1, определяющей особенности условий договора потребительского кредита (займа), обеспеченного ипотекой. Одновременно ч. 2 ст. 1 Закона о потребительском кредите (займе) была дополнена указанием на то, что правила Закона о потребительском кредите (займе) неприменимы к ипотечным займам и кредитам *кроме случаев, когда в самом Законе о потребительском кредите (займе) указано на обратное*. Положения ст. 6.1 Закона о потребительском кредите (займе) как раз и фиксируют те правила, которые применимы к ипотечному займу или кредиту. Иначе говоря, правила Закона о потребительском кредите (займе) применяются к ипотечным займам и кредитам избирательно. В частности, в рамках реформы 2017 г. Законом о потребительском кредите (займе) для кредиторов по договорам, обеспеченным ипотекой, была установлена обязанность рассчитывать и размещать в договоре примерный размер среднемесячного платежа заемщика, который носит информационный характер. К таким договорам применяются требования Закона о потребительском кредите (займе) в части размещения

информации о ПСК, запрета за взимание определенных вознаграждений, размещения информации об условиях предоставления, использования и возврата кредита (займа), предоставления заемщику графика платежей и бесплатного осуществления кредитором операций по банковскому счету заемщика, открытому по договору.

Существует некоторая неопределенность относительно включения в сферу применения Закона о потребительском кредите (займе) кредитов (займов), обеспеченных залогом прав из договоров долевого участия в строительстве многоквартирных домов, пая в жилищном строительном кооператива или иных прав, которыми обладает заемщик и которые в будущем будут преобразованы в право собственности на объект недвижимости. Согласно определению, приведенному в п. 1 ст. 1 Закона об ипотеке, под договором ипотеки понимается договор о залоге недвижимого имущества. Следовательно, в силу нормы ч. 2 ст. 1 Закона о потребительском кредите (займе), казалось бы, можно сделать вывод о том, что договоры, обеспеченные иными видами залога, не исключаются из сферы его действия. В то же время в соответствии с п. 5 ст. 5 Закона об ипотеке правила об ипотеке недвижимого имущества применяются также к залого прав требования участника долевого строительства, вытекающих из договора участия в долевом строительстве, отвечающего требованиям Закона о долевом строительстве. Если согласиться с тем, что ч. 2 ст. 1 Закона о потребительском кредите (займе) содержит правило об *ипотеке*, то кредиты (займы), обеспеченные залогом прав требования участника долевого строительства, следует также исключить из-под действия Закона о потребительском кредите (займе), кроме случаев, когда сам указанный Закон допускает такое применение (ст. 6.1). Но возможна и иная интерпретация, однозначная позиция в судебной практике пока не выработана.

До принятия Закона от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ отдельного рассмотрения требовал вопрос о том, распространяется ли сфера регулирования Закона о потребительском кредите (займе) на отношения, возникающие в связи с предоставлением брокерами займов своим клиентам. В зависимости от ответа на этот вопрос должен был решаться и вопрос о том, можно ли квалифицировать такую деятельность в качестве профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов.

Так, согласно п. 4 ст. 3 Закона о рынке ценных бумаг брокер вправе предоставлять клиенту в заем денежные средства и (или) ценные бумаги для совершения сделок купли-продажи ценных бумаг при условии предоставления клиентом обеспечения. Условия договора займа, в том числе сумма займа или порядок ее определения, могут быть определе-

ны договором о брокерском обслуживании. Законом о рынке ценных бумаг брокеру предоставляется право взимания с клиента процентов по предоставляемым займам. В Законе о рынке ценных бумаг отсутствует положение о том, что брокер вправе заниматься профессиональной деятельностью по предоставлению потребительских займов. В связи с этим возникал вопрос о том, является ли такой заем потребительским в смысле Закона о потребительском кредите (займе). Закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ ответил на этот вопрос отрицательно и исключил из понятия профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов выдачу займов брокером клиенту для совершения сделок купли-продажи ценных бумаг (п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе)). Сделки на рынке ценных бумаг ввиду своего рискового характера сложно назвать сделками, которые совершаются для удовлетворения личных (бытовых) нужд. К этому выводу склоняется и судебная практика ВС РФ (определения КГД ВС РФ от 1 августа 2017 г. № 24-КГ17-17, от 23 мая 2017 г. № 24-КГ17-3, от 24 мая 2016 г. № 4-КГ16-9), которая указывает, что к такого рода сделкам не подлежат применению нормы о защите прав потребителей. Данный подход также соответствует праву европейских стран, исключаящих из сферы законодательства о потребительском кредите (займе) соглашения, которые заключены с инвестиционными компаниями с целью осуществления сделок с финансовыми инструментами.

Из сферы применения данного закона выведены также а) займы, предоставляемые работодателем работнику, б) займы, предоставляемые физическим лицам, являющимся учредителями (участниками) или аффилированными лицами коммерческой организации, предоставляющей заем (п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе)). Такие займы гражданам не считаются потребительскими.

Также данный закон не регулирует процентные займы, которые граждане на разовой основе дают друг другу. Если гражданин-займодавец не является скрытым ростовщиком, систематически предоставляющим займы, такой заем (например, между знакомыми) не является потребительским. Но если гражданин-займодавец систематически извлекает прибыль за счет предоставления процентных займов другим гражданам, он занимается незаконной деятельностью и должен нести публично-правовую ответственность. Вопрос о гражданско-правовых последствиях незаконного ростовщичества пока в полной мере не прояснен. Как представляется, признание такого договора ничтожным в данной ситуации ущемляет интересы заемщика, поскольку влечет для заемщика обязанность возратить кредитору все полученное по сделке. Более уместным было бы применение к такому договору правил Закона

о потребительском кредите (займе). Ведь данный закон распространяется и на случаи предоставления потребительских займов индивидуальными предпринимателями, а согласно п. 4 ст. 23 ГК РФ гражданин, осуществляющий незаконную предпринимательскую деятельность без регистрации, «не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем».

(б) Субъекты правоотношений. Основными субъектами отношений, регулируемых Законом о потребительском кредите (займе), являются кредитор и заемщик.

(и) Закон о потребительском кредите (займе) впервые ограничил круг лиц, которые вправе выступать кредиторами по договору потребительского кредита (займа). В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе) к кредиторам относятся:

– кредитные организации и некредитные финансовые организации, которые осуществляют профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов;

– новые кредиторы, которые получили права требования по потребительскому кредиту (займу) в порядке уступки, универсального правопреемства либо при обращении взыскания на имущество правообладателя.

При этом правом предоставлять потребительские кредиты и займы наделены кредитные и некредитные финансовые организации только в случаях, если данное право закреплено в федеральном законе о деятельности такой организации. Банки осуществляют такую деятельность на основании банковской лицензии, которая дает право на осуществление банковских операций по размещению денежных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности (п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности). Помимо банков, которые имеют право размещать привлеченные во вклады денежные средства физических и юридических лиц, право предоставлять потребительские кредиты также предоставлено небанковским кредитным организациям, осуществляющим депозитно-кредитные операции.

Право на осуществление деятельности по предоставлению потребительских займов некредитными финансовыми организациями закреплено в специальных законах, регулирующих деятельность МФО, кредитных потребительских кооперативов, сельскохозяйственных кредитных потребительских кооперативов и ломбардов. Не указанные прямо в законе лица не вправе предоставлять потребительские займы в качестве своей профессиональной деятельности (ст. 4 Закона о потребительском кредите (займе)). Осуществление профессиональной

деятельности по предоставлению потребительских займов лицом, которое не имеет права на ее осуществление, образует состав административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.56 КоАП РФ.

В целях ограничения круга лиц, уполномоченных предоставлять потребительские займы, законодатель ввел критерии, указывающие на то, что такая деятельность имеет признаки профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов. В соответствии с изначальной редакцией п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе) юридическое лицо или индивидуальный предприниматель осуществляют профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов в денежной форме, в случае если такая деятельность соответствует любому из двух критериев:

- осуществляется за счет систематически привлекаемых на возвратной и платной основе денежных средств;
- осуществляется не менее чем четыре раза в течение одного года.

Представляется, что этот подход к определению признаков, характеризующих деятельность по предоставлению потребительских займов, нельзя было назвать удачным.

Анализ правоприменительной практики показал, что крайне затруднительным оказалось установить очевидную связь, подтверждающую, что источником заемных средств выступали систематически привлекаемые организацией денежные средства. Сложности возникали и при доказывании неоднократности (не менее чем четыре раза в течение одного года) осуществления такой деятельности. Наличие столь жестких признаков для привлечения финансовой организации к ответственности не позволяет оперативно и эффективно выводить с финансового рынка «нелегальных кредиторов». При этом основной причиной низкого показателя привлечения «нелегальных кредиторов» к ответственности следует признать не столько недостаточное ресурсное обеспечение правоприменительных органов, сколько трудности в собирании доказательств. В связи с этим представлялось, что подход к определению признаков, характеризующих деятельность «нелегальных кредиторов», требовал доработки.

В связи с этим Закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ скорректировал указанное в п. 5 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе) определение профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов. Согласно новой редакции данной нормы «профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов – деятельность юридического лица или индивидуального предпринимателя по предоставлению потребительских займов в денежной форме (кроме займов, предоставляемых работодателем работнику,

займов, предоставляемых физическим лицам, являющимся учредителями (участниками) или аффилированными лицами коммерческой организации, предоставляющей заем, займов, предоставляемых брокером клиенту для совершения сделок купли-продажи ценных бумаг, и иных случаев, предусмотренных федеральным законом)». Означает ли это, что теперь даже единичное предоставление организацией (если эта организация не является работодателем заемщика или нет оснований для применения иных указанных в новой редакции данной нормы исключений) займа гражданину на цели, не связанные с предпринимательской деятельностью последнего, будет рассматриваться как деятельность по предоставлению потребительских займов, и к такому договору будут применяться правила о потребительском займе? На эти вопросы следует ответить утвердительно.

Кроме того, при определении понятий «профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов» и «кредитор» законодатель не везде последовательно придерживается единого подхода. С одной стороны, исходя из п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе) кредитором, которому предоставлено право выдавать потребительские займы, может выступать только кредитная организация или некредитная организация, если специальный закон об их деятельности прямо это предусматривает. С другой стороны, в определении понятия «профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов» закреплено, что указанную деятельность может осуществлять как юридическое лицо, так и индивидуальный предприниматель. При этом федеральные законы, регулирующие деятельность соответствующих видов профессиональных кредиторов (МФО, кредитных кооперативов и т.п.), не допускают возможности осуществления указанной деятельности индивидуальными предпринимателями. Несмотря на выявленное противоречие соотношения указанных понятий, представляется, что в намерение законодателя не входило наделение индивидуального предпринимателя полномочиями по систематическому кредитованию населения.

Необходимо также отметить, что в отличие от выдачи необеспеченных потребительских кредитов и займов, круг лиц, уполномоченных систематически выдавать займы, обеспеченные ипотекой, не ограничен. Указанное означает, что такие займы вправе выдавать любые лица, в том числе и не поднадзорные Банку России. Данный подход сложно назвать обоснованным. Риск потери заемщиком жилья в связи с неисполнением обязательств по договору займа, имеющему крупный и долгосрочный характер, представляется несоизмеримо более высоким, чем риск нарушения его прав по договору потребительского

кредита (займа). С учетом высказанного замечания требует уточнения перечень лиц, уполномоченных осуществлять систематическую деятельность по предоставлению кредитов (займов) гражданам, обеспеченных ипотекой. Важно также законодательно определить орган, который будет осуществлять контроль за соблюдением такими лицами требований Закона о потребительском кредите (займе).

(ii) Другой стороной договора потребительского кредита (займа) является заемщик – физическое лицо. Пункт 2 ч. 1 ст. 1 Закона о потребительском кредите (займе) определяет заемщика как физическое лицо, обратившееся к кредитору с намерением получить, получающее или получившее потребительский кредит (заем). Из указанного определения следует, что нормы Закона о потребительском кредите (займе) применяются к отношениям с заемщиком на всех этапах предложения, заключения и исполнения договора потребительского кредита (займа). Заемщика по договору потребительского кредита (займа) можно отнести к категории потребителя, на которого распространяется законодательство о защите прав потребителей.

Практическую сложность вызывает отграничение заемщика-потребителя от заемщика-непотребителя, который получает кредит для удовлетворения нужд, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Законодательством не исключается возможность признания потребителем гражданина, зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя, если он получает кредит исключительно для личных, семейных, домашних или иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. В связи с этим на практике возникают трудности при определении действительных нужд, для удовлетворения которых использовались кредитные средства. Для того чтобы установить, является ли заем потребительским, суд может, в частности, исследовать, имел ли заемщик статус индивидуального предпринимателя на момент получения займа, характер и количество оплачиваемых с помощью заемных средств товаров (работ или услуг), а также каким образом заемщик распорядился товаром (использовал для личных нужд либо осуществил его перепродажу). В целях исключения необходимости доказывания факта того, что физическое лицо получает кредит на потребительские нужды (цели), логично исходить из того, что если в договоре потребительского кредита (займа) не указано, что заемщик выступает в качестве индивидуального предпринимателя, то договор потребительского кредита (займа) считается предоставленным потребителю, кроме случаев, когда непотребительский характер займа (кредита) будет доказан другой стороной.

Возможна также обратная ситуация, когда гражданин, не зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, использует кредитные средства для производственных (предпринимательских) целей. В отношениях с таким гражданином не должны применяться нормы Закона о потребительском кредите (займе) и законодательства о защите прав потребителей. Такая ситуация, например, возникает в случае, когда гражданин берет заем в целях докапитализации своей собственной коммерческой корпорации.

В качестве заемщика-потребителя должен также рассматриваться гражданин, получающий кредит для ведения личного подсобного хозяйства. Это следует из п. 2 ст. 2 Закона о личном подсобном хозяйстве, в котором подчеркивается некоммерческий характер ведения личного подсобного хозяйства.

(в) Объект правоотношений. Закон о потребительском кредите (займе) применяется лишь к ситуациям предоставления кредита (займа) в денежной форме (включая электронные денежные средства). Если гражданин получил в некоммерческих целях в заем иное имущество, такая сделка вполне законна, к ней подлежат применению нормы ГК РФ, а также в ряде случаев положения Закона о защите прав потребителей, но не нормы Закона о потребительском кредите (займе). Впрочем, видимо, некоторые нормы последнего закона могут применяться избирательно по аналогии закона.

(г) Специфика регулирования. Детальное специальное регулирование потребительских заемно-кредитных отношений как за рубежом, так и в России предопределяется прежде всего серьезными информационными и познавательными диспропорциями, которые имеются в отношениях между финансовой компанией и обывателем. Заемщик-гражданин в таких отношениях является крайне слабой стороной договора, что открывает простор для всевозможных злоупотреблений.

Закон о потребительском кредите (займе), в частности, пытается решить проблему информационной и профессиональной асимметрии, возлагая на займодавца ряд информационных обязанностей. Прежде всего у заемщика есть право на получение информации о предоставляемом кредите (займе), в том числе при принятии решения о получении кредита (займа). Заемщик вправе получить информацию об условиях предоставления, использования и возврата потребительского кредита (займа), минимальный перечень которых состоит из 22 пунктов и требования к которым установлены ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе). Заемщику должны быть предоставлены общие и индивидуальные условия договора потребительского кредита (займа) и график платежей. Заемщик должен быть проинформирован о ПСК

в процентах годовых и в денежном выражении, а в случае если кредит (заем) обеспечен ипотекой — также о примерном размере среднемесячного платежа заемщика по договору. В течение срока действия договора заемщику должен быть обеспечен доступ к информации о состоянии его текущей задолженности, произведенных и будущих платежах.

Устанавливает Закон о потребительском кредите (займе) и ряд специфических ограничений свободы договора в целях защиты права заемщика-потребителя. Прежде всего, такие ограничения направлены на снижение максимальной долговой нагрузки заемщика. Так, ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе) ограничивается размер предельного значения ПСК в процентах годовых, рассчитываемый кредитором на момент заключения договора, — такой размер не может превышать более чем на одну треть среднерыночное значение ПСК в процентах годовых соответствующей категории потребительского кредита (займа), применяемое в соответствующем календарном квартале и рассчитываемое Банком России. В ч. 21 ст. 5 закреплено ограничение размера неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение заемщиком обязательств по возврату кредита (займа).

Кроме того, Законом от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ положения Закона о потребительском кредите (займе), направленные на защиту заемщика-потребителя от избыточного процентного бремени, были дополнены.

Во-первых, максимальный размер процентной ставки по договорам потребительского кредита (займа), заключенным с 1 июля 2019 г., устанавливается равным 1% в день (ч. 23 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)). Соответственно, предельное значение ПСК ограничено наименьшей из величин: 365% годовых или среднерыночным значением ПСК соответствующей категории потребительского кредита (займа), увеличенным на одну треть (ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе)).

Во-вторых, общий размер процентов, мер ответственности (за исключением неустойки в размере, определенном в соответствии с ч. 21 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)) и иных плат (фиксированной суммы платежей) заемщика по договорам потребительского кредита (займа) сроком до одного года, заключенным с 1 января 2020 г., не должен превышать полуторакратного размера суммы предоставленного потребительского кредита (займа). В течение 2019 г. максимально допустимый размер указанных платежей снижается поэтапно (см. таблицу ниже).

В-третьих, из-под ограничения размера процентной ставки выводятся необеспеченные потребительские кредиты (займы), заключенные

на срок, не превышающий 15 дней, и на сумму, не превышающую 10 тыс. руб. (новая ст. 6.2 Закона о потребительском кредите (займе)). Дополнительно договором должно быть предусмотрено ограничение общей суммы процентов и плат заемщика 0,3-кратной суммой кредита (займа), за исключением неустойки в размере 0,1% в день от суммы просроченной задолженности. Для таких договоров перестает также действовать ограничение ПСК. Как следствие, размер процентной ставки по указанным договорам может составлять, например, 2% в день, но максимальный срок начисления процентов не должен превышать 15 дней ($15 \text{ дней} \times 2\% = 30\%$, что при расчете суммы процентов дает 0,3-кратную сумму займа), или, например, 5% в день при максимальном сроке начисления процентов в шесть дней.

Таблица 1

Дата заключения договора	Предельное значение процентной ставки	Предельный размер процентов, иных платежей по договору и мер ответственности (для потребительских кредитов и займов сроком до 1 года)
До даты вступления в силу Закона от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ	Ограничение процентной ставки отсутствует	Сумма начисленных процентов не должна превышать 3-кратную сумму займа (п. 9 ч. 1 ст. 12 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях) После возникновения просрочки сумма начисленных процентов не должна превышать 2-кратную сумму займа до момента частичного погашения заемщиком суммы займа и (или) уплаты причитающихся процентов (ч. 1 ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях)
С даты вступления в силу Закона от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ	1,5% в день	2,5-кратная сумма кредита (займа)
С 1 июля до 31 декабря 2019 г.	1% в день	2-кратная сумма кредита (займа)
С 1 января 2020 г.	1% в день	1,5-кратная сумма кредита (займа)

Нетрудно заметить, что введенные Законом от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ ограничения, хотя формально и относятся к потребительским кредитам и займам, в действительности затрагивают преимущественно потребительские микрозаймы на сроки до 180 дней и на суммы до 100 тыс. руб., предоставляемые МФО. Именно по данным категориям потребительских займов на начало 2019 г. максимально допустимые значения ПСК превышали 365% годовых (а следовательно, процентная ставка могла быть выше 1% в день)¹. Фактически законодатель признал, что установление с 2015 г. максимально допустимой ПСК для таких займов не оказало на их стоимость никакого влияния². Значение среднерыночной ПСК для микрозаймов в сумме до 30 тыс. руб. и сроком до 30 дней, характеризующихся наивысшей стоимостью, за прошедшие четыре года не изменилось и удерживалось в диапазоне 640–650% годовых, что соответствует процентной ставке 1,8% в день. Новое регулирование позволит административным порядком снизить их стоимость почти в два раза.

Более подробный разбор особенностей Закона о потребительском кредите (займе) выходит за рамки настоящего комментария³.

7.3. Закон о банках и банковской деятельности. Нормы, касающиеся кредитных договоров с физическими лицами, содержатся в Законе о банках и банковской деятельности. Например, согласно ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности по кредитному договору, заключенному с заемщиком-гражданином, кредитная организация не вправе в одностороннем порядке сократить срок действия договора, увеличить размер процентов или изменить порядок их определения, а также увеличить или установить комиссионное вознаграждение по операциям. Впрочем, эта норма ничего нового по существу не устанавливает, так как тот же вывод вытекает из положений п. 2 ст. 310 ГК РФ.

7.4. Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях. Определение микрозайма дается в п. 3 ч. 1 ст. 2 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях. Под микрофинансовым займом понимается заем, предоставляемый

¹ Ежеквартальные значения ПСК можно найти на сайте Банка России // http://www.cbr.ru/analytics/consumer_lending/inf/.

² В отличие от микрозаймов полная стоимость потребительских кредитов за этот же период времени снизилась от полутора до почти двух раз по большей части категорий. Справедливости ради следует отметить, что вклад ростовщического запрета в это снижение оценить крайне сложно. По-видимому, более значимую роль сыграло улучшение конъюнктуры денежного рынка и общее снижение процентных ставок (ключевая ставка Банка России упала с 17 до 7,25%).

³ См.: *Иванов О.М., Шербакова М.А.* Комментарий к Федеральному закону «О потребительском кредите (займе)»: Научно-практический комментарий. М., 2014.

займодавцем заемщику на условиях, предусмотренных договором займа, в сумме, не превышающей установленный в законе предельный размер обязательств заемщика перед займодавцем по основному долгу. Микрозаем является одним из видов потребительских займов, на договоры микрозайма распространяются требования, установленные гл. 42 ГК РФ и Законом о потребительском кредите (займе) к договорам потребительского кредита (займа). Основным признаком договора микрозайма является ограничение его суммы размером 1 млн руб. для микрофинансовых компаний (п. 2 ч. 2 ст. 12) и размером 500 тыс. руб. для микрокредитных компаний (п. 2 ч. 3 ст. 12). Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях также устанавливает, что займодавцем по договору микрозайма может являться только МФО (ч. 1 ст. 8), а его предметом – денежные средства в валюте Российской Федерации (ч. 1 ст. 8, п. 3 ч. 1 ст. 12).

Положения, установленные в Законе о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях в отношении обязательственных аспектов договоров микрозайма, можно разделить на связанные с предоставлением микрозайма и возникающие на стадии исполнения договора микрозайма (ст. 8–12.1).

Ряд положений касаются информирования потребителя. Так, микрофинансовая организация обязана разместить копию правил предоставления микрозаймов в месте, доступном для обозрения и ознакомления с ними любого заинтересованного лица, и в сети Интернет (п. 3 ч. 2 ст. 9). При заключении договора МФО обязана обеспечить полное и достоверное информирование потенциального заемщика об условиях микрозайма. Пункты 3 и 5.1 ч. 2 ст. 9 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях определяют минимальный перечень информации, которую кредитор должен довести до сведения лица, подавшего заявление на предоставление микрозайма, до предоставления микрозайма. К такой информации относятся сведения о том, что данная микрофинансовая организация включена в государственный реестр микрофинансовых организаций, условия договора микрозайма, сведения о возможности и порядке изменения его условий по инициативе микрофинансовой организации и заемщика, о перечне и размере всех платежей, связанных с получением, обслуживанием и возвратом микрозайма, а также с нарушением условий договора микрозайма.

Отношениям сторон на стадии исполнения договора микрозайма посвящены несколько норм Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях. Большинство из этих норм ничего нового в регулирование не привносят, дублируя общие положения

ГК РФ. Это касается, в частности, нормы о праве заемщика распоряжаться суммой микрозайма в порядке и на условиях, установленных договором микрозайма (ч. 1 ст. 11). Можно привести и другие примеры. Так, согласно п. 3 ст. 8 Закона при предоставлении заемщику целевого микрозайма МФО может предусмотреть в договоре микрозайма право осуществлять контроль за целевым использованием микрозайма и обязанность заемщика обеспечить возможность такого контроля, что повторяет положения ст. 814 ГК РФ о целевых займах. Пунктом 5 ч. 1 ст. 12 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях установлен запрет на увеличение размера процентных ставок и (или) изменение порядка их определения по договорам микрозайма, сокращение срока их действия, увеличение или установление комиссионного вознаграждения, но тот же вывод вытекает из п. 2 ст. 310 ГК РФ.

В то же время данный Закон до самого последнего времени содержал одно, действительно ключевое положение гражданско-правового характера в отношении исполнения заемных обязательств: оно касается ограничения процентного бремени (ч. 12–12.1 ст. 6 Закона).

Несмотря на наличие законодательного ограничения предельного размера ПСК, установленного ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), согласно которому на момент заключения договора микрозайма ПСК в процентах годовых не может превышать рассчитанное Банком России среднерыночное значение ПСК в процентах годовых соответствующей категории потребительского займа, применяемого в соответствующем календарном квартале, более чем на одну треть, указанные предельные размеры ПСК для займов, выдаваемых МФО, все равно оказываются очень высокими и существенно превышают аналогичные значения для кредитных организаций.

Так, например, предельное значение ПСК для договоров, заключаемых в I квартале 2019 г., для потребительских микрозаймов с обеспечением в виде залога составляет 100,460% годовых, для потребительских микрозаймов с иным обеспечением – 121,797% годовых, для POS-микрозаймов в зависимости от суммы предельное значение ПСК составляет от 40,473 до 57,292% годовых. Однако наиболее высокие значения ПСК установлены для микрозаймов без обеспечения сроком до 1 года и суммой до 30 тыс. руб. Для данной категории предельное значение ПСК варьируется от 196,632% годовых для микрозаймов, срок возврата по которым от 181 до 365 дней, до 850,429% годовых, выданных на срок до 30 дней.

Высокие процентные ставки по необеспеченным микрозаймам, выданным на короткий срок, объясняются спецификой продукта.

Его потребителями выступают малообеспеченные заемщики, часто с испорченной кредитной историей, которые остро нуждаются в наличных деньгах и не могут получить кредит в банке из-за неспособности пройти процедуру проверки своей кредитоспособности. Чтобы компенсировать высокий риск невозврата микрозайма, предоставляемого такому заемщику, МФО закладывают его в повышенную ставку. Поскольку переплата за срок пользования займом до зарплаты в денежном выражении редко превышает несколько тысяч рублей, она не воспринимается заемщиком как сверхвысокая. Ситуация меняется, когда заемщик по каким-либо причинам не возвращает микрозаем в срок, но кредитор продолжает начислять проценты по повышенной ставке. Указанное приводит к тому, что сумма задолженности заемщика по уплате процентов в разы, а иногда и в десятки раз превышает сумму займа.

Для того чтобы преодолеть эту несправедливость и явную несоразмерность получаемого кредитором вознаграждения, некоторые суды стали квалифицировать высокие проценты как меру ответственности за нарушение срока возврата и уменьшали их на основании ст. 333 ГК РФ. Эта практика была остановлена КГД ВС РФ, которая в нескольких своих определениях указала на то, что проценты за пользование микрозаймом, предусмотренные ст. 809 ГК РФ, являются платой за пользование денежными средствами и не могут быть снижены судом в порядке ст. 333 ГК РФ. Вместо уменьшения процентов по ст. 333 ГК РФ КГД ВС РФ предложила иную интерпретацию норм, касающихся возврата микрозайма. Коллегия, ссылаясь на обязанность суда оценивать условия конкретного договора с точки зрения их разумности и справедливости и их обременительности для заемщика, пришла к выводу о том, что установление сверхвысоких процентов за длительный срок пользования микрозаймом, выданным на короткий срок, приводило бы к искажению цели деятельности МФО. Исходя из этого, начисление и по истечении срока возврата микрозайма высокой ставки процентов, установленной договором, Коллегия считает неправомерным (определения КГД ВС РФ от 22 августа 2017 г. № 7-КГ17-4, от 15 мая 2018 г. № 41-КГ18-2, от 6 февраля 2018 г. № 81-КГ17-25). Этот же подход был подтвержден в Обзоре судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденном Президиумом ВС РФ [27 сентября 2017 г.](#) Иначе говоря, по мнению ВС РФ, высокие проценты по договору микрозайма могут начисляться только в течение согласованного в договоре срока заемного финансирования. В период просрочки эти проценты начислению не подлежат, а вместо них подлежат на-

числению проценты по ключевой ставке Банка России по правилам ст. 809 ГК РФ.

Безусловно, это решение представляется далеко не оптимальным и прямо противоречащим закону. Согласно общим нормам ГК РФ о займе установленные в договоре проценты за пользование займом начисляются не только в период согласованного срока займа, но и в период просрочки и текут до момента погашения займа (ст. 809 и 811 ГК РФ). Очевидно, для решения указанной проблемы было востребовано вмешательство законодателя. И такие положения закона появились.

Федеральными законами от 29 декабря 2015 г. № 407-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» и от 3 июля 2016 г. № 230-ФЗ «О защите прав и законных интересов физических лиц при осуществлении деятельности по возврату просроченной задолженности и о внесении изменений в Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» в Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях были внесены изменения, установившие предельный размер долговой нагрузки заемщика — физического лица по потребительским займам.

Во-первых, размер процентов по такому договору, за исключением неустойки и платежей за дополнительные услуги, был ограничен сначала, с 29 марта 2016 г., четырехкратной, а начиная с 1 января 2017 г. — трехкратной величиной суммы изначально выданного займа (п. 9 ч. 1 ст. 12). То есть в момент, когда начисленная с момента предоставления сумма процентов достигает трехкратной величины суммы займа, проценты более не начисляются. В качестве примера рассмотрим заем сроком на 30 дней в сумме 10 тыс. руб. по ставке 730% годовых (данное значение соответствует обычной для так называемых займов до зарплаты процентной ставке 2% в день) с условием о возврате суммы займа и уплате процентов одним платежом по окончании указанного срока. На дату погашения такого займа заемщик обязан уплатить кредитору 16 тыс. руб. (с учетом процентов в размере 6 тыс. руб. = $2\% \times 30 \text{ дней} \times 10 \text{ тыс. руб.}$). Для рассматриваемого примера максимальная сумма процентов, которые кредитор вправе потребовать с заемщика за все время пользования микрозаймом, составит 30 тыс. руб. После достижения указанной суммы начисление процентов в любом случае прекратится. Соответственно, проценты перестанут начисляться через 150 дней после выдачи займа. Данная норма является общим правилом, применяемым в том числе в случае просрочки по займу. Введение это-

го ограничения позволяет исключить ситуацию, при которой размер долга заемщика, допустившего длительную просрочку (свыше года), многократно (до десяти раз и более) превышает сумму займа.

Во-вторых, были установлены особенности начисления процентов и иных платежей при просрочке исполнения обязательств по микрозайму (ч. 1 ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях). При наступлении просрочки микрофинансовая организация вправе начислять заемщику проценты только на оставшуюся (непогашенную) часть суммы основного долга до момента, пока общая сумма подлежащих уплате процентов не составит двукратный размер непогашенной части суммы основного долга. После достижения указанного размера дальнейшее начисление процентов МФО по договору будет возможно только после того, как заемщик частично погасит сумму займа и (или) уплатит причитающиеся проценты. Соответственно, после каждого частичного погашения основного долга и уплаты причитающихся процентов начисление процентов, остановленных ранее в силу достижения указанного в ч. 1 ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях порога двойного размера непогашенного тела основного долга, будет продолжено. При этом исходя из совокупности регулирования ч. 1 и 2 ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях следовал вывод о том, что под непогашенной частью суммы основного долга следует понимать просроченную задолженность по основному долгу. Таким образом, если в нашем примере заемщик допустит просрочку исполнения обязательств по договору микрозайма (например, по истечении 30 дней не вернет сумму займа и не уплатит проценты), то проценты будут начисляться на непогашенную (просроченную) сумму основного долга (в нашем примере на сумму 10 тыс. руб.) до того момента, пока их размер не достигнет двукратной величины (т.е. 20 тыс. руб.). Если заемщик частично исполнит свои обязательства, то МФО будет вправе вновь продолжить начисление процентов на непогашенную часть суммы основного долга, пока вновь не будет достигнут указанный в ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях предел (двукратная величина непогашенного долга). Однако в любом случае размер полученных с заемщика процентов не должен превышать троекратного размера займа.

В случае просрочки возврата всей суммы займа из указанного выше примера проценты по займу будут начисляться в течение 100 дней ($2\% \text{ в день} \times 100 \text{ дней} = 200\%$), т.е. до достижения двукратного размера непогашенной суммы основного долга (равной сумме займа). Кроме

того, с 31 дня с момента заключения договора займа займодавец вправе начислять на непогашенный долг договорную неустойку, размер которой ограничен в соответствии с ч. 21 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) 20% годовых (в случае начисления договорных процентов). В отличие от процентов общая сумма начисленной неустойки не ограничивается. По истечении 100 дней с момента заключения договора займа общий долг заемщика по договору составит 30 613 руб. 70 коп. (с учетом неустойки, взыскиваемой за 70 дней на сумму основного долга и начисленных за 30 дней процентов; размер неустоечного процента принят равным 20% годовых). По истечении года с момента заключения договора долг заемщика составит 32 936 руб. 99 коп. (с учетом взыскиваемой за 335 дней неустойки на сумму основного долга и начисленных за 30 дней процентов).

Если заемщик уплатит 16 тыс. руб. по истечении 100 дней с момента заключения договора займа, то ситуация для него парадоксальным образом ухудшится. Согласно ч. 20 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) в первую очередь погашается задолженность по процентам, которая составляет 20 тыс. руб. Следовательно, платеж заемщика приведет лишь к сокращению задолженности по процентам до 4 тыс. руб., при сохранении неизменной суммы основного долга. Более того, в соответствии с ч. 1 ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях после частичного исполнения заемщиком своего обязательства займодавец получает право продолжить начисление процентов на сумму основного долга так, чтобы общий размер процентов не превысил трехкратной суммы займа (или двукратной суммы непогашенной задолженности, если она меньше). Поэтому займодавец вправе начислять проценты на основной долг еще в течение 50 дней. Расчет показывает, что при таком сценарии долг заемщика по истечении года с момента заключения договора составит 26 626 руб. 58 коп., при том что заемщиком уже было уплачено 16 тыс. руб.

Приведенный пример обнаруживает логическую противоречивость ограничения на взимание процентов, предусмотренного в ст. 12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях. Сложно предположить, что в намерение законодателя входило стремление наказать заемщика, который частично исполняет свои обязанности по возврату займа.

27 декабря 2018 г. был принят Закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ, который призван устранить названные противоречия. В соответствии с ним ограничения на размер взимаемых процентов (п. 9 ч. 1 ст. 12 и ч. 1 ст. 12.1) исключаются из Закона о микрофинансовой деятельности

и микрофинансовых организациях и в измененном виде переносятся в Закон о потребительском кредите (займе); помимо этого в дополнение к существующим ростовщическим запретам вводится поэтапное ограничение максимальной процентной ставки. Подробнее об этих ограничениях см. подп. «г» п. 7.2 комментария к настоящей статье.

Тем не менее положения ст. 12–12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях, направленные на ограничение процентного бремени, еще некоторое время останутся актуальными, поскольку в силу общих правил о действии норм договорного права во времени (ст. 422 ГК РФ) новые пределы процентного бремени, установленные в Законе о потребительском кредите (займе), не могут применяться к договорам микрозайма, заключенным до их вступления в силу и прекращения действия соответствующих положений ст. 12–12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях.

Остается отметить, что проблема несоразмерности суммы процентов по займу по сравнению с самой суммой займа рассматривалась в отмеченных выше определениях ВС РФ только применительно к договорам микрозайма, заключенным до вступления в силу положений Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях, ограничивающих начисление процентов (до 29 марта 2016 г. — даты, когда в ст. 12 Закона появилось первое ограничение в отношении величины начисляемых процентов, за которым последовали волны законодательных ограничений). Применительно к договорам, заключенным после этого числа, радикальное решение в виде запрета на начисление согласованной ставки процента после того, как заемщик попал в просрочку, изобретенное ВС РФ, применяться не может.

7.5. Закон о кредитной кооперации. Отношения по предоставлению займов гражданам кредитным потребительским кооперативом регулируются Законом о кредитной кооперации. Деятельность кредитного потребительского кооператива носит некоммерческий характер и направлена на финансовую взаимопомощь членов кредитного кооператива. Кредитные потребительские кооперативы создаются на основании членства и по территориальному, профессиональному и (или) иному принципу, определенному его уставом. Таким образом, принципы работы кредитной кооперации изначально отличаются от принципов деятельности коммерческих кредиторов — банков, ломбардов и МФО. Осуществление финансовой взаимопомощи выражается в объединении паенакоплений и привлечении денежных средств членов кооператива (пайщиков), а также в размещении указанных средств путем предоставления займов пайщикам в целях удовлетворения их

финансовых потребностей (п. 18 ч. 3 ст. 1). Закон о кредитной кооперации гарантирует равный доступ пайщиков к участию в процессе финансовой взаимопомощи. Кредитный потребительский кооператив вправе предоставлять займы только своим членам. Это требование является главным принципом деятельности и основой обеспечения финансовой устойчивости кредитного кооператива. Согласно п. 1 ч. 1 ст. 13 Закона о кредитной кооперации право пайщика получать займы от кредитного кооператива определено как основное право члена кредитного кооператива. Таким образом, заемщиком по договору займа с кредитным потребительским кооперативом может выступать только член кооператива.

Права и обязанности члена потребительского кооператива перечислены в ст. 13 Закона о кредитной кооперации. Пайщик имеет право получать займы от кредитного кооператива, вносить в паевой фонд кредитного кооператива добровольные паевые взносы в порядке, определенном уставом кредитного кооператива, передавать денежные средства кредитному кооперативу, участвовать в управлении кредитным кооперативом, получать информацию от органов кредитного кооператива по вопросам его деятельности, а также получить сумму пая в случае прекращения членства в кредитном кооперативе. Основные обязанности члена кредитного кооператива состоят в соблюдении устава кредитного кооператива и выполнении решений его органов, а также во внесении дополнительных взносов в течение трех месяцев после утверждения годового баланса кредитного кооператива в случае необходимости покрытия убытков кредитного кооператива. Нормы о получении займов членом кредитного кооператива содержатся в нескольких статьях (ст. 4, 6, 13, 24). Они устанавливают минимальные требования к порядку предоставления займов и обеспечению возвратности таких займов.

В Законе о кредитной кооперации прямо названы два документа, содержащих условия предоставления займов, — положение о порядке предоставления займов членам кредитного кооператива и договор займа с кредитным кооперативом. В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 13 Закона о кредитной кооперации положение о порядке предоставления займов членам кредитного кооператива утверждается общим собранием членов кредитного кооператива. В данном Законе не указаны специальные требования к содержанию положения, а также о соотношении его условий с условиями договора займа. На практике в положение о порядке предоставления займов пайщикам включаются условия об органах кооператива, принимающих решение о предоставлении займа, о порядке рассмотрения заявки на получение займа, об оче-

редности предоставления займов при невозможности удовлетворения всех заявок на займы, о процентах за пользование займом и о порядке возврата суммы займа.

В Законе о кредитной кооперации отсутствуют специальные нормы, касающиеся условий договора займа. Тем не менее можно выделить следующие особенности договора займа между пайщиком и кредитным кооперативом:

– заемщиком по договору займа может быть только член кредитного потребительского кооператива (п. 2 ч. 1 ст. 6);

– займодавцем является кредитный потребительский кооператив (п. 2 ч. 1 ст. 3);

– при прекращении членства в кредитном кооперативе заемщик обязан досрочно вернуть полученные от кредитного кооператива займы (п. 4 ч. 2 ст. 13).

Займы предоставляются из фонда финансовой взаимопомощи, порядок формирования и использования которого определяется внутренними нормативными документами кредитного кооператива (ч. 4 ст. 25 Закона о кредитной кооперации). Решение о предоставлении займов пайщикам принимается комитетом по займам кредитного кооператива либо иным органом, определенным в уставе кредитного кооператива. В Законе о кредитной кооперации большое значение придается обеспечению возвратности займов, предоставленных членам кредитного кооператива. Возвратность займов обеспечивается за счет предоставления поручительства, залога и иных способов обеспечения исполнения заемного обязательства (ч. 3 ст. 4), одобрения крупных сделок и сделок с заинтересованностью (ч. 3 ст. 6), соблюдения финансовых нормативов, связанных с предоставлением займов (ч. 4 ст. 6 Закона о кредитной кооперации).

7.6. Закон о сельскохозяйственной кооперации. Нормы о предоставлении займов сельскохозяйственным кредитным потребительским кооперативом содержатся в ст. 40.1 Закона о сельскохозяйственной кооперации. Основной целью деятельности такого кооператива является удовлетворение потребностей его членов в финансовых ресурсах. Заемщиком по договору займа с сельскохозяйственным кредитным потребительским кооперативом может выступать только член кооператива (п. 7 ст. 40.1). Требования к членам кооператива устанавливаются в ст. 13 и 40.1 Закона о сельскохозяйственной кооперации. Отличительной особенностью сельскохозяйственных кредитных потребительских кооперативов является то, что они объединяют граждан, занятых в сельском хозяйстве. Заемщиками по договору займа с сельскохозяйственным кредитным кооперативом могут быть граждане,

которые признают устав потребительского кооператива, принимают участие в его хозяйственной деятельности и являются:

- сельскохозяйственными товаропроизводителями;
- гражданами, ведущими личное подсобное хозяйство;
- членами или работниками сельскохозяйственных организаций и (или) крестьянских фермерских хозяйств;
- гражданами, занимающимися садоводством, огородничеством или животноводством;
- гражданами, которые оказывают услуги потребительским кооперативам или сельскохозяйственным товаропроизводителям либо являются работниками организаций социального обслуживания сельских поселений в порядке, установленном уставом кооператива (не более 20% от суммарного числа членов кооператива).

Не все предоставляемые кооперативом займы будут иметь потребительский характер. Крестьянские фермерские хозяйства и сельскохозяйственные товаропроизводители могут заимствовать денежные средства для производственных целей.

Фонд финансовой взаимопомощи, из которого предоставляются займы, формируется за счет части собственных средств кредитного кооператива и средств, привлекаемых в кредитные кооперативы в форме займов, полученных от членов кооператива, ассоциированных членов кооператива, кредитов кредитных и иных организаций (п. 2 ст. 40.1). Размер и порядок формирования и использования фонда определяются уставом или решениями общего собрания членов кредитного кооператива.

Деятельность кооператива носит некоммерческий характер, т.е. направлена не на получение прибыли, а на удовлетворение потребностей своих членов в сравнительно дешевых и длинных финансовых ресурсах. С целью увеличения объема кредитования и повышения доступности финансов на селе законодатель закрепил возможность предоставления сельскохозяйственными кредитными потребительскими кооперативами беспроцентных займов (п. 5 ст. 40.1). Согласно п. 5 ст. 40.1 Закона о сельскохозяйственной кооперации положение об условиях беспроцентного займа должно утверждаться общим собранием членов кредитного кооператива.

Решение о предоставлении займов принимает правление совместно с наблюдательным советом кооператива (подп. 6 п. 4 ст. 26). В Законе о сельскохозяйственной кооперации названы документы, в которых должны содержаться условия договора займа с кооперативом. К ним относятся устав кредитного кооператива, положение кредитного кооператива о займах, а также договор займа. В уставе сельскохозяйст-

венного кредитного потребительского кооператива должны отражаться сведения об условиях и порядке выдачи займов своим членам. Положение кредитного кооператива о займах утверждается общим собранием членов кредитного кооператива.

Закон о сельскохозяйственной кооперации предусматривает, что договор займа должен включать условие о страховании кооперативом рисков невозврата займов по случаю смерти или потери трудоспособности заемщика (п. 9 ст. 40.1).

7.7. Закон о ломбардах. Закон о ломбардах регулирует отношения, возникающие при предоставлении ломбардами займов гражданам под залог принадлежащих им вещей (ломбардное кредитование). Правила предоставления займов ломбардами содержатся в гл. 2 Закона о ломбардах. В соответствии с ч. 1 ст. 2 Закона о ломбардах предоставление краткосрочных займов гражданам составляет основной вид деятельности ломбарда. Согласно ч. 1 ст. 7 Закона о ломбардах по условиям договора займа ломбард передает на возвратной и возмездной основе сумму займа на срок не более одного года гражданину-заемщику, а заемщик, одновременно являющийся залогодателем, передает ломбарду имущество, являющееся предметом залога. Таким образом, при предоставлении займа ломбардом одновременно с заемным правоотношением возникают отношения залога движимого имущества, обеспечивающего исполнение обязательств заемщика по договору займа, а также отношения по хранению предмета залога.

Отношения ломбардного финансирования оформляются путем выдачи заемщику залогового билета, который является бланком строгой отчетности (ч. 4 ст. 7). В случае если заемщик не возвратит сумму предоставленного займа в установленный срок, ломбард имеет право обратиться взыскание на предмет залога в бесспорном порядке на основании исполнительной надписи нотариуса либо по договоренности с заемщиком без ее совершения (ч. 3 ст. 12). Поскольку заемщиком по договору займа с ломбардом является гражданин-потребитель, в Законе о ломбардах предусмотрены специальные меры его защиты.

Определен расширенный перечень существенных условий договора займа с ломбардом, который включает наименование заложенной вещи, сумму ее оценки, сумму предоставленного займа, процентную ставку по займу и срок предоставления займа. Ответственность заемщика ограничена суммой, вырученной при реализации предмета залога, даже когда она является недостаточной для удовлетворения требований кредитора (ч. 3 ст. 13 Закона о ломбардах). Это значит, что ломбард не вправе требовать от заемщика погашения долга в размере

разницы между извлеченной из предмета залога денежной ценности и суммой фактически полученного займа.

Предусмотрено право заемщика в любое время до продажи предмета залога прекратить обращение на нее взыскания, исполнив свои обязательства перед ломбардом (ч. 4 ст. 12), а также положения о льготном месячном сроке, в течение которого ломбард не вправе обратиться взыскание на заложенную вещь при просрочке заемщика (ст. 10).

Статья 808. Форма договора займа

1. Договор займа между гражданами должен быть заключен в письменной форме, если его сумма превышает десять тысяч рублей, а в случае, когда займодавцем является юридическое лицо, — независимо от суммы.

2. 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.

Комментарий

1. Письменная форма. Комментируемая норма устанавливает условия, при которых обязательно соблюдение письменной формы договора займа. В принципе, необходимость существования данной нормы сомнительна. Дело в том, что ее содержание практически полностью выводится из общих положений ст. 161 ГК РФ, согласно которым письменная форма требуется для сделок с участием юридических лиц независимо от суммы сделки, а также для сделок между гражданами на сумму более 10 тыс. руб. Единственное отличие состоит в том, что комментируемая норма говорит, что письменная форма договора займа независимо от суммы договора требуется для договоров займа, в которых *займодавцем* является юридическое лицо. Применение общих норм ст. 161 ГК РФ привело бы к выводу о том, что письменная форма независимо от суммы требуется и тогда, когда юридическое лицо является займодавцем, и тогда, когда оно является *заемщиком*. С точки зрения формальной логики в силу принципа *lex specialis derogat generali* толкуемая от обратного комментируемая норма, казалось бы, должна вытеснять общее правило п. 1 ст. 161 ГК РФ, и тогда в случаях, когда юридическое лицо берет заем от физического лица, письменная форма не требуется. Но такое толкование приводит к абсурду. Получается, что письменная форма требуется для договоров займа, заключаемых

между гражданами на сумму более 10 тыс. руб., но не требуется при любой сумме займа в ситуации, когда физическое лицо дает заем юридическому лицу. Получается нелепость с точки зрения системной согласованности позитивного права, политики права и здравого смысла.

Думается, избежать такой рассогласованности можно, только если не толковать п. 1 ст. 808 ГК РФ от обратного как исключающий необходимость письменной формы для договоров займа, в которых заемщиком является юридическое лицо, а видеть здесь пробел в специальном регулировании и применять для его восполнения общее правило ст. 161 ГК РФ, согласно которому наличие юридического лица в качестве любой стороны договора влечет необходимость соблюдения письменной формы договора. Но при таком толковании какая-либо специфика регулирования займа исчезает, и следует прийти к выводу об избыточности комментируемой нормы.

Целесообразность установления обязательности письменной формы для более или менее серьезных сделок – вопрос политико-правового выбора. Ряд стран обходится без подобных требований и лояльно относится к устным сделкам даже на крупные суммы. Другие же, наоборот, стараются запретить устные сделки или более мягко дестимулировать их заключение. Как представляется, баланс издержек и выгод, порождаемых либеральными или более жесткими требованиями к оформлению договоров с учетом российских реалий, в рамках которых лжесвидетельствование, к сожалению, достаточно распространено, скорее подсказывает, что установление обязательности письменной формы для сделок на значимые суммы оправданно. Рост транзакционных издержек минимален, и при этом наличие письменной формы сделки позволяет решить множество проблем: и исключить последствия ошибок памяти самих сторон и ложных или неточных показаний свидетелей, и предупредить поспешное и непродуманное вступление в договорные отношения, и снизить литигационные издержки на установление факта заключения или содержания договора в условиях несовпадения объяснений сторон в отношении данных обстоятельств, и обеспечить лучшую координацию поведения сторон (которым куда проще находить взаимопонимание при исполнении обязательств, если у них есть четкая, объективизированная, а не утопающая в недрах памяти дорожная карта), и лучше защитить интересы возможных правопреемников (например, наследников, которым права или долги по сделке могут перейти в порядке наследственного правопреемства; цессионариев, которые могут купить такие требования; кредиторов, которые могут желать обратить взыскание на такие требования, и т.п.), и лучше

обеспечить фискальные интересы государства, и облегчить налоговый учет операций по таким сделкам, и многие другие вопросы.

Данная норма применяется не только к денежным займам, но и к случаям передачи в заем иного имущества. В таком случае учитываться должна, видимо, рыночная стоимость передаваемого имущества.

Не вполне понятно, должны ли учитываться при определении суммы сделки, которая позволяет оформить ее устно, проценты, или речь должна идти только о сумме основного долга. По логике проценты также должны учитываться. Впрочем, какой-либо практической актуальности вопрос не имеет, так как судебные споры по займам, на основании которых сам основной долг меньше 10 тыс. руб., крайне редки.

Также следует иметь в виду, что в силу ст. 820 ГК РФ кредитный договор должен в любом случае (независимо от суммы и от статуса заемщика) оформляться письменно. Тот же вывод применим и к договору ломбардного займа (в силу диспозиции комментируемой нормы, а также в силу положений ч. 2 и 4 ст. 7 Закона о ломбардах), в отношении займов, предоставляемых МФО, или иных займов, предоставляемых юридическими лицами.

1.1. Последствия несоблюдения письменной формы. Если заем должен быть оформлен письменно, а вместо этого состоялось устное соглашение, такое соглашение не является по общему правилу ничтожным. Согласно п. 1 ст. 162 ГК РФ несоблюдение требуемой по закону письменной формы по общему правилу влечет не ничтожность договора, а запрет ссылаться на свидетельские показания при возникновении между сторонами споров о факте совершения сделки и ее условиях. В силу п. 2 ст. 162 ГК РФ ничтожность такой сделки будет иметь место только тогда, когда закон, устанавливая требование письменной формы, специально оговорился о ничтожности сделки, совершенной с нарушением такого требования. Комментируемая норма ничтожность не упоминает, а следовательно, применяется лишь общее последствие в виде запрета ссылаться на свидетельские показания при возникновении спора о факте совершения сделки или ее условиях. При признании сторонами факта заключения устного договора и его содержания суд не вправе ставить под сомнение данные обстоятельства.

Если при возникновении в суде указанного спора о факте заключения договора и его условиях представленные заинтересованной стороной допустимые доказательства (т.е. за вычетом свидетельских показаний) убедят судью с точки зрения применимого стандарта доказывания в факте заключения именно договора займа и в наличии согласия сторон по существенным его условиям, он может исходить из заключенности договора и удовлетворять те или иные договорные

иски (о взыскании долга, процентов и т.п.). Если нет, суд должен исходить из того, что никакого договора не было, пусть даже у стен суда скопились десятки свидетелей, которые, как утверждает одна из сторон, могут подтвердить, что своими глазами видели факт совершения сделки.

По сути, речь идет о том, что свидетельские показания в подобного рода спорах являются недопустимым доказательством. Логика тут, видимо, в том, что законодатель опасается лжесвидетельствования или невольных искажений памяти свидетелей. Действительно, трудно представить, что свидетели через год или два после того, как они наблюдали заключение договора между некими сторонами, корректно вспомнят все озвученные сторонами в рамках устного разговора условия сделки. В таких ситуациях даже память самих контрагентов может легко подвести их, что уж говорить о свидетелях.

В то же время сама по себе эта идея дискриминировать свидетельские показания может вызывать споры. Получается, что на основании свидетельских показаний нельзя установить факт заключения договора займа на сумму 50 тыс. руб., но можно установить факт преступления (в том числе по «экономическим составам» вроде мошенничества) и осудить человека на тюремное заключение. Очевидно, что цена ошибки во втором случае намного выше, а следовательно, выше должен быть и стандарт доказывания, но вопреки логике свидетельские показания в первом случае считаются недопустимыми в силу своей ненадежности, а во втором — принимаются и кладутся в основу приговора. Так что есть все основания обсуждать целесообразность сохранения такой санкции в российском праве *de lege ferenda*. Но здесь следует рассмотреть и возможные альтернативы. Ничтожность сделок, при совершении которых было нарушено требование письменной формы, в качестве общего правила также не выглядит абсолютно выигрышно.

Каким бы спорным ни казалось это решение нашего законодателя, *de lege lata* мы исходим из существующего законодательного режима. Такова традиционная, унаследованная еще в XIX в. из французского права санкция, которая российское позитивное право по общему правилу пока применяет к тем, кто не соблюдает установленные законом требования письменной формы сделки. Когда суды общей юрисдикции игнорируют это правило и почему-то устанавливают факт заключения договора займа на основе оценки свидетельских доказательств, это, как правило, впоследствии становится основанием для отмены таких решений (см., например, Определение КГД ВС РФ от 20 мая 2014 г. № 18-КГ14-31).

При несоблюдении требования письменной формы доказать факт совершения сделки займа можно, представив, например, аудио- или видеозапись устного разговора, в котором отразилась воля сторон заключить договор займа (похожее дело см. в Определении КГД ВС РФ от 14 апреля 2015 г. № 33-КГ15-6). В целом, судебная практика ВС РФ считает использование скрыто сделанной аудиозаписи разговора допустимым доказательством, если разговор касался вопросов, входящих в предмет доказывания по делу (см. также определения СКГД ВС РФ от 27 ноября 2018 г. № 44-КГ18-19 и от 6 декабря 2016 г. № 35-КГ16-18). Кроме того, могут быть представлены банковские данные о фактическом перечислении определенной суммы на счет заемщика с соответствующим указанием в назначении платежа и погашении заемщиком части указанной суммы (похожее дело см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 13966/09).

При этом запрет на использование свидетельских показаний нельзя обойти за счет представления их показаний в письменной форме. Это касается и зафиксированных на бумаге и нотариально удостоверенных объяснений свидетелей (Определение КГД ВС РФ от 16 августа 2016 г. № 18-КГ16-70). В принципе, то же должно относиться и к распространенным в ряде юрисдикций аффидевитам (отраженным в письменной форме устным объяснениям, данным свидетелем под присягой за рубежом перед нотариусом или иным уполномоченным лицом и удостоверенным такими лицами). Тот факт, что устные показания фиксируются на бумажном носителе и кем-то удостоверяются, не отменяет того факта, что по своей природе данные показания, исходящие от третьих лиц, носят устный характер и отличаются от обычных свидетельских показаний только тем, что отсутствует фактор непосредственного восприятия судом данных показаний. Если закон запрещает использование свидетельских показаний, то тем более он не может допускать использование устных показаний третьих лиц, которые суд не может воспринять непосредственно, уточнить за счет дополнительных вопросов и т.п. Поэтому вряд ли такие аффидевиты могут быть допущены для доказывания факта заключения устного договора и его содержания, если закон требует для такого договора письменную форму.

Иногда истцы или ответчики пытаются привести в качестве доказательств наличия заемного долга устные показания сторон или третьих лиц, полученные в ходе уголовного дела и зафиксированные в письменной форме (например, протоколы допросов). Само уголовное дело (обычно по ст. 159 УК РФ «Мошенничество») нередко возбуждается во многом именно для того, чтобы получить такие показания

свидетелей, а затем предъявить их в гражданском процессе в форме соответствующих протоколов допроса. Как представляется, если такие протоколы отражают показания самих сторон гражданского спора, их представление в суд вполне возможно, это не нарушает норму п. 1 ст. 162 ГК РФ о запрете использования свидетельских показаний, так как показания самих сторон к свидетельским наше процессуальное право не относит. Оценка таких доказательств осуществляется судом по внутреннему убеждению. Думается, что, если должник в ходе следственных действий признавался в получении займа, его последующие возражения против факта существования договора на этапе рассмотрения гражданского спора могут быть восприняты критически. В то же время в практике ВС РФ имеются примеры признания недопустимыми таких доказательств с точки зрения правил п. 1 ст. 162 ГК РФ, т.е. фактическое их приравнивание к режиму свидетельских показаний (Определение КГД ВС РФ от 10 сентября 2013 г. № 18-КГ13-61).

Если же соответствующие протоколы допроса фиксируют устные показания третьих лиц (т.е. свидетелей как таковых), их использование в качестве средства доказывания заключения договора займа по гражданскому делу должно блокироваться по правилам п. 1 ст. 162 ГК РФ, если при заключении договора было нарушено требование письменной формы сделки. Иначе получается, элементарный способ обхода правил данной нормы. Как уже отмечалось, сама фиксация показаний свидетелей на бумаге ничего сущностно в плане их достоверности не меняет. Не меняет ничего и то, что эти показания даются не в рамках гражданского дела непосредственно, а в ходе расследования уголовного преступления. Уголовная ответственность за дачу заведомо ложных свидетельских показаний по ст. 307 УК РФ распространяется одинаково на свидетелей как в гражданском процессе, так и в уголовном. Если у нас имеются опасения в отношении рисков лжесвидетельствования свидетелей при доказывании факта совершения сделок на крупную сумму, то эти опасения формально касаются и показаний свидетелей, данных в ходе уголовного дела. Другое дело, если имеется вступивший в силу уголовный приговор суда, в котором подтверждается факт получения денег. Как представляется, в такой ситуации смысла проявлять принципиальность гражданскому праву нет: здесь уже речь не идет о доказательственной силе свидетельских показаний, вместо этого истец освобождается от доказывания установленных в уголовном приговоре обстоятельств (ч. 4 ст. 69 АПК РФ, ч. 4 ст. 61 ГПК РФ).

Также возникает вопрос международного частного права: является ли норма п. 1 ст. 162 ГК РФ нормой российского материального или

процессуального права? Этот вопрос имеет значение в ситуациях, когда российский суд рассматривает спор по заключенному между российским лицом и иностранной организацией или гражданином договору, который в силу применяемых судом российских коллизионных норм (в силу ст. 1211 ГК РФ по общему правилу к договорам займа или кредита применяется право страны займодавца) в случае своего заключения подчинялся бы материальному праву зарубежной страны, в котором нет ограничений, подобных норме п. 1 ст. 162 ГК РФ. Тот же вопрос встает и в ситуациях, когда иностранный суд рассматривает спор о заключении договора, который в силу коллизионных норм страны суда в случае его действительного заключения оказывался бы подчинен российскому материальному праву. Вопрос этот до сих пор не прояснен, вызывает споры в науке международного частного права и выходит за рамки комментария к настоящей статье.

(а) Доказывание реального договора. Если речь идет о реальном договоре, фактический состав сделки состоит из достижения соглашения об условиях займа и передачи самого имущества. Судебная практика в основном исходит из того, что, если речь идет о реальном договоре займа, с помощью свидетелей нельзя доказывать ни факт достижения некоего устного соглашения об условиях займа, ни факт передачи займа заемщику, ибо эти два факта вместе составляют фактический состав, из которого складывается договор займа.

Согласно доминирующему подходу, использование свидетелей невозможно при доказывании факта передачи наличных денег или вещей в счет ранее оформленного письменно реального договора займа: так как передача денег или вещей по реальному договору входит в фактический состав реального договора, запрет на использование свидетельских показаний распространяется и на такую передачу. Теоретически практика могла бы идти по иному пути и запрещать использовать свидетельские показания только для доказывания достижения соглашения о займе, но не для доказывания передачи денег или вещей, однако реальная российская практика по этому пути не идет.

Когда отсутствуют допустимые с точки зрения п. 1 ст. 162 ГК РФ доказательства передачи займа, ссылки кредитора на наличие подписанного должником акта сверки (или иного документа, содержание которого состоит в признании долга), если в нем не указана природа долга и нет указаний на то, что данный долг направлен на возврат ранее предоставленного займа, сами по себе недостаточны в плане доказывания заемных отношений (Определение КГД ВС РФ от 10 сентября 2013 г. № 25-КГ13-2). Абстрактные долговые документы (за исключением векселей), которые фиксируют задолженность одного лица перед

другим без привязки к какому-либо договорному или иному основанию, российская судебная практика, как правило, не признает. Но если имеется акт сверки или иное письмо, в котором должник признает долг и прямо или косвенно указывает на заемный характер этого долга, можно говорить о наличии допустимого доказательства, подтверждающего факт заключения реального договора займа, включая передачу имущества. В частности, указание на то, что должник признает свою обязанность *вернуть* кредитору ту или иную сумму, недвусмысленно намекает на заемный характер отношений, а также на то, что ранее данная сумма должнику передавалась. Еще более очевидна ситуация, когда такое признание долга прямо указывает на то, что долг вытекает из факта более раннего получения займа (Определение КГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 5-КГ17-94).

В ситуациях, когда допустимыми доказательствами доказана передача некоего имущества, но из документов не следует напрямую заемная природа платежа, от суда требуется учет всего комплекса обстоятельств, чтобы удостовериться в том, что договор займа был действительно заключен, пусть и не оформлен письменно (Обзор судебной практики ВС РФ № 3 (2015), утвержденный Президиумом ВС РФ 25 ноября 2015 г.). В Определении КГД ВС РФ от 1 августа 2017 г. № 5-КГ17-97 по этому поводу указано: «В отсутствие в письменном договоре, расписке, ином документе, оформляющем получение наличных денег, буквального указания на получение должником денежной суммы по договору займа и при невозможности установления заемной природы платежа по правилам части 1 статьи 431 Гражданского кодекса Российской Федерации в соответствии с частью второй названной статьи должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи, последующее поведение сторон». Поэтому, в частности, расписка, подтверждающая факт передачи денег в долг, может служить доказательством заключения реального договора займа, если в ней прямо или косвенно указано на заемную природу платежа (или хотя бы наличие у получателя денег обязанности их вернуть). В остальных случаях суду придется изучать все обстоятельства дела для того, чтобы установить природу возникающих отношений. Таким же образом одного факта безналичного перевода денег без наличия доказательств того, что *обе стороны* видели в этом акте реализацию заемной конструкции, недостаточно для того, чтобы был доказан факт заключения договора займа (Определение КГД ВС РФ от 23 сентября 2014 г. № 5-КГ14-63).

Указание в назначении безналичного платежа на заемный характер перечисляемых заемщику средств само по себе не означает, что речь идет о займе, так как подлежит доказыванию и тот факт, что заемщик также согласен с наличием между ними именно заемного правоотношения. При этом при установлении заемной природы передачи имущества продолжает применяться запрет на использование свидетелей. Наличие доказательств самого платежа ограничение п. 1 ст. 162 ГК РФ не отменяет, так как передача имущества сама по себе договором не является, а выступает в данном контексте лишь как один из элементов процесса заключения реального договора.

Но нельзя ли исходить из того, что в ситуации, когда допустимыми доказательствами доказана передача имущества, следует презюмировать, что речь идет о предоставлении займа, если ответчик не докажет наличие иного правового основания платежа (например, представит доказательства того, что данная расписка подтверждала, наоборот, возврат истцом своего заемного долга перед ответчиком, дарение или платеж по иному договору между ними)? Вряд ли такое распределение бремени доказывания справедливо. Конечно, если ответчик в суде не дает внятного объяснения причин подписания им расписки в получении денег, возможно, какой-то суд, оценивая такие скудные доказательства по своему внутреннему убеждению и учтя странное процессуальное поведение ответчика, может поверить истцу, утверждающему, что расписка подтверждала предоставление займа. Но если ответчик даст альтернативное объяснение смысла расписки (например, заявит, что по данной расписке он получал не заем от истца, а истец сам погашал свой долг по ранее заключенному устному договору займа), признавать факт заключения реального договора займа доказанным, видимо, неверно, так как в вопросе о природе платежа слову истца противостоит слово ответчика. Первичное бремя доказывания природы платежа лежит на истце, и перекладывать на ответчика бремя опровержения только на основании наличия расписки нельзя.

В то же время сделанный выше вывод еще не означает, что суд должен отказать в иске о возврате имущества. Если, например, имеется расписка в получении некой суммы денег, истец не доказал наличие заемного правового основания для платежа, но и ответчик не представил доказательства альтернативного правового основания платежа, получается, что мы наблюдаем ситуацию, когда платеж за счет представления в суд расписки доказан, а правового его основания судья не видит. В таком случае отказ в иске недопустим, так как возможно взыскание указанной в расписке суммы по правилам гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении. Суд должен просто переквалифици-

цировать иск и удовлетворить его по правилам о неосновательном обогащении. Так что положение истца, который столкнулся с недобросовестным должником, отрицающим, что расписка или иные доказательства платежа подтверждают получение им денег именно в заем, и при этом не доказал наличие заемного правоотношения, не совсем катастрофично. По иску о взыскании долга по правилам о неосновательном обогащении даже проценты можно будет взыскать в том же объеме, что и при займе, в котором не установлен размер процентов, т.е. по ключевой ставке Банка России (ср. п. 1 ст. 809 и п. 2 ст. 1107 ГК РФ). Тем не менее положение такого кредитора в рамках кондикционного притязания все-таки в ряде деталей оказывается хуже, чем если бы было доказано наличие заемного правоотношения. Так, например, при наличии последнего проценты по займу должны были уплачиваться по умолчанию ежемесячно (п. 3 ст. 809 ГК РФ), а за просрочку в их уплате на невыплаченные суммы процентов будут начисляться проценты по ст. 395 ГК РФ (п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Начисление же процентов по ст. 395 ГК РФ на невыплаченные в срок проценты по правилам п. 2 ст. 1107 ГК РФ заблокировано тем, что последняя норма указывает на начисление на сумму денежного неосновательного обогащения процентов именно по ст. 395 ГК РФ, а начисление процентов по ст. 395 ГК РФ на ранее начисленные проценты по той же статье невозможно в силу прямого указания в п. 5 ст. 395 ГК РФ.

Возникает и еще один вопрос: что, если займодавец, столкнувшись в порядке досудебных переговоров с отрицанием заемщиком факта получения займа и осознавая, что ему не удастся доказать факт передачи займа по реальному договору с учетом отсутствия документов или иных допустимых доказательств, которые могли бы подтвердить данный факт, не будет настаивать на факте заключения договора займа и подает иск о возврате неосновательного обогащения? Формально говоря, правило комментируемого пункта здесь применяться не может. Вопрос о сделке в споре поднят просто не будет, так как об этом не заявляют ни истец (по стратегическим соображениям), ни ответчик (в силу того, что признание факта заключения договора займа противоречит его недобросовестной позиции по делу, основанной на отрицании факта заключения договора займа), соответственно, оснований для обсуждения запрета на привлечение свидетелей по п. 1 ст. 162 ГК РФ, казалось бы, нет. О какой-либо практике ВС РФ в отношении такой попытки обойти запрет из п. 1 ст. 162 ГК РФ нам пока неизвестно. Но высока вероятность, что суды будут готовы отрицать возможность использования свидетелей не только в тех случаях, когда доказывается

факт передачи имущества по реальному договору, но и в любых случаях, когда устанавливается факт передачи дорогостоящего имущества (например, крупной суммы наличных), независимо от того, идет ли речь о договорном предоставлении или об ошибочном платеже. Пока какой-либо ясности по вопросу нет.

(б) *Консенсуальный договор займа*. Если речь идет о консенсуальном договоре, запрет на использование свидетелей по п. 1 ст. 162 ГК РФ блокирует возможность использования свидетелей при доказывании факта заключения устного консенсуального соглашения о займе.

Но что, если сам договор стороны заключили письменно, и спор возникает о факте исполнения обязательства передать имущество в заем? В такой ситуации передача наличных денег или вещей не входит в фактический состав договора, а является исполнением ранее возникшего из заключенного и действительного договора обязательства. Применяется ли запрет на использование свидетельских показаний только к вопросу доказывания факта заключения договора, или с помощью свидетелей нельзя доказывать и факт передачи займа во исполнение ранее заключенного консенсуального договора? Комментируемая норма, безусловно, к самому платежу по долгу займодавца предоставить заем не применяется, так как говорит о заключении договора займа. Но есть общие правила ст. 161 и п. 1 ст. 162 ГК РФ, согласно которым письменная форма под страхом запрета ссылаться на показания свидетелей требуется *для любой сделки* с участием юридического лица и сделки между гражданами на сумму более 10 тыс. руб.

Соответственно, здесь многое зависит от того, готовы ли мы считать платеж в счет существующего долга или исполнение иного обязательства в форме распоряжения имуществом особой сделкой (распорядительной сделкой). Этот вопрос крайне спорен в российском праве. Если считать, что погашение долга — это распорядительная сделка, совершаемая во исполнение обязательственной сделки (в частности, консенсуального договора займа), теоретически открывается возможность обсуждать применение правил ст. 161 ГК РФ об обязательной письменной форме сделки и к самому платежу как к самостоятельной сделке¹.

Однозначного консенсуса в нашем праве в отношении признания действий по передаче имущества во исполнение договорного обязательства в качестве распорядительной сделки с применением к такой

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 30–32 (автор комментария к ст. 153 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

передаче всего массива общих правил о сделках (в том числе правила п. 1 ст. 162 ГК РФ о запрете ссылаться на свидетельские показания) нет. Многие не готовы признавать вручение вещи или наличных денег в руки кредитора (в том числе заемщика по консенсуальному договору) отдельной, оторванной от ранее заключенного договора сделкой в точном смысле этого слова (т.е. волеизъявлением), считая, что здесь фактические действия выходят на первый план, а само волеизъявление на перенос права собственности было отражено в ранее заключенном договоре и лишь поставлено под условие фактической передачи вещи. При этом безналичный перевод или переоформление бездокументарных ценных бумаг, на наш взгляд, однозначно есть результат отдельного распорядительного волеизъявления (распорядительной сделки). Но применительно к таким волеизъявлениям вопрос о запрете на свидетельские показания не встает, ибо сами эти сделки оформляются письменно. А вот целесообразность признания в качестве отдельной сделки фактических действий по передаче движимых вещей или наличных денег — вопрос куда менее однозначный.

Но даже если признать передачу наличных или движимых вещей кредитору распорядительной сделкой, правила ст. 161 ГК РФ, требующие соблюдение письменной формы для любых сделок с участием юридического лица и сделок между гражданами на сумму более 10 тыс. руб., возможно, следует подвергнуть телеологической редукции и не применять к таким распорядительным сделкам по передаче вещей. Действительно, может показаться избыточным блокировать использование свидетельских показаний, например, при доказывании факта передачи товара на складе покупателя. При таком подходе к чисто фактическим действиям по передаче вещей или наличных денег во исполнение обязательства правила ст. 161 ГК РФ не применяются. Если мы исключаем применение этих правил к распорядительной сделке по передаче наличных или движимых вещей во исполнение обязательства, следует быть последовательным и не применять эти правила и в отношении случаев исполнения обязательства предоставить заем. И тогда, исключив применение правил п. 1 ст. 161 ГК РФ об обязательности письменной формы сделки, мы избегаем применения п. 1 ст. 162 ГК РФ. Если так, то остается лишь общее правило п. 1 ст. 159 ГК РФ, которое допускает свободу совершения устных сделок, а также правило п. 2 ст. 158 ГК РФ, согласно которому там, где допускается устная форма, разрешается совершение сделки и в форме конклюдентных действий.

Иначе говоря, если верен этот подход, получается, что по заключенным устно договорам займа на сумму более 10 тыс. руб. или по до-

говорам займа, одной из сторон которых является юридическое лицо, при возникновении спора о факте передаче заемщику имущества запрет ссылаться на свидетелей применим к случаям передачи имущества по реальному договору займа и неприменим, если факт заключения договора установлен, а споры вызывает передача заемщику имущества во исполнение консенсуального договора. Насколько такая дифференциация оправданна? На практике далеко не всегда люди в полной мере осознают, заключают ли они договор по консенсуальной или реальной модели. Оправдывает ли это догматическое различие двух конструкций столь разное отношение права к допустимости использования свидетелей при доказывании факта передачи наличных денег или движимых вещей? Следует признать, что эта дифференциация не выглядит абсолютно убедительной, но, чтобы избежать этого исхода, нам придется либо а) отказаться от устоявшейся практики применения п. 1 ст. 162 ГК РФ к доказыванию передачи наличных денег или иных движимых вещей по реальному договору займа и исходить из того, что данный запрет касается только доказывания факта достижения устного соглашения, но не передачи денег или вещей, либо б) все-таки признать все случаи передачи такого имущества во исполнение любых обязательств сделками и при этом, не подвергая телеологической редукции правила ст. 161 ГК РФ, констатировать, что свидетельскими показаниями нельзя доказывать факт передачи денег и иных движимых вещей во исполнение любых обязательств. Как мы видим, вопрос не вполне однозначный. Более того, если мы пойдем по этому второму пути, как уже отмечалось, следует ожидать применения запрета на использование свидетельских показаний при доказывании факта передачи крупных сумм наличных денежных средств или дорогостоящего движимого имущества (на сумму более 10 тыс. руб.) и в тех случаях, когда истец, утверждающий, что он передавал ответчику такое имущество, требует его возврата не в связи с наличием заемных отношений между сторонами, а по правилам о неосновательном обогащении, утверждая, что передал ответчику данное имущество без правового основания. Для обоснования этого подхода судам придется признать платеж недолжного при отсутствии правового основания также распорядительной сделкой. При обратном подходе займодавец будут обходить правила о запрете использования свидетельских показаний, предъявляя не иск о возврате займа, а иск о возврате неосновательного обогащения.

Как бы то ни было, читателю следует иметь в виду, что имеется высокий риск столкнуться с применением судами тотального запрета на использование свидетельских показаний при доказывании фак-

та передачи больших сумм наличных или дорогостоящих вещей как по реальным, так и по консенсуальным займам. Споров, в которых возникала бы необходимость доказывать факт предоставления займа по консенсуальному договору, пока почти нет, ибо консенсуальность была легализована лишь 1 июня 2018 г., а по кредитным договорам практика кредитования наличными без оформления документации не встречается. Но есть очень весомые основания подозревать, что суды пойдут по пути переноса правила о запрете свидетельских показаний и на случаи предоставления займа путем передачи наличных денежных средств или движимых вещей по консенсуальному договору займа. Дело в том, что имеется достаточно актов ВС РФ, в которых тот признавал погашение заемщиком своего долга наличными сделкой, применял к такой сделке правила ст. 161 и п. 1 ст. 162 ГК РФ и запрещал использовать свидетельские показания при доказывании факта погашения долга заемщиком (Постановление Президиума ВС РФ от 27 марта 2002 г. № 245пв-01пр, определения КГД ВС РФ от 1 марта 2004 г. № 46-В04-31, от 12 апреля 2011 г. № 43-В11-1, от 10 сентября 2013 г. № 32-КГ13-4, от 24 декабря 2013 г. № 32-КГ13-8). Погашение заемщиком своего долга – такой же платеж по обязательству, как и передача займа по консенсуальному договору. Соответственно, с точки зрения системной согласованности последствия при несоблюдении письменной формы должны быть одинаковы.

(в) Ничтожность. Следует иметь в виду, что сделанные выше выводы не применяются к кредитному договору, ибо в силу ст. 820 ГК РФ при несоблюдении письменной формы договора кредита (которая, как уже отмечалось, требуется всегда, независимо от суммы кредита и статуса заемщика) договор является ничтожным.

Не применяются они, судя по всему, и к ломбардному займу. Правила ч. 2 и 4 ст. 7 Закона о ломбардах требуют соблюдения письменной формы договора ломбардного займа и выдачи ломбардом залогового билета. Согласно п. 3 ст. 339 ГК РФ несоблюдение обязательной письменной формы договора залога (а ломбардный заем объединяет и чисто заемный, и залоговый правовые эффекты) влечет ничтожность такого договора. В то же время в силу ч. 8 ст. 7 Закона о ломбардах нарушение требования письменной формы договора ломбардного займа влечет оспоримость сделки. Возникает очевидное противоречие. Видимо, правило Закона о ломбардах об оспоримости должно рассматриваться как специальное, хотя нельзя не признать, что никакой логики в такой пестроте регулирования и применении режима оспоримости сделок к ситуациям нарушения требования письменной формы не наблюдается. В любом случае санкция в виде запрета ссылаться на свидетель-

ские показания (п. 1 ст. 162 ГК РФ) к ломбардному займу, видимо, неприменима.

Оправданность такой жесткой санкции в отношении кредитных договоров у нас не вызывает сомнений. Возможно, было бы логично, чтобы такая же жесткая санкция (ничтожность) применялась и к ломбардным, и к иным потребительским займам. Столь жесткие санкции решительно подавляют какие-либо попытки оформления таких договоров предпринимателями устным образом. При этом наличие письменного документа, устанавливающего права и обязанности потребителя, является важным элементом защиты прав потребителя и предотвращает различные злоупотребления со стороны финансовых организаций.

1.2. Варианты письменной формы. Письменная форма может считаться соблюденной при изложении содержания волеизъявления в любой знаковой системе, отраженной на любом материальном носителе (бумага, пластина, глиняная дощечка и т.п.). Но письменная форма должна считаться соблюденной и при заключении договора посредством обмена сообщениями в электронном формате. Ведь здесь тоже волеизъявление выражается и воспринимается в текстовой форме без использования устной речи. Иногда *de lege ferenda* высказывается предложение о выделении самостоятельной электронной формы сделки (договора), отличной от устной и письменной форм¹, но пока российской закон такой самостоятельный вид формы сделки не предусматривает, и мы относим электронную форму к разновидности письменной формы сделки.

Главное, чтобы можно было установить, что соответствующая сторона выражает свою волю на введение в действие тех условий, которые отражены в той или иной форме на материальном или электронном носителе.

(а) *Письменная форма на материальном носителе.* При заключении договора посредством составления волеизъявления в письменной форме на материальном носителе (обычно бумага, но теоретически это может быть и папирус, и пергамент, и фрагмент бересты, и даже глиняная табличка) текст условий обозначается на этом носителе посредством написания текста на том или ином языке, а подтверждение

¹ В соответствии с утвержденной Правительством РФ программой «Цифровая экономика Российской Федерации» (Распоряжение Правительства РФ от 28 июля 2017 г. № 1632-р) ведется подготовка концепции среднесрочных мер по совершенствованию правового регулирования с целью развития цифровой экономики. В соответствии с проектом концепции предлагается регулирование заключения гражданско-правовых сделок в электронной форме.

согласия с написанными условиями традиционно облекается в форму проставления на документе личной собственноручной подписи соответствующей стороны (сторон).

Соответственно, при составлении договора на бумаге письменная форма будет соблюдена, если стороны составили и подписали единый документ, либо имел место обмен отдельными подписанными документами (оферта и акцепт), либо в ответ на письменную оферту другая сторона совершила акцепт конклюдентными действиями (п. 3 ст. 438, п. 3 ст. 434 ГК РФ), либо в ответ на письменную оферту другая сторона не возразила (если молчание в соответствии с п. 2 ст. 438 ГК РФ согласовано в некоем ранее заключенном договоре как означающее акцепт)

Хотя реквизит собственноручной подписи и упомянут в п. 1 ст. 160 ГК РФ и действительно является типичным, есть основания допускать соблюдение письменной формы в некоторых случаях и без него, если существует иной способ определить авторство (например, при публикации публичной оферты в газете) или авторство вовсе не оспаривается. Эта идея нашла отражение в п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 («при заключении договора путем обмена документами для целей признания предложения офертой не требуется наличия подписи оферента, если обстоятельства, в которых сделана оферта, позволяют достоверно установить направившее ее лицо (пункт 2 статьи 434 ГК РФ)»).

(б) Письменная форма при электронном варианте заключения договора. При электронном варианте реализации письменной формы вопрос соблюдения письменной формы выглядит несколько сложнее. Есть точка зрения, что письменная форма здесь будет соблюдена только при подписании электронного документа усиленной квалифицированной электронной подписью.

В пользу такого вывода могут быть выдвинуты следующие аргументы. В силу п. 2 ст. 434 ГК РФ «договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору». Но согласно п. 1 ст. 160 ГК РФ письменная форма сделки считается соблюденной, если соответствующий документ подписан стороной или уполномоченным ею лицом, а в силу п. 2 той же статьи «использование при совершении сделок факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования, электронной подписи либо иного аналога собственноручной подписи *допускается в случаях и в порядке, преду-*

смотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон» (курсив мой. — А.К.).

В ч. 4 ст. 11 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» указано, что «в целях заключения гражданско-правовых договоров или оформления иных правоотношений, в которых участвуют лица, обменивающиеся электронными сообщениями, обмен электронными сообщениями, каждое из которых подписано электронной подписью или иным аналогом собственноручной подписи отправителя такого сообщения, в порядке, установленном федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или соглашением сторон, рассматривается как обмен документами».

Наконец, согласно ст. 6 Закона об электронной подписи информация в электронной форме, подписанная усиленной квалифицированной электронной подписью¹, признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, подписанному собственноручной подписью, кроме случая, если федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами установлено требование о необходимости составления документа исключительно на бумажном носителе. В случае же подписания электронного документа простой электронной подписью² или неквалифицированной электронной подписью³ такой документ «признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, подписанному собственноручной подписью,

¹ Согласно ч. 4 ст. 5 Закона об электронной подписи квалифицированной электронной подписью является электронная подпись, которая 1) получена в результате криптографического преобразования информации с использованием ключа электронной подписи; 2) позволяет определить лицо, подписавшее электронный документ; 3) позволяет обнаружить факт внесения изменений в электронный документ после момента его подписания; 4) создается с использованием средств электронной подписи; 5) ключ проверки электронной подписи указан в квалифицированном сертификате; 6) для создания и проверки электронной подписи используются средства электронной подписи, имеющие подтверждение соответствия требованиям, установленным в соответствии с указанным Федеральным законом.

² Согласно ч. 2 ст. 5 Закона об электронной подписи «простой электронной подписью является электронная подпись, которая посредством использования кодов, паролей или иных средств подтверждает факт формирования электронной подписи определенным лицом».

³ Согласно ч. 3 ст. 5 Закона об электронной подписи «неквалифицированной электронной подписью является электронная подпись, которая: 1) получена в результате криптографического преобразования информации с использованием ключа электронной подписи; 2) позволяет определить лицо, подписавшее электронный документ; 3) позволяет обнаружить факт внесения изменений в электронный документ после момента его подписания; 4) создается с использованием средств электронной подписи».

только в случаях, установленных федеральными законами, принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами или соглашением между участниками электронного взаимодействия». Указанные в этой норме соглашения сторон, допускающие в дальнейшем использование простой или неквалифицированной подписи, должны предусматривать порядок проверки электронной подписи, а согласно ч. 2 ст. 9 Закона об электронной подписи должны содержать «правила определения лица, подписывающего электронный документ, по его простой электронной подписи», а также «обязанность лица, создающего и (или) использующего ключ простой электронной подписи, соблюдать его конфиденциальность». В силу элементарного здравого смысла следует предположить, что такое соглашение должно быть либо заключено в электронной форме и подписано усиленной квалифицированной подписью, либо составлено на бумаге и подписано собственноручной подписью.

Системное толкование всех указанных норм может натолкнуть на вывод о том, что указанный в п. 2 ст. 434 ГК РФ механизм достоверного определения авторства электронного документа, отправка которого представляет собой оферту или акцепт, состоит именно в подписании документа посредством усиленной квалифицированной электронной подписи (за исключением случаев наличия между сторонами ранее заключенного соглашения о допустимости использования простой или усиленной неквалифицированной электронной подписи). Из этого может быть сделан вывод о том, что договор, заключенный в форме обмена электронными сообщениями (СМС-сообщения, сообщения в мессенджере, электронные письма, сообщения *SWIFT* и т.п.), а также заключенный в личном кабинете на том или ином сайте или в приложении для смартфона, не должен считаться заключенным в письменной форме в силу отсутствия усиленной квалифицированной электронной подписи, пусть даже между сторонами нет спора о факте его заключения или при наличии такого спора без использования ссылки на электронную подпись, но иным способом достоверно доказано, что электронное сообщение исходило от соответствующей стороны.

Это консервативное прочтение закона в целом максимально приближено к его букве. Но обязаны ли мы следовать такой консервативной логике толкования закона? Как представляется, нет. Положения указанных выше норм могут толковаться и иначе. Дело в том, что п. 2 ст. 434 ГК РФ указывает на то, что обмен электронными сообщениями может считаться соблюдением письменной формы сделки, если можно достоверно установить, от кого сообщение исходит, и прямо допускает заключение договоров посредством обмена телеграммами,

телексами или факсимильными сообщениями, применительно к которым ни о какой электронной подписи или ином аналоге собственноручной подписи речь не идет в принципе. Соответственно, логично предположить, что использование электронной подписи по смыслу закона не является единственным способом установить происхождение волеизъявления, совершаемого не в форме составления документа на бумажном носителе, а в форме направления тех или иных цифровых сообщений: главное, чтобы «авторство» цифрового волеизъявления либо не оспаривалось, либо при возникновении спора было достоверно доказано. Иначе говоря, при таком либеральном прочтении закона подписание электронного документа усиленной квалифицированной подписью является лишь одной из возможных опций достоверного доказывания авторства, но далеко не единственной.

Кроме того, как уже отмечалось, п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 вообще признал, что при заключении договора посредством обмена документами проставление подписи на документе не является обязательным, если обстоятельства, в которых сделана оферта, позволяют достоверно установить направившее ее лицо. Если такая подпись не является строго обязательной для случаев составления оферты на бумажном носителе, то вряд ли та или иная электронная подпись может быть единственным способом совершить юридическое волеизъявление в электронной форме.

Такое более либеральное прочтение закона отразилось в одном из разъяснений ВАС РФ. Так, в п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 указано следующее: «Гражданский кодекс РФ не запрещает совершать одностороннюю сделку путем направления должником кредитору по обязательству, возникающему из такой сделки, соответствующего документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего сделку (ст. 156, п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 434 ГК РФ). Следовательно, требования ст. 368 ГК РФ о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, например, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы *SWIFT* (СВИФТ)». Как мы видим, отсутствие усиленной квалифицированной подписи не мешало ВАС РФ признать письменную форму банковской гарантии сделки соблюденной с учетом того, что использованная технология *SWIFT* позволяет достаточно надежно установить, от кого электронное сообщение исходило.

Логика у описанного выше либерального решения, допускающего соблюдение письменной формы и без использования усиленной

квалифицированной электронной подписи, достаточно проста. При выражении волеизъявления на бумаге проставление собственноручной подписи выступает в качестве знака подтверждения авторства. Лицо, рассматривающее некий текст сделки на бумаге, может удостовериться в том, что данный текст исходит от стороны сделки, увидев проставленную на документе подпись. В случае же электронных сообщений признаком авторства оказывается «цифровой след». Если для бумажной формы заключения договора типичной формой подтвердить волеизъявление состоит в проставлении автографа, то для электронной — использование соответствующей электронной подписи. Но как и для бумажной, так и для электронной форм наличие подписи не может являться единственным техническим приемом подтверждения авторства и окончательности волеизъявления (о чем применительно к бумажной форме и сказал ВС РФ в п. 9 Постановления Пленума от 25 декабря 2018 г. № 49). В случае с электронным вариантом соблюдения письменной формы содержание волеизъявления может фиксироваться по соответствующему «цифровому следу»: направление сообщения с соответствующего адреса электронной почты стороны сделки, ее телефонного номера, через систему *SWIFT* и т.п.

Этот либеральный подход соответствует положениям Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах, которая была разработана Комиссией ООН по праву международной торговли (*UNCITRAL*), утверждена Генеральной Ассамблеей ООН 23 ноября 2005 г., а далее подписана рядом стран и вступила для них в силу. Россия в их числе, хотя наша страна при принятии и сделала ряд оговорок, снижающих практическую роль данной Конвенции для российских участников оборота практически до нуля (согласно оговорке, сделанной Российской Федерацией, данная Конвенция будет применяться, только если стороны внешнеэкономического спора об этом договорятся). Как бы то ни было, согласно ст. 8 «сообщение или договор не могут быть лишены действительности или исковой силы на том лишь основании, что они составлены в форме электронного сообщения». Статья же 9 говорит о том, что «ничто в настоящей Конвенции не требует, чтобы сообщение или договор составлялись или подтверждались в какой-либо конкретной форме» (п. 1), а также уточняет, что «в случаях, когда законодательство требует, чтобы сообщение или договор были представлены в письменной форме, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия письменной формы, это требование считается выполненным путем представления электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использова-

ния». В силу же п. 3 данной статьи «в случаях, когда законодательство требует, чтобы сообщение или договор были подписаны стороной, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия подписи, это требование считается выполненным в отношении электронного сообщения, если: *a)* использован какой-либо способ для идентификации этой стороны и указания намерения этой стороны в отношении информации, содержащейся в электронном сообщении; и при этом *b)* этот способ *i)* либо является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой электронное сообщение было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности; *ii)* либо, как это фактически продемонстрировано на основании самого способа или с помощью дополнительных доказательств, позволил выполнить функции, описанные в подпункте *a*, выше».

Соответственно, если принять эту либеральную логику, мы имеем следующее положение: в случае, когда ни одна из сторон не отрицает факт обмена электронными сообщениями при заключении договора и при этом содержание соответствующих электронных сообщений не оставляет сомнений в выражении при их помощи воли на совершение сделок, вопрос о соблюдении письменной формы должен сниматься с повестки. Но что, если одна из сторон начинает отрицать факт направления электронного сообщения? В таком случае «авторство» подлежит доказыванию стороной, ссылающейся на получение данного электронного документа. Вопрос переходит в плоскость доказывания (подробнее см. подп. «в» п. 1.2 комментария к настоящей статье далее). Как верно указано в упомянутой выше конвенции, в таком случае необходимо, чтобы сторона, ссылающаяся на электронный договор, доказала «авторство» с помощью апелляции к надежности самого способа коммуникации или с помощью иных, дополнительных доказательств.

Ровно тот же вопрос возникает при оспаривании подлинности подписи на «бумажном» документе. При этом риски столкнуться с подделкой подписи на бумажном носителе отнюдь не менее существенны, чем риски положиться на электронное сообщение, свидетельствующее о заключении договора, а затем столкнуться с проблемами в доказывании «авторства». Более того, есть основания думать, что на стадии заключения договора оференту, получающему электронное сообщение о согласии вступить в договор на определенных условиях с личного электронного адреса директора акцептанта, куда больше оснований положиться на данное обстоятельство, чем если он получает по обычной почте бумажный документ с текстом, набранным на компьютере, который сопровождается коротким росчерком, определить подлин-

ность которого оференту, не обладающему познаниями в области почерковедения, просто невозможно. Да и на стадии рассмотрения спора доказать «авторство» электронного сообщения в ряде случаев также вполне возможно. Вопрос лишь в наработанных технологиях доказывания и формировании практики признания тех или иных доказательств в качестве достаточных.

В то же время у либерального подхода имеются и недостатки. Несанкционированный доступ к электронной почте или телефону третьих лиц может привести к навязыванию стороне сделки, которую она не намеревалась заключать. Тот же риск имеется и в отношении электронной подписи, если некто, кому ключ электронной подписи был передан, совершил с помощью нее сделку, или данный ключ был тем или иным образом украден. Но особенность в том, что мы все прекрасно осознаем риски передачи ключа электронной подписи стороннему человеку (например, когда директор компании отдает свою электронную подпись под контроль бухгалтера) и принимаем на себя эти риски, но далеко не всегда осознаем риск того, что наш близкий человек или коллега, воспользовавшись тем, что наш телефон оставлен без присмотра, может, взяв в его руки на пару минут, отправить с него от нашего имени СМС-сообщение, содержащее волеизъявление на совершение сделки. То же и в случае с несанкционированным доступом третьих лиц к нашему аккаунту в социальной сети или к почтовому сервису. Доказать, что сообщение было составлено и отправлено неким третьим лицом несанкционированно крайне затруднительно.

Так что вопрос о том, необходимо ли нашему праву вставать на указанную либеральную позицию, может вызывать споры.

Нельзя сказать, что и российская судебная практика однозначно приняла указанный либеральный вариант прочтения закона. Одно-го указания в отношении банковских гарантий на уровне практики ВАС РФ явно недостаточно, чтобы поставить в данном вопросе точку. Поэтому участникам оборота следует учитывать риск непризнания письменной формы договора соблюденной при заключении договора займа или кредита в электронной форме.

Этот вопрос оказывается не настолько принципиальным применительно к обычным займам, так как здесь при несоблюдении письменной формы, которая является обязательной в силу комментируемой нормы, это нарушение не влечет ничтожность. Даже если допустить, что электронное оформление договора без использования усиленной квалифицированной электронной подписи не свидетельствует о соблюдении письменной формы, сделка все равно действительна, сторонам лишь запрещено ссылаться на свидетельские показания

при возникновении споров о факте заключения и (или) содержании договора (п. 1 ст. 162 ГК РФ). Запрет же ссылаться на свидетельские показания в отношении договоров, заключенных в электронной форме, нерелевантен. При доказывании факта заключения электронного договора свидетели обычно не нужны, так как используются иные, электронные доказательства. Получается, даже если допустить, что письменная форма договора займа не соблюдена в ситуации, когда в ответ на электронное письмо с просьбой предоставить заем на 20 тыс. руб. (оферта) получивший его знакомый оферента переводит эту сумму на банковскую карту оферента (акцепт конклюдентными действиями), никаких негативных последствий само по себе это не повлечет, если факт заключения договора будет достоверно доказан соответствующими распечатками электронной переписки и банковских проводок.

Но ситуация становится острой в отношении банковских кредитов, применительно к которым обязательная письменная форма установлена под страхом ничтожности (ст. 820 ГК РФ). Если считать, что письменная форма кредитного договора при его заключении в электронном формате соблюдена лишь в случае использования усиленной квалифицированной электронной подписи, а подписание простой или усиленной неквалифицированной электронной подписью будет допустимо только в случае наличия некоего ранее заключенного между сторонами соглашения, допускающего использование такой более простой электронной подписи, то просто оформить кредит на сайте банка (так же как сейчас нередко оформляется страховка на сайте страховой компании или лицензия на использование скачанного программного обеспечения) окажется невозможным; потребуются обязательное личное собственноручное подписание на бумажном носителе как минимум исходного соглашения, допускающего в дальнейшем более простой вариант электронного оформления договора (например, в личном кабинете на сайте банка или в приложении для смартфона). При реализации же либерального варианта, нашедшего, как мы видели, отражение в Постановлении Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 в отношении аналогичного вопроса, возникающего в сфере банковских гарантий, таких строгостей можно избежать. Впрочем, здесь в отношении кредитных договоров на первый план выходят строгости законодательства о легализации преступных доходов, требующего надежную идентификацию клиента вплоть до личной явки в банк при первом заключении договора.

Насколько позволяют судить наши знания, банки стараются избежать рисков и, как правило, заключают кредитные договоры на бумаж-

ном носителе с собственноручными подписями. Последнее позволяет примирить форму договора с самым консервативным прочтением Закона об электронной подписи.

На самом общем уровне следует отметить, что плюсами либерального решения являются снижение транзакционных издержек и упрощение получения кредитных средств, интенсификация финансового рынка, но имеются, видимо, и минусы. К последним можно отнести, во-первых, повышение рисков оспаривания подлинности своего волеизъявления в первую очередь заемщиком. Впрочем, эти риски существуют и при получении кредита на основе заключения договора в обычной бумажной форме, кроме того, такие риски просто должны учитываться банками. Если банк готов, взвесив все «за» и «против», предлагать клиентам такой продукт по моментальному предоставлению небольших кредитов онлайн за счет перечисления на счет заемщика, зачем это запрещать? Так что данный риск не следует считать принципиальным. Во-вторых, это риск навязывания кредита некому заемщику помимо его воли (в ситуации, когда некое третье лицо, воспользовавшись, например, доступом к телефону или электронной почте заемщика, зарегистрируется на сайте банка и оформит там на имя заемщика кредит). Это опасение носит более серьезный характер. Если третье лицо оформит кредит посредством собственноручного подписания «бумажного» договора, выдавая себя за заемщика, это в конечном итоге во многих случаях можно выявить, проведя экспертизу подлинности подписи или изучив видеозаписи с камер, расположенных в офисе банка. В случае реализации либерального подхода бороться с такими случаями мошенничества будет несколько сложнее.

(в) Проблемы доказывания. В отношении доказывания собственноручной подписи на «бумажном» носителе сложились определенные устойчивые практики, сводящиеся в основном к проведению различных экспертиз (в первую очередь почерковедческих). Такие экспертизы далеко не всегда с успехом позволяют установить подлинность подписи и отличить хорошую подделку от настоящей подписи. Так, например, у многих людей подписи настолько малообъемны и просты, что надежное определение авторства будет исключено или затруднено. В результате нередко в суде приходится разбирать споры, в которых заемщики недобросовестно отрицают свои подписи на договорах займа и расписках, и иногда экспертизе не удается однозначно подтвердить подлинность подписи. Поэтому обычно рекомендуется либо составлять соответствующие документы целиком от руки и в присутствии другой стороны, чтобы снизить риски учинения подписи иным лицом и обеспечить экспертов достаточным материалом для определения

подлинности документа на основании почерка, либо фиксировать подписание соответствующих документов на видео.

Вопрос о технологиях доказывания электронной переписки, которая не заверялась электронной подписью, в арбитражном или гражданском процессе не вполне прояснен. До сих пор однозначной практики, которая могла бы подтвердить достаточность тех или иных доказательств, не сложилось. Например, не вполне понятно, как доказать, что электронное письмо с акцептом было доставлено оференту на его почтовый ящик (а не отфильтровалось в процессе доставки), если отправителю не пришло подтверждение о доставке, а адресат оспаривает получение сообщения. Стоит вопрос и в отношении технологии доказывания того, что электронное письмо исходит от уполномоченного представителя организации. Например, можно ли считать договор заключенным, если с корпоративного адреса электронной почты (например, от юриста компании) пришло письмо с приложением сканированной копии договора, на которой изображена подпись директора организации? Многие суды принимают в качестве достаточных доказательств самой электронной переписки скриншоты, заверенные нотариусом, но в ряде случаев для установления «авторства» отправленного письма требуется изучение технических реквизитов электронных сообщений. Дело в том, что скриншот подтверждает лишь то, что на соответствующем гаджете в почтовой программе или на сервисе электронной почты имеется то или иное «входящее» письмо, но данный скриншот не подтверждает, приходило ли оно именно от указанного отправителя. Это связано с тем, что современные сервисы позволяют отправить самому себе электронное сообщение якобы с адреса любого постороннего лица, и в папке входящих сообщений оно будет отображаться как пришедшее с нужного адреса электронной почты. Возникают и вопросы доказывания факта заключения договора в личном кабинете на сайте той или иной организации.

Анализ всех этих проблем выходит за рамки настоящего комментария. Российской судебной практике еще предстоит выработать правила и стандарты доказывания электронной переписки в целом и электронного документооборота, оформляющего договор, в частности. Поэтому использовать такую форму заключения договоров на значительные суммы (в том числе займов) стоит с осторожностью. Все эти проблемы не были бы столь остры, если бы участники процесса честно признавали все фактические обстоятельства и не использовали бы недобросовестную тактику оспаривания имевших место фактов. Например, в практике заключения очень крупных финансовых или иных контрактов за рубежом очень распространено использование

обмена электронными сообщениями с приложением сканированных копий договоров, и никого это не пугает, так как юристы просто даже не задумываются о том, что впоследствии одна из сторон начнет отрицать факт заключения договора. Но российское право (а точнее сложившаяся практика толкования соответствующих норм АПК РФ, ГПК РФ и УК РФ) исходит пока из того, что ничего неправомерного и преследуемого по закону в том, что одна из сторон реально заключенного договора в суде станет цинично отрицать данный факт, нет. А многие практикующие юристы считают, что в этом нет ничего и морально предосудительного и парадоксальным образом не видят здесь фундаментального противоречия самой миссии юриста. В таких тяжелых условиях риски заключения электронных договоров, не заверенных усиленной квалифицированной подписью, становятся заслуживающими внимания.

2. Расписка. Комментируемая норма говорит о том, что в подтверждение факта заключения договора займа может быть представлена расписка (см., например, Определение КГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 12-КГ15-3) или иной документ, подтверждающий передачу заемщику объекта займа. Это может быть и акт передачи имущества вещей, являющихся объектом предоставления по договору займа, и квитанция к приходному кассовому ордеру, и расходный ордер и т.п. При этом нарушение требований, установленных для соответствующих бухгалтерских первичных документов, не поражает их доказательственную силу в контексте гражданско-правового спора при указании в них суммы предоставленного займа и наличии подписи, как минимум заемщика (Определение КГД ВС РФ от 18 сентября 2012 г. № 5-КГ12-39).

По своему смыслу норма п. 2 ст. 808 ГК РФ была рассчитана на применение к реальным договорам займа, ибо в отношении таких случаев, доказывая передачу имущества заемщику путем представления тех или иных подписанных заемщиком расписок (актов и т.п.), подтверждающих получение некоего имущества в долг, устанавливается факт заключения договора. В то же время подобная расписка может оформляться и при передаче займа по консенсуальному договору в силу общих правил п. 2 ст. 408 ГК РФ. Более того, в такой расписке могут уточняться те или иные договорные условия, которые были опущены сторонами при заключении консенсуального договора. Например, индивидуальный предприниматель в переписке согласовал с неким заемщиком свою обязанность предоставить заем, сумму займа и некоторые иные базовые параметры (например, срок и размер процента), но иные детали стороны не оговорили. Ничто не исключает того, что

впоследствии при передаче займа наличными стороны не договорятся и о некоторых иных деталях и не отразят их в расписке.

Сама практика оформления таких расписок или актов существует в основном только при передаче в заем наличных денег или движимых вещей.

Расписка, подтверждающая передачу суммы займа наличными, безусловно, является ключевым доказательством заключения реального договора займа и возникновения заемного долга. Но, во-первых, она не является единственно возможным доказательством данных обстоятельств: ограничение на свидетельские показания, применимое к большинству договоров займа, не означает, что не могут быть приведены иные допустимые доказательства (например, видео- или аудио-запись). Во-вторых же, наличие расписки не исключает возможность оспаривания займа по безденежности по правилам ст. 812 ГК РФ, так как все доказательства должны оцениваться судом по внутреннему убеждению и комплексно. Безусловно, предъявление суду такой расписки, подпись на которой не оспорена заемщиком, в большинстве случаев будет означать соблюдение займодавцем стандарта доказывания факта заключения реального договора займа, и при пассивности заемщика должно быть достаточным для признания факта заключения договора доказанным, но заемщик может представить контрдоказательства, которые опровергнут факт предоставления займа. С учетом правил п. 2 ст. 812 ГК РФ за рядом исключений такими контрдоказательствами не могут быть свидетельские показания, но заемщик может представить иные допустимые доказательства, оспаривая заем по безденежности. Например, это может быть скрыто сделанная аудиозапись разговора с займодавцем, которая подтвердит, что в реальности деньги передавались на каком-то ином основании или вовсе не передавались (см. Определение СКГД ВС РФ от 27 ноября 2018 г. № 44-КГ18-19). Может апеллировать заемщик и к притворности соответствующей расписки как сделки или ее мнимости, приведя соответствующие допустимые доказательства.

2.1. Природа расписки. Если сама расписка о передаче наличных денег (или определенного числа заменимых вещей) в качестве займа подписана обеими сторонами, ее вполне можно признать вариантом соблюдения письменной формы сделки. Если же она подписана лишь заемщиком и вручена займодавцу, могут возникать споры. Одни юристы считают, что в такой ситуации сам договор был заключен устно, но расписка является лишь доказательством его совершения, причем доказательством, которое суд обязан принять и учесть при доказывании факта заключения договора даже в случаях, когда в силу п. 1 ст. 808

ГК РФ заем должен был оформляться письменно (например, заем между гражданами на сумму 1 млн руб.). Ведь такой документ не относится к блокируемым по правилам п. 1 ст. 162 ГК РФ при нарушении письменной формы свидетельским показаниям. Другие же юристы готовы считать, что письменная форма договора займа может быть отражена в документе, подписанном лишь той стороной, чье единственное обязательство и исчерпывает содержание реального договора займа (в силу одностороннего характера такого договора), при условии что данный документ был вручен займодавцу. В практике ВС РФ можно встретить примеры реализации последнего подхода (Определение КГД ВС РФ от 22 июля 2014 г. № 49-КГ14-11). В то же время особого практического значения эта дискуссия в большинстве случаев не имеет, так как в отношении общего режима заемных отношений письменная форма договора не установлена под страхом ничтожности (в отличие от ситуации с договором кредита, но в отношении него вопрос не актуален, так как кредит всегда оформляется письменно под страхом ничтожности).

2.2. Детали оформления. Расписка или иной документ, подтверждающие получение наличных денег или движимых вещей в заем по реальному договору займа, могут быть подписаны как обеими сторонами, так и одним заемщиком. В последнем случае нахождение такого документа в руках у займодавца является весомым доказательством того, что заем был реально предоставлен, и, кроме того, является одним из косвенных доказательств того, что он так и не был погашен, ибо в силу обычаев оборота и положений п. 2 ст. 408 ГК РФ при погашении долга наличными расписка, выданная заемщиком при получении займа, изымается им у займодавца или уничтожается в присутствии сторон (см. Определение КГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 12-КГ15-3, а также Обзор судебной практики ВС РФ № 1 (2016), утвержденный Президиумом ВС РФ 13 апреля 2016 г.).

Подобная расписка должна указывать на получение денег или иного имущества *именно в заем*. На практике нередко участники оборота этот аспект игнорируют, и в результате возникают проблемы в использовании такой расписки в качестве доказательства заключения договора займа. В частности, нередко расписка подтверждает получение некой суммы, но не указывает на заемную природу отношений или не фиксирует обязанность получателя впоследствии вернуть долг. При отсутствии ссылок на заем в тексте расписки и отсутствии внешних доказательств, позволяющих истолковать волю сторон как направленную на порождение заемных отношений, говорить о займе нельзя (определения КГД ВС РФ от 1 августа 2017 г. № 5-КГ17-97 и от 4 октяб-

ря 2016 г. № 78-КГ16-44). В такого рода случаях при отсутствии иных допустимых доказательств, указывающих на то, что речь идет о документальном оформлении именно заемных отношений (например, переписки, видеозаписи т.п.), подобный документ может не убедить суд в наличии заемных отношений (похожее дело см.: Определение КГД ВС РФ от 25 ноября 2014 г. № 32-КГ14-13). Но многое здесь зависит от оценки всех обстоятельств дела. Так, если в расписке говорится о обязанности лица, получившего деньги, впоследствии «возвратить долг», логично предполагать, что расписка подтверждает получение займа (Определение КГД ВС РФ от 16 февраля 2004 г. № 7-В03-9).

Кроме того, как отмечалось в подп. «а» п. 1.1 комментария к настоящей статье, несмотря на отсутствие достаточных оснований для вывода о заемной природе платежа, подтвержденного распиской, суд может удовлетворить иск о возврате указанной в расписке суммы на основании правил о неосновательном обогащении, так как платеж подтвержден, а правовое основание (ни заемное, ни некое конкурирующее) не подтверждено.

Собственноручность составления всего текста расписки закон не требует, но на практике при передаче в заем наличных денег это очень распространено. Смысл адресованной заемщику просьбы займодавца составить весь текст расписки от руки, а не ограничиваться проставлением короткого росчерка под напечатанным на принтере тексте состоит в том, чтобы усложнить для заемщика реализацию опции подписания документа вымышленной подписью. Заемщик, поставивший вместо своей настоящей подписи некий короткий графический символ, именуемый у нас подписью, может впоследствии просто отказаться признавать получение займа, и иметь высокие шансы на то, чтобы отбиться от иска о взыскании, так как проверяться в данном случае будет только одна подпись, при этом в случае ее простоты и малообъемности она может в принципе не поддаваться экспертной оценке на предмет достоверности, и, кроме того, она может быть достаточно легко «изобретена» подписантом *ad hoc* перед подписанием и не соответствовать той подписи, которую этот человек обычно ставит на документах (в целях формирования условий для последующего недобросовестного отказа от признания факта получения займа). Примеров оспаривания заемщиком своей подписи на документах, оформляющих выдачу займа, в российской судебной практике очень много (см., например, определения КГД ВС РФ от 26 сентября 2017 г. № 77-КГ17-23, от 31 мая 2016 г. № 4-КГ16-12). В этом плане значительный объем текста, написанный заемщиком от руки, несколько расширит возможности почерковедческой экспертизы и повысит

шансы займодавца, передавшего наличные деньги заемщику, справиться с недобросовестным отказом заемщика признавать факт получения денег. Но этот защитный механизм работает только тогда, когда сама расписка написана рукой заемщика в присутствии займодавца. Если она составлена заранее, нет никаких гарантий того, что написана она была именно заемщиком.

Иногда суды отказываются признавать действительность расписки, в которой стоит подпись одного лица (ответчика), но основной текст написан рукой некоего другого лица (например, кредитором или неустановленным лицом). Как представляется, такой подход не совсем обоснован. Если мы признаем договор, в котором от руки ставится лишь подпись, а основной текст распечатан на принтере, не совсем ясно, почему написание основного текста не подписантом, а неким иным лицом, должно само по себе порочить расписку как доказательство заключения договора и получения денег. В то же время нанесение основного текста не подписантом, а иным лицом может быть оценено судом наряду с другими доказательствами, формирующими обоснованные сомнения в подлинности документа, и в совокупности с такими доказательствами лечь в основу вывода о подлоге. Например, расписка может вызывать серьезные сомнения, когда документ не написан в целом от руки, а лишь подписан ответчиком, а сам лист, на котором составлена расписка, намного меньше стандартного листа А4. Это наводит на мысль о том, что документ составлен в результате обрезания некоего иного подписанного ответчиком документа (тем более когда в отступление от устоявшейся практики подпись на представленной расписке проставлена над основным текстом, а не ниже).

В расписке желательно указывать паспортные данные заемщика, а также дату ее составления. Если паспортные данные (или иная информация, позволяющая точно идентифицировать заемщика) не указаны в расписке, могут возникнуть споры об «авторстве», так как фамилия, имя и отчество не позволяют в большинстве случаев однозначно идентифицировать подписанта. Эти сомнения могут быть в ряде случаев устранены почерковедческой экспертизой.

При отсутствии в расписке даты также могут возникнуть неприятные споры, хотя, как представляется, само по себе отсутствие в расписке даты не должно влечь признание ее ничтожной при наличии в ней четкого срока погашения долга (впрочем, в последнем случае может возникнуть спор о периоде использования полученных средств и сумме начисленных процентов). Если же в расписке не указан и такой срок, может возникнуть неразрешимая неопределенность в отношении расчета срока исковой давности, особенно когда 1 сентября 2023 г. заработает правило

п. 2 ст. 200 ГК РФ, согласно которому по истечении 10 лет с момента возникновения долга, в отношении которого не оговорен срок исполнения, давность в любом случае истекает. В некоторых случаях установить, что такая расписка была написана в пределах 10 лет до момента подачи иска, может соответствующая экспертиза давности нанесения рукописного текста на бумагу (пример проведения такой экспертизы в отношении расписок см.: Определение КГД ВС РФ от 6 октября 2015 г. № 5-КГ15-128), но, насколько нам известно, возможности такой экспертизы не безграничны, а точность — не абсолютна.

Остается отметить, что нет никаких препятствий к тому, чтобы стороны «растворили» такую расписку в подписанном сторонами в виде единого документа договоре займа, указав в тексте такого договора, что сумма займа по данному договору уже фактически передана заемщику одновременно с подписанием такого договора или ранее. Такая практика достаточно распространена и не вызывает у нас сомнений (см.: определения КГД ВС РФ от 2 июня 2015 г. № 24-КГ15-5, от 24 июня 2014 г. № 24-КГ14-2 и от 17 июля 2018 г. № 46-КГ18-20).

В общем и целом все эти проблемы составления расписок в получении наличных денег, видимо, вскоре, по мере перехода к безналичным формам расчета, уйдут в прошлое. Но на данный момент в России, где оборот наличных в силу ряда причин имеет колоссальные масштабы, они все еще достаточно актуальны.

2.3. Риски при банкротстве. Следует учитывать, что оформление заемных отношений через передачу наличных денег воспринимается судами критически в случае банкротства заемщика и попытки установления требований займодавца в реестре требований кредиторов заемщика. По большому счету суды часто признают такие «формально-бумажные» доказательства передачи займа недостаточными в контексте банкротства, подозревая должника и займодавца в сговоре с целью потеснить реальных кредиторов в реестре требований за счет мнимых (так называемых нарисованных) долгов. Иначе говоря, если в обычном гражданском деле такой документ может быть признан достаточным доказательством, в контексте банкротства стандарт доказывания судами повышается, и одного лишь факта наличия расписки может оказаться недостаточно. На то, что вместо используемого в обычных гражданских спорах стандарта доказывания («разумная степень достоверности») при установлении требований в реестре требований кредиторов при банкротстве должника используется повышенный стандарт доказывания («ясные и убедительные доказательства»), указывают определения КЭС ВС РФ от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413, от 23 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3533, от 23 июля 2018 г. № 305-ЭС18-3009 и др.

Применительно к ситуации с расписками это приводит к следующему. В силу Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35 (п. 26) «при оценке достоверности факта наличия требования, основанного на передаче должнику наличных денежных средств, подтверждаемого только его распиской или квитанцией к приходному кассовому ордеру, суду надлежит учитывать среди прочего следующие обстоятельства: позволяло ли финансовое положение кредитора (с учетом его доходов) предоставить должнику соответствующие денежные средства, имеются ли в деле удовлетворительные сведения о том, как полученные средства были истрачены должником, отражалось ли получение этих средств в бухгалтерском и налоговом учете и отчетности и т.д. Также в таких случаях при наличии сомнений во времени изготовления документов суд может назначить соответствующую экспертизу, в том числе по своей инициативе (пункт 3 статьи 50 Закона о банкротстве)...» (см. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 4 октября 2011 г. № 6616/11).

Если к тому же такой заем якобы предоставило лицо, контролирующее заемщика или так или иначе с ним аффилированное (например, близкий родственник должника), суды нередко фактически исходят из опровержимой презумпции мнимости, а на лицо, утверждающее, что оно является реальным займодавцем, перекладывается бремя подтверждения реальности займа с применением крайне высокого стандарта доказывания. Это связано с тем, что, как указано в определениях КЭС ВС РФ от 23 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-6779, от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413, от 23 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3533, от 13 июля 2018 г. № 308-ЭС18-2197 и ряде других актов ВС РФ, при установлении в реестре требований кредиторов должника требований, которые имеет к должнику контролирующее его лицо (например, неминоритарный акционер или бенефициар), применяется еще более высокий стандарт доказывания — «вне разумных сомнений».

2.4. Возврат расписки при погашении долга. Согласно п. 2 ст. 408 ГК РФ «если 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. Расписка может быть заменена надписью на возвращаемом долговом документе. Нахождение долгового документа у должника удостоверяет, пока не доказано иное, прекращение обязательства». Иначе говоря, если выданная заемщиком займодавцу расписка в получении суммы займа наличными оказывается на руках у самого заемщика, из этого в виде опровержимой презумпции следует, что заем был возвращен; обратное может быть доказано займодавцем (например, если будет доказано, что расписка была у него выкрадена).

И наоборот, нахождение такой расписки у займодавца опровержимо презюмирует, что долг не погашен; обратное может быть доказано заемщиком.

На практике также нередко расписка, подтверждавшая получение денег заемщиком при погашении займа, не возвращается заемщику, а уничтожается (например, разрывается, сжигается или утилизируется посредством шредера).

В той же норме п. 2 ст. 408 ГК РФ отмечено, что при отказе кредитора выдать расписку, вернуть долговой документ или отметить в расписке невозможность его возвращения должник вправе задержать исполнение; в этих случаях кредитор считается просрочившим (ст. 406 ГК РФ). Из этого следует, что заемщик не несет ответственность за просрочку в уплате долга (п. 3 ст. 405 ГК РФ), а также не платит проценты за пользование займом за указанный период (п. 3 ст. 406 ГК РФ), вправе взыскивать с займодавца убытки, вызванные просрочкой кредитора, а также может депонировать соответствующую сумму долга у нотариуса по правилам ст. 327 ГК РФ.

2.5. Отличие расписки от документа, в котором фиксируется задолженность. На практике иногда сторонами в подтверждение заемного предоставления оформляется документ, в котором заемщик не фиксирует получение денег в долг, а просто подтверждает свой долг (а также иногда и указывает дату его планируемого погашения). Если такой документ указывает на то, что этот долг носит заемный характер (например, в нем указано на «возврат» долга, на то, что ранее такая сумма была получена должником, и т.п.), документ вполне может использоваться в подтверждение наличия между сторонами договора займа и являться основанием для предъявления к должнику исков, основанных на заемной природе отношений (например, вытекающих из акселерации долга по ст. 811 ГК РФ при нарушении должником установленного в таком документе графика платежей). Этот подход справедливо поддерживается в судебной практике (например, Определение КГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 5-КГ17-94). Однако встречаются случаи, когда документ фиксирует задолженность, устанавливает график или срок ее погашения, но никаких намеков на то, что речь идет о возврате займа, не содержит. При этом на практике такие странные долговые документы также могут называться расписками.

Проблем здесь не возникает, если займодавцу удастся доказать заемную природу отношений, представив иные письменные документы (например, переписку сторон или ранее оформленную расписку, которая подтверждала передачу заемщику той же суммы в заем), платежные документы, подтверждающие, что ранее он ту же сумму

переводил на счет заемщика, или видеозапись, на которой видно, что заемщик ранее получал от займодавца эту сумму. Но что, если такие доказательства представить нет возможности, подписант такого документа отрицает факт существования заемных правоотношений и факт получения этой суммы ранее от займодавца, а при этом п. 1 комментируемой статьи требует письменного оформления такого договора займа? Могут ли в такой ситуации займодавцем быть представлены свидетельские показания, которые могут прояснить природу отношений сторон и тот факт, что ранее займодавцем действительно предоставлялся заем на указанную сумму?

Как представляется, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Но в одном из определений КГД ВС РФ Суд признал расписку, фиксирующую обязанность должника расплатиться по некоему не проясненному в расписке долгу в рамках определенного графика и не подтверждающую факт более раннего получения той же суммы от кредитора в заем, в качестве основания для выведения заемной природы отношений сторон, утя тот факт, что должник не смог привести альтернативное объяснение факта признания им за собой данного долга. Кроме того, Суд также признал допустимым учет показаний свидетелей, проясняющих заемную природу отношений сторон: он посчитал, что учет свидетельских показаний, подтверждающих факт более ранней передачи впоследствии признанной должником в форме этой расписки суммы займа, здесь не нарушает п. 1 ст. 162 ГК РФ и допустим, так как в данном контексте свидетельские показания выступают не как инструмент доказывания факта совершения устной сделки (ибо, по мнению Суда, письменная форма сделки как таковая при наличии документа, в котором фиксируется признание долга, соблюдена), а как способ истолковать смысл расписки (Определение КГД ВС РФ от 22 июля 2014 г. № 49-КГ14-11).

Как представляется, допущение здесь свидетельских показаний несколько противоречит закону. Тем не менее, вероятнее всего, Суд оказался благосклонен к истцу в связи с тем, что ответчик не смог дать вразумительного альтернативного объяснения причин составления им такого долгового документа, от собственноручной подписи на котором он не отказывался. В тексте Определения имеется прямое указание на то, что ответчик не смог опровергнуть доводы истца о заемной природе признанного ответчиком долга. Не означает ли это, что ВС РФ исходит из того, что при наличии такого абстрактного документа, в котором должник фиксирует свою задолженность перед кредитором без прояснения ее правовой природы, бремя опровержения голословно предлагаемой истцом заемной теории объяснения

такого долга и, соответственно, бремя доказывания альтернативного объяснения данного долгового документа переносится на должника? Вопрос пока не вполне прояснен. В целом российская судебная практика обычно негативно относится к возможности взыскания долга, подтверждаемого лишь абстрактным письмом о признании долга или актом сверки задолженности, в ситуации, когда истцом не представлены иные доказательства, указывающие на правовое основание такого долга. Как уже отмечалось, абстрактные долговые документы наша судебная практика обычно не признает в качестве достаточного основания для взыскания долга (за исключением векселей, да и те проявляют свою абстрактность только после индоссирования). Так что, если допустить, что КГД ВС РФ в данном определении имела в виду, что наличие такого документа перекладывает на должника бремя опровержения заявленной истцом, но не подтвержденной им допустимыми доказательствами заемной квалификации долга, такой подход не кажется абсолютно бесспорным. Нельзя с уверенностью утверждать, что другие суды общей юрисдикции готовы будут использовать тот же подход, тем более учитывая, что отдельные определения данной коллегии ВС РФ по традиции не определяют судебную практику в системе судов общей юрисдикции. Так что делать какие-то далеко идущие выводы на основе анализа данного определения одной из коллегий ВС РФ рано. В любом случае сторонам крайне не рекомендуется оформлять заемные правоотношения таким странным образом.

Статья 809. Проценты по договору займа

1. Если иное не предусмотрено законом или договором займа, займодавец имеет право на получение с заемщика процентов за пользование займом в размерах и в порядке, определенных договором. При отсутствии в договоре условия о размере процентов за пользование займом их размер определяется ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды.

2. Размер процентов за пользование займом может быть установлен в договоре с применением ставки в процентах годовых в виде фиксированной величины, с применением ставки в процентах годовых, величина которой может изменяться в зависимости от предусмотренных договором условий, в том числе в зависимости от изменения переменной величины, либо иным путем, позволяющим определить надлежащий размер процентов на момент их уплаты.

3. При отсутствии иного соглашения проценты за пользование займом выплачиваются ежемесячно до дня возврата займа включительно.

4. Договор займа предполагается беспроцентным, если в нем прямо не предусмотрено иное, в случаях, когда:

договор заключен между гражданами, в том числе индивидуальными предпринимателями, на сумму, не превышающую ста тысяч рублей;

по договору заемщику передаются не деньги, а другие вещи, определенные родовыми признаками.

5. Размер процентов за пользование займом по договору займа, заключенному между гражданами или между юридическим лицом, не осуществляющим профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов, и заемщиком-гражданином, в два и более раза превышающий обычно взимаемые в подобных случаях проценты и поэтому являющийся чрезмерно обременительным для должника (ростовщические проценты), может быть уменьшен судом до размера процентов, обычно взимаемых при сравнимых обстоятельствах.

6. В случае возврата досрочно займа, предоставленного под проценты в соответствии с пунктом 2 статьи 810 настоящего Кодекса, займодавец имеет право на получение с заемщика процентов по договору займа, начисленных включительно до дня возврата суммы займа полностью или ее части.

Комментарий

1. Понятие процентов по договору займа.

1.1. Возмездность договора займа (кредитного договора). Договор займа по общему правилу, а кредитный договор всегда являются возмездными. Проценты по договору займа (кредитному договору) представляют собой плату (или основную часть платы) заемщика за использование суммы займа (кредита). С 1 июня 2018 г. терминология комментируемой статьи изменена: слова «проценты на сумму займа» заменены понятием «проценты за пользование займом». На первый взгляд оно точнее отражает существо отношений. Однако содержание нового понятия не в полной мере согласуется со смыслом, который в ГК РФ вкладывается в термин «пользование». Пользование займом необходимо различать с правом пользования имуществом, которое принадлежит собственнику (ст. 209 ГК РФ). Пользуясь вещью, собственник извлекает из нее полезные свойства. Используя сумму займа в качестве капитала, заемщик вправе распорядиться ей по своему усмотрению, потребить, израсходовать, обменять или подарить. Следовательно, «пользование займом» охватывает правомочия

как пользования, так и распоряжения переданным займы имуществом. Вводя термин «проценты за пользование займом», законодатель, как представляется, намеревался подчеркнуть зависимость размера процентов от срока использования займа. Взамен ему пришлось пожертвовать единством терминологии. Наряду с термином «проценты за пользование займом» в названии и в п. 6 данной статьи используется термин «проценты по договору займа», его следует считать синонимом.

1.2. Определение процента. В действующем российском законодательстве легальное определение процентов по договору займа (кредитному договору) отсутствует.

В современной доктрине под процентом понимается плата за пользование займом (функциональный признак), размер которой определен или определим (признак определенности / определмости), зависит от срока его использования (признак срочности) и не зависит от результатов распоряжения им заемщиком (признак независимости). Уплата процентов, как правило, производится периодически, что связано с регулярностью получения дохода заемщиком. Но этот признак процента не является определяющим.

Процент может быть выражен в твердой сумме и начисляться периодически, либо (что обычно для займов сроком менее 1 месяца) уплачиваться в форме фиксированного разового платежа при возврате суммы займа. Если по договору займа передается 1 млн руб., а через год заемщик обязуется вернуть 1 млн 200 тыс. руб., процент составляет 200 тыс. руб. за год использования. В таких ситуациях зависимость вознаграждения от срока должна подразумеваться: вознаграждение в размере 200 тыс. руб. является встречным предоставлением за передачу займа на срок в 1 год. В последнем случае необходимо осуществлять перерасчет размера процентов, если заем возвращается досрочно или, наоборот, заемщик допускает просрочку. При перерасчете необходимо восстановить (реконструировать) размер процентной ставки, эксплицитно в договоре не оговоренной: в описанном выше примере это будет 20% годовых. Соответственно, в данном примере, если заем возвращается досрочно через шесть месяцев, заемщик должен вернуть 1 млн руб. и уплатить 100 тыс. руб. процентов. В случае просрочки возврата займа проценты за пользование займом за период просрочки также должны продолжаться начисляться из расчета 20% годовых. О непростом соотношении такого отложенного варианта уплаты процента в виде фиксированного платежа и механизма взимания процента «у источника» за счет зачета авансированного платежа процента к размеру предоставляемого займа см. п. 3.3 комментария к настоящей статье.

Сложности могут возникать, если в консенсуальном договоре займа одновременно определена процентная ставка, по которой регулярно начисляются и уплачиваются проценты, и, помимо этого, подлежащая возврату заемщиком сумма превышает сумму, которую ему предоставил займодавец. Представляется, что в отсутствие специальных указаний в договоре разница между предоставленной и возвращаемой суммой займа должна быть также причислена к процентам. Следовательно, эффективная ставка процента будет отличаться от договорной, что необходимо учитывать при досрочном возврате займа или при его просрочке. Впрочем, здесь многое зависит от толкования конкретных условий договора. Сторонам рекомендуется крайне внимательно продумывать механизмы начисления процентов с учетом соответствующего фиксированного платежа, держа в уме возможные сценарии досрочного погашения или просрочки.

В зависимости от объекта займа проценты могут уплачиваться денежными средствами, иными вещами, определяемыми родовыми признаками, или ценными бумагами. В случае займа вещей закон не запрещает взимать проценты в виде денежных средств и наоборот. Это не противоречит признаку однородности, поскольку он требует того, чтобы передаваемые в заем и возвращаемые вещи принадлежали к одному роду. А вот плата за данную «услугу» может состоять из предоставления, объектом которого являются денежные средства или иное имущество (см. комментарий к ст. 807 ГК РФ). На Руси проценты, взимаемые деньгами по денежным займам, назывались ростом, проценты по зерновым займам — насыпом (термин происходит от порядка возврата зернового займа: заемщик отмерял зерно ведром с надбавкой, насыпом).

1.3. Экономический смысл процентов. Рассматривая экономическую сущность процентов, полезно различать две ситуации — производится ли выдача займа (кредитование) за счет собственных или привлеченных средств. Если кредитор предоставляет процентный заем за счет собственных средств, то данная операция носит для него инвестиционный характер. По своему экономическому смыслу проценты здесь являются доходом на вложенный капитал, подобно процентам по банковским вкладам, облигациям или дивидендам на акции.

Предоставление займов за счет привлеченных денежных средств осуществляют профессиональные финансовые посредники, такие как кредитные организации, МФО, кредитные кооперативы. В экономическом смысле проценты по кредиту или займу в таких ситуациях нацелены на возмещение стоимости рефинансирования, покрытие переменных издержек на предоставление кредита (займа) и процент-

ной маржи, определяемой с учетом кредитного риска и ожидаемого дохода кредитора, за счет которого кредитор покрывает свои общие постоянные издержки ведения бизнеса (зарплата сотрудников, аренда помещений, приобретение оборудования и т.п.), а также обеспечивает выплату дивидендов акционерам (участникам). К стоимости рефинансирования следует относить не только расходы, связанные с привлечением банком заемного капитала, но и издержки, возникающие в связи с исполнением требований банковского регулирования и надзора по обеспечению достаточности собственного капитала и формированию резервов на возможные потери. Эти расходы зависят от срока кредита и учитываются кредитором при определении размера процентов.

В обоих случаях уплата процентов представляет собой встречное предоставление, которое заемщик осуществляет в пользу займодавца (банка) взамен на согласие последнего предоставить заем на тот или иной срок и фактическое его предоставление.

1.4. Характер условия о процентах. Условие о процентах в договорах займа, которые по общему правилу носят возмездный характер, является восполнимым. Его отсутствие не влечет незаключенности договора: размер процентов в таком случае определяется согласно п. 1 комментируемой статьи, т.е. ключевой ставкой Банка России. Недостающее условие договора восполняется законодателем. Для займов, которые по общему правилу являются безвозмездными (п. 4), условие о процентах будет случайным, т.е. при его отсутствии будет работать общая презумпция беспроцентности таких займов, но появление условия о начислении процента (пусть даже и без указания на сам его размер) в договоре такого рода переводит его в разряд процентного займа.

Специальные правила действуют для некоторых видов займов (кредитов) в зависимости от их цели и категории заимодавца. При буквальном прочтении закона условие о процентах является предписанным (обязательным в силу закона) существенным условием договора потребительского кредита (займа). Согласно п. 4 ч. 9 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) условие о процентной ставке в процентах годовых (а при применении переменной процентной ставки — порядок ее определения) *должно* включаться в договоры данного вида в качестве индивидуального условия. Условие о процентной ставке будет также существенным условием договора займа, заключенного ломбардом (ч. 3 ст. 7 Закона о ломбардах).

В перечисленных случаях закон требует, чтобы условие о процентах было включено в договор, что служит дополнительным механизмом

защиты заемщика, являющегося слабой стороной договора. В то же время отсутствие условия о процентах в письменном договоре потребительского займа (кредита) или ломбардного займа не должно приводить к признанию договора незаключенным, по крайней мере в ситуации, когда сумма займа уже предоставлена заемщику. В противном случае интересы последнего будут нарушены, поскольку он будет обязан немедленно вернуть денежные средства, которыми, возможно, уже распорядился. В действующем законодательстве правила на этот случай отсутствуют. Представляется, что при неуказании в договоре займа условия о процентах, когда оно носит в силу закона, казалось бы, обязательный характер, интересам заемщика отвечает сохранение договора с определением размера процентов по правилам комментируемой статьи. Иначе говоря, вероятно, есть основания толковать указанные выше нормы Закона о потребительском кредите (займе) и Закона о ломбардах вопреки их буквальному смыслу и признавать условие о размере процентов даже в таких договорах не в качестве существенного невосполнимого условия, отсутствие которого в договоре влечет незаключенность договора, а в качестве условия восполнимого. При такой интерпретации встает вопрос о последствиях неисполнения соответствующей финансовой организацией закрепленного в законе положения об обязательности включения условия о размере процента в договор. Если заем получен заемщиком, то договор сохраняет силу. При этом негативные последствия для заимодавца имеют двойкий характер: размер процентов рассчитывается по ключевой ставке Банка России, которая заведомо ниже рыночной процентной ставки, а также возникают основания для применения к нему мер воздействия со стороны Банка России (по ст. 74 Закона о Банке России – в отношении кредитных организаций, по ст. 15.26.1 КоАП РФ – в отношении микрофинансовой деятельности, по ст. 15.26.2 КоАП РФ – в отношении ломбарда, по ст. 15.38 КоАП РФ – в отношении кредитного кооператива).

Интересно проследить за тем, как правовой характер условия о процентах менялся в исторической перспективе. В римском праве соглашение о процентах заключалось дополнительно к договору займа, т.е. условие о процентах лежало вне договора займа. Позже в европейском законодательстве оно приобретает случайный характер: закон устанавливает правило о беспроцентном займе, если стороны не договорятся об ином. С развитием кредитного оборота условие о процентах становится обычным. Наконец, с появлением массового (потребительского) кредитного рынка и установлением информационной парадигмы оно приобретает предписанный (обязательный)

характер, пусть эта обязательность и оказывается с учетом сказанного выше несколько эфемерной.

1.5. Законный процент. Ключевая ставка Банка России. Комментируемый пункт устанавливает размер законного процента по возмездному договору займа, т.е. размер процентной ставки, которая применяется, если условие о процентах отсутствует в договоре. В этом случае размер процентов определяется с использованием ключевой ставки Банка России, действовавшей в соответствующие периоды. До 1 июля 2018 г. роль законного процента играла ставка банковского процента, под которой понималась ставка рефинансирования Банка России. Ключевая ставка является экономическим и финансовым инструментом в области денежно-кредитной политики государства. Она была введена Банком России в сентябре 2013 г., а с 1 января 2016 г. значения ставки рефинансирования и ключевой ставки были уравнены. Размер ключевой ставки устанавливается (регулярно пересматривается) Советом директоров Банка России.

Презумпция законодателя состоит в том, что рыночная ставка заемного процента, т.е. стоимость, по которой заемщик мог бы получить денежные средства, соответствует ключевой ставке Банка России. С финансовой точки зрения такое обобщение представляется слишком грубым. Ключевая ставка служит индикатором стоимости финансирования, которое кредитные организации получают от Банка России, это минимальная процентная ставка, по которой Банк России предоставляет кредиты кредитным организациям на срок, равный одной неделе. Стоимость рыночных заимствований для организаций реального сектора и граждан оказывается существенно выше ключевой ставки, поскольку их кредиторами выступают коммерческие банки, а не Банк России. Размер заемного процента зависит от многих факторов, прежде всего от срока кредита, кредитного качества (кредитного рейтинга) заемщика и качества предоставленного обеспечения. Проведенная гражданским законодателем типизация стоимости заемных средств, по существу, приравнивает всех заемщиков к банкам (кредитным организациям), что ведет к существенному занижению законного процента. В условиях низкой доступности кредита и неэффективности судебных процедур это (в ситуациях, когда в договоре не установлен размер процентной ставки и применяется комментируемый пункт, восполняющий данный пробел) провоцирует заемщиков разными способами «удерживать» чужие денежные средства, что подрывает платежную дисциплину.

Более обоснованный взгляд на оценку стоимости кредита (займа) проведен в налоговом законодательстве. При расчете налоговой базы

и налоговой ставки законодатель использует мультипликаторы или добавляет к ставке рефинансирования (т.е. к ключевой ставке) процентные пункты. Так, льгота по налогу на прибыль физических лиц действует в отношении дохода по рублевому вкладу, если размер процентов не превышает ставку рефинансирования Банка России на пять процентных пункта (ст. 214.2 НК РФ). При расчете налога на прибыль организаций расходами, вычитаемыми из доходов, при определенных условиях признаются проценты, уплаченные по рублевому банковскому кредиту, но не выше ставки рефинансирования Банка России, увеличенной в 1,25 раза (п. 1.2 ст. 269 НК РФ). Возможно, *de lege ferenda* было бы разумнее содержание комментируемой диспозитивной нормы выразить аналогичным образом. Впрочем, здесь следует отметить, что закрепление в комментируемой норме ключевой ставки, которая заведомо ниже рыночных ставок по займам и кредитам и, казалось бы, однозначно не соответствует подразумеваемой воле большинства контрагентов, стимулирует займодавца (банк), который, как правило, является более сильной стороной договора, прояснять вопрос о размере ставки эксплицитно в договоре и не допускать неопределенности. Иногда содержание диспозитивной нормы может быть заведомо не соответствующим подразумеваемой воле сторон, с тем чтобы стимулировать стороны прояснить данный вопрос в договоре и тем самым предотвратить ненужные литигационные издержки и споры по поводу рыночного уровня ставки. Так что вопрос об оптимальном содержании диспозитивного правила о размере процента может быть предметом дискуссий.

1.6. Плавающий характер применяемой ключевой ставки. Указание на применение ключевой ставки, действующей в соответствующие периоды времени, означает, что применяемая ставка меняется автоматически с изменением ключевой ставки. В таком случае за период времени до изменения ставки применяется прежний уровень ключевой ставки, а за отрезок времени после изменения ключевой ставки действует уже новая ставка.

1.7. Ставка по валютным займам. Если в заем передается сумма валюты, но процентная ставка в договоре не установлена, применение правила п. 1 ст. 809 ГК РФ для восполнения пробела исключено, так как ключевая ставка отражает стоимость рефинансирования в рублях. Значение справедливой процентной ставки по валютным заемным обязательствам должно, видимо, определяться путем применения по аналогии подходов, выработанных применительно к проблеме определения применимой ставки процентов по ст. 395 ГК РФ в случае просрочки исполнения валютного обязательства (в том числе исполняемого в рублях по текущему курсу).

Это правило определения размера процентов по ст. 395 ГК РФ менялось. В соответствии с п. 52 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 размер процентов определялся как официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, а при ее отсутствии – опубликованная в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставленным в месте нахождения кредитора. Если отсутствуют такие публикации, размер процентов устанавливался на основании ставок краткосрочных кредитов одного из ведущих банков. Пунктом 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70 этот же подход был распространен и на любые иные проценты, привязанные к ставке банковского процента, а также на случаи, когда договор предусматривал валютную оговорку с оплатой в рублях по текущему курсу.

Подход был частично изменен в свете неудачного изменения ст. 395 ГК РФ. С 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г. здесь вместо ставки рефинансирования была установлена средняя ставка по вкладам физических лиц. В связи с этим с 1 июня 2015 г. п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 предписал рассчитывать проценты годовые по ст. 395 ГК РФ по валютным обязательствам на основании опубликованных Банком России ставок банковского процента по краткосрочным вкладам физических лиц в соответствующей валюте.

Но с 1 июня 2016 г. ст. 395 ГК РФ была вновь изменена и в ст. 395 ГК РФ теперь установлена привязка процента к ключевой ставке Банка России. Соответственно, подход к определению применимой к валютным обязательствам ставке процента опять изменился, и мы вернулись к средней ставке по кредитам в соответствующей валюте.

В Обзоре судебной практики ВС РФ № 1 (2017), утвержденном Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г., на этот счет указано следующее: «Принимая во внимание, что ключевая ставка Банка России представляет собой процентную ставку по операциям предоставления Банком России коммерческим банкам краткосрочных кредитов на аукционной основе, размер процентов, уплачиваемых за нарушение денежного обязательства, валютой долга которого является иностранная валюта, должен определяться с учетом аналогичных показателей и исчисляться исходя из средних процентных ставок в валюте долга. Источниками информации о средних ставках по краткосрочным кредитам в иностранной валюте являются официальный сайт Банка России в сети «Интернет» и официальное издание Банка России «Вестник Банка России». Если средняя ставка в соответствующей иностранной

валюте за определенный период не опубликована, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается исходя из самой поздней из опубликованных ставок по каждому из периодов просрочки. Когда отсутствуют и такие публикации, сумма подлежащих взысканию процентов рассчитывается на основании справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую им среднюю ставку по краткосрочным валютным кредитам».

Очевидно, что аналогичный подход за период с 1 июня 2016 г. должен применяться и к определению процентной ставки по займу по правилам комментируемого пункта, тем более что ранее в Информационном письме Президиума ВАС РФ № 70 этот подход уже был распространен на любые проценты (не только проценты по ст. 395 ГК РФ).

1.8. Ставка процента по неденежным займам. Возникает вопрос о том, какая ставка процента применяется к договорам займа, по которым в заем передаются вещи, определяемые родовыми признаками, или ценные бумаги, если такая ставка прямо не обозначена в договоре.

В силу п. 4 ст. 809 ГК РФ неденежный заем, по которому передаются вещи, определяемые родовыми признаками, презюмируется беспроцентным, но это не исключает ситуацию, когда договор прямо указывает на начисление процентов, но при этом не устанавливает их размер. Кроме того, как будет показано в комментарии к п. 4 настоящей статьи, эта презумпция беспроцентности не должна распространяться на заем ценных бумаг, так что такой вид займа, судя по всему, подпадает под общее правило п. 1 ст. 809 ГК РФ и презюмируется процентным.

Как будет показано далее, процент по неденежным займам может выражаться как в неденежной форме, так и в деньгах. Какой формат должен действовать по умолчанию, если стороны умолчали об объекте процентного обязательства, не вполне понятно. Практике такие споры неизвестны, так что она попросту не сложилась. Нет ясности и в вопросе о том, как должна определяться применяемая ставка по таким займам при отсутствии в договоре прямого указания на ставку. Можно предложить применять общее правило ст. 424 ГК РФ и заполнять пробел в отношении процента так, как это принято делать при отсутствии цены в любых иных возмездных договорах, т.е. путем учета рыночных цен (например, средних ставок процента по аналогичным займам акций или зерна). Этот подход и представляется наиболее логичным.

1.9. Ограничение процентов от платежей иной правовой природы.

(а) *Иные платежи за пользование займом (кредитом).* На практике необходимо ограничивать проценты от иных, непроцентных платежей заемщика, особенно часто встречающихся в кредитных договорах (п. 1

ст. 819 ГК РФ). Из понятия процентов исключаются платежи, которые хоть и имеют характер платы за пользование капиталом, но в силу прямого указания в договоре не зависят от срока использования займа (непроцентные платежи). Примером платежа данного вида является плата, взимаемая банком при выдаче кредита в процентах от суммы кредита (см. подп. «г» п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ). Отграничение этих платежей за пользование капиталом от процентов в строгом правовом значении представляет собой не вполне однозначный вопрос, но имеет важные правовые последствия (подробнее о регулировании непроцентных плат по кредиту см. п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ).

(б) Вознаграждения за самостоятельные услуги. Помимо процентов и иных платежей за пользование капиталом, заемщик может уплачивать по кредитному договору (договору займа) вознаграждения за самостоятельные услуги, связанные с предоставлением кредита (займа). Это могут быть, например, вознаграждения за консультационные услуги, структурирование, подготовку документации, организацию синдицированного кредита, управление залогом и прочие действия в рамках структурного финансирования. Эти вознаграждения могут носить зависящий от срока кредита характер либо взиматься единой суммой. Применительно к кредитным организациям данный вид платежей принято называть «комиссионным вознаграждением по операциям» или комиссией (ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности) (о таких платежах и пределах их допустимости см. п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ).

(в) Опционные премии и платежи за осуществление тех или иных вторичных прав. К особой категории следует отнести такие платежи, которые заемщик уплачивает на получение некой услуги в строгом смысле этого слова, а за получение некоего вторичного права (например, опционная премия за поддержание кредитной линии) или его осуществление некоего вторичного права (например, плата за реализацию права досрочного возврата кредита) (подробнее о таких платежах см. п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ).

(г) Доход от совместной деятельности. Плата заемщика утрачивает природу процентов, если размер определяется как часть дохода (доля от участия), полученного в результате вложения суммы займа (финансирование с условием о долевом участии в прибыли или доходах). В данном случае отсутствует признак независимости, согласно которому проценты не должны зависеть от экономического результата его использования.

Если по условиям договора получатель финансирования не гарантирует возврат тела долга, и в виде доли в прибыли или доходе выра-

жается все то предоставление, которое он «в обмен» на полученное финансирование обещает, такой договор вряд ли может быть признан займом, так как выпадает ключевой квалифицирующий признак займа — возвратность. Соответственно, отпадает и сам вопрос о нахождении в структуре такого договорного правоотношения того самого процента по смыслу ст. 809 ГК РФ. Вопрос о правовой природе такого договора носит достаточно спорный характер. Иногда предлагается квалификация такого договора в договор о совместной деятельности, но она вызывает ряд проблем, связанных с тем, что многие нормы ГК РФ о договоре совместной деятельности достаточно плохо ложатся на специфику таких сделок «финансирования с риском» (подробнее о природе таких договоров «финансирования с риском» см. комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ).

Если же получатель финансирования обязуется вернуть полученные средства, а в виде доли в прибыли или доходе выражается то вознаграждение, которое финансирующая сторона получает «в обмен» на свое финансирование, такой договор логично признавать договором займа (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ), причем займа возмездного. Можно ли тогда это переменное вознаграждение, зависящее от эффективности инвестирования полученного целевого финансирования, называть процентом? Видимо, на данный вопрос следует ответить отрицательно, так как размер вознаграждения начинает зависеть от эффективности использования заемного финансирования, т.е. не соответствует критерию независимости. Признак независимости заимствован российскими цивилистами из германского права, где он используется для разграничения процентов и соглашений об участии в прибыли (*Gewinnbeteiligung*). В то же время ряд норм, которые предусматривают правила на случай беспроцентности займа, видимо, к таким займам применяться не могут. Законодатель, видимо, считал, что беспроцентный заем неминуемо носит безвозмездный характер. Но если мы допускаем возможность выражения вознаграждения за предоставление займа не в виде независимой процентной величины, а в виде переменной величины, зависящей от эффективности осуществленных на заемные средства инвестиций (при соблюдении критерия возвратности самого тела займа), то логично считать, что такой договор хотя и является беспроцентным, но носит возмездный характер. Следовательно, если соответствующая норма, упоминающая беспроцентный заем, явно оправдана именно безвозмездностью, то ее следует толковать телеологически и не применять к беспроцентному, но возмездному займу. Это касается прежде всего правила п. 2 ст. 810 ГК РФ, которое дает

заемщику по беспроцентному займу право на произвольный досрочный возврат займа. Очевидно, что эта норма не может без адаптаций применяться к заемным договорам, увязывающим вознаграждение за использование займа с результативностью инвестиций, осуществленных на заемные средства.

Отказ от квалификации такого вознаграждения в качестве процента может иметь не только гражданско-правовые последствия. В случае внешнеторговой сделки может измениться налоговая ставка, по которой облагаются получаемые заемщиком выплаты. Установленные в межправительственных соглашениях об избежании двойного налогообложения налоговые ставки, по которым облагаются проценты по займам и иные доходы, как правило, различаются.

(д) Штрафные санкции за просрочку. От процентов за пользование займом следует также отличать платежи, которые взимаются с заемщика в случае просрочки. Наиболее простой задачей является ограничение процентов за пользование займом от процентов за пользование чужими денежными средствами в случае просрочки в оплате (ст. 395 ГК РФ), а также неустоечного процента (ст. 330 ГК РФ) как мер ответственности за нарушение обязательства. Сложности могут возникнуть в ситуации, когда размер процентной ставки по договору займа увеличивается при просрочке должника (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 811 ГК РФ).

2. Порядок определения процентов.

2.1. Свобода процентов. Стороны договора займа вправе самостоятельно определять содержание условия о процентах. В этом выражается принцип свободы процентов. Данный принцип не поименован непосредственно в ГК РФ, но он является частным случаем принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Свобода процентов, однако, не имеет абсолютного характера: можно обнаружить ряд ее существенных ограничений. Во-первых, в ряде случаев ограничивается максимальный размер процентной ставки, полной стоимости кредита (займа) и (или) общей суммы процентов (см. комментарий к п. 5 настоящей статьи, а также комментарий к п. 7 ст. 807 ГК РФ). Во-вторых, ограничиваются правомочия кредитора по изменению процентных ставок (ч. 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, ч. 16 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)). В-третьих, устанавливаются требования к ясности изложения условия о процентах, обеспечивающие соблюдение принципа справедливости, прежде всего в сделках с потребителями; в частности, вводится запрет на взимание сложных процентов (п. 2 ст. 317.1 ГК РФ).

В ГК РФ не содержится общих требований к порядку определения размера процентов. В п. 2 комментируемой статьи выделяется наиболее типичный порядок — с использованием процентной ставки, выраженной в процентах годовых.

2.2. Процентная ставка. Установленная в договоре ставка процента может быть фиксированной или переменной процентной ставкой, выраженной в процентах годовых, которая применяется к сумме займа. Ставка процентов является фиксированной, если одна или несколько процентных ставок, выраженных в фиксированной процентной доле, установлены для всего срока займа. Если в договоре ставка процентов не установлена на весь срок займа, то процентная ставка считается фиксированной на тот промежуток времени, для которого она определена как фиксированная процентная ставка.

Условие о переменных процентах содержит порядок определения процентной ставки, которая меняется с течением времени. Типичная экономическая причина изменения процентной ставки в договоре — колебания рыночных процентных ставок и, как следствие, стоимости рефинансирования. Поскольку существенное изменение стоимости денег на рынке капиталов, как правило, происходит в течение некоторого времени, условие о переменных процентах часто включается в средне- и долгосрочные договоры займа (кредита). Другой экономической причиной включения в договоры условия о переменных процентах является изменение кредитного риска, что может быть связано с изменением финансового положения заемщика, его поведением или может зависеть от иных обстоятельств (конъюнктура рынка, макроэкономические факторы и пр.).

Размер процентов в договоре займа также может определяться иным способом. В ч. 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности для таких случаев используется понятие «порядок определения процентов».

В случае товарного займа размер процентов часто определяется не с использованием процентной ставки годовых, а путем определения надбавки. При возврате займа заемщик возвращает займодавцу определенные в договоре заменимые вещи с надбавкой, установленной в долях от размера переданного ему ранее займа.

2.3. Процентная ставка по неденежным займам. Возникает важный вопрос о том, каким может быть объект процентного обязательства, если заем носит неденежный характер. Закон не требует однородности объектов процентного обязательства и основного долга. Стороны могут установить денежную форму начисляемых процентов или передачу в качестве процентов вещей, род которых отличен от рода объекта займа. Здесь действует принцип свободы договора.

Непроясненным в нашем праве оказывается лишь вопрос, каков должен быть объект процентного обязательства при умолчании на сей счет в договоре. Например, фермер может занять другому некий объем зерна с условием о проценте в размере 5%, но при этом в контракте не будет оговорено, в деньгах или в зерне эти проценты должны погашаться. Аналогичная проблема может возникнуть в случае займа акций, в отношении которого действует общая презумпция процентности, если в договоре вовсе не упоминают ни о каких процентах, но и не говорят о беспроцентности.

Наверное, это тот вопрос, который невозможно вывести из закона, и он при отсутствии соглашения об ином должен решаться с опорой на обычаи, сложившиеся в соответствующей сфере деловых отношений. В сомнительных ситуациях, видимо, может применяться презумпция однородности процентов и объекта заемного предоставления.

2.4. Плавающая процентная ставка. Видом переменной ставки является плавающая процентная ставка, когда договорная ставка процента определяется путем прибавления определенной процентной маржи к выбранной базовой ставке и автоматически меняется при изменении базовой ставки. По денежным займам и кредитам в качестве базы могут использоваться ключевая ставка Банка России, индекс потребительских цен или ставки межбанковского рынка (*MosPrime*, *LIBOR* и пр.). Переопределение значения договорной процентной ставки обычно производится раз в квартал, полугодие или год.

По кредитам под плавающую процентную ставку займодавец и заемщик несут дополнительный (процентный) риск: в случае повышения базовой процентной ставки размер процентного платежа возрастает и наоборот.

В зарубежных правовых порядках выработаны направленные на защиту заемщика требования, которым должны удовлетворять порядок определения процентов и базовая процентная ставка:

- специальные правила акцентированного раскрытия заемщику информации о процентном риске до заключения договора (декларация о рисках);
- дополнительное определение в договоре максимального значения (потолка) процентной ставки;
- ограничение минимальной частоты изменения ставки, что призвано защитить заемщика от ее частых колебаний (процентной тряски);
- определение величины максимального приращения (чувствительности) ставки при ее переопределении. Чем жестче это ограничение, тем меньше реагирует плавающая ставка на величину изменения ры-

ночных ставок и тем большим временем располагает заемщик, чтобы принять меры в случае неблагоприятного развития событий;

– использование условия о комбинированной ставке, т.е. установление в начале срока фиксированной процентной ставки, что оставляет заемщику время для адаптации;

– введение критериев достоверности и публичности базовой процентной ставки.

Некоторые из них рассматриваются лишь как рекомендации, стандарты хорошей практики, другие же признаются императивными предписаниями. Часть из таких предписаний закреплена на уровне закона, другая – в судебной практике. Как правило, такие императивные стандарты защиты действуют в сфере потребительского кредитования. Средний потребитель не способен оценить вероятность реализации процентного риска или угадать направление изменения процентных ставок. В связи с этим на этапе заключения договора встает задача раскрытия информации о риске, а также указания на него в тексте соглашения.

В российском законодательстве и судебной практике подобные ограничения, за отдельными исключениями, пока не выработаны. Одно из таких исключений – вступившие в силу с 24 июня 2018 г. изменения в ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе), которые расширили перечень информации, предоставляемой заемщику-потребителю при заключении договора с переменной процентной ставкой (Федеральный закон от 5 декабря 2017 г. № 378-ФЗ). До заключения договора кредитор обязан письменно проинформировать заемщика о возможном увеличении расходов по сравнению с ожидаемой суммой, а также указать в индивидуальных условиях договора потребительского кредита (займа), насколько изменится сумма расходов заемщика при увеличении используемой в договоре ставки на один процентный пункт. Предпосылкой для принятия поправок в закон стала ситуация, сложившаяся на рынке ипотечного жилищного кредитования после резкого скачка валютных курсов и процентных ставок в конце 2014 г.

В то же время в самой практике некоторые из упомянутых выше стандартов договорных условий используются наряду с упомянутыми в комментируемой статье (простыми) условиями о процентах. Так, например, в рыночной практике используются модифицированные условия, когда в целях ограничения рисков сторон наряду с плавающей ставкой определяются максимальная процентная ставка (*interest cap*), минимальная процентная ставка (*interest floor*) или сразу оба предельных значения (*interest corridor*). Встречаются также кредитные продукты, в которых одновременно применяются фиксированная

и плавающая процентные ставки (так называемые комбинированные ставки). Например, по ипотечному кредиту после пяти- или семилетнего периода взимания процентов по фиксированной ставке начинает применяться плавающая процентная ставка.

При формулировании условий договора с использованием плавающей процентной ставки стороны обычно предусматривают действия на случай так называемого рыночного краха (*market-disaster clause*), когда определение базовой ставки не представляется возможным. В соответствующем условии оговаривается, что стороны должны предпринять все усилия для того, чтобы согласовать новый порядок определения процентов. При недостижении нового соглашения кредитор вправе назначить ставку в одностороннем порядке, а заемщик может досрочно вернуть заем (кредит) при несогласии с ней.

2.5. Базовая процентная ставка. В условиях договора о плавающей процентной ставке наряду с ключевой ставкой Банка России чаще всего используются несколько базовых ставок.

(а) *Индекс потребительских цен.* Индекс потребительских цен (ИПЦ, индекс инфляции) характеризует изменение во времени общего уровня цен на товары и услуги, приобретаемые населением. Он измеряет отношение стоимости фиксированного перечня товаров и услуг в ценах текущего периода к его стоимости в ценах предыдущего (базисного) периода¹.

(б) *MosPrime Rate.* Ставка *MosPrime* выражает текущую стоимость необеспеченного рублевого финансирования различной срочности для банков с минимальным кредитным риском². Ставка является одним

¹ Индекс рассчитывается ежемесячно в соответствии с Официальной статистической методологией организации статистического наблюдения за потребительскими ценами на товары и услуги и расчета индексов потребительских цен (утв. Приказом Росстата от 30 декабря 2014 г. № 734). Он используется в качестве одного из важнейших показателей, характеризующих инфляционные процессы, и применяется в целях осуществления государственной финансовой и денежно-кредитной политики, анализа и прогноза ценовых процессов в экономике, изучения динамики социально-экономических явлений, пересмотра минимальных социальных гарантий населению, решения отдельных правовых споров. Индекс публикуется на официальном сайте Росстата в разделе «Официальная статистика».

² Согласно Методике формирования и расчета финансового индикатора предоставления рублевых кредитов (депозитов) на межбанковском рынке (<http://mosprime.com/>), утвержденной Саморегулируемой организацией «Национальная финансовая ассоциация» (СРО НФА), финансовый индикатор *MosPrime Rate* рассчитывается на основе ставок предоставления или привлечения рублевых кредитов (депозитов) на межбанковском рынке, объявляемых ведущими участниками российского денежного рынка финансовым организациям. Список банков, объявляющих ставки, формируется экспертным советом по индикаторам и ставкам СРО НФА и должен включать не менее шести кредитных организаций. Ставка рассчитывается на основе объявляемых банками депозит-

из видов финансовых индикаторов, под которыми понимаются показатели, используемые в ценообразовании финансовых инструментов, сделки с которыми осуществляются на бирже либо на внебиржевом рынке и служащие ценовым ориентиром при проведении операций с финансовыми инструментами (письмо Банка России от 30 сентября 2015 г. № 06-51/8518 «Об оценке качества формирования финансовых индикаторов и качества функционирования организаций, осуществляющих формирование финансовых индикаторов»). Банк России оценивает качество формирования финансовых индикаторов и качество функционирования организаций, осуществляющих их формирование (администраторов), что призвано обеспечить достоверность и публичность информации. В ходе такой оценки принимается во внимание наличие в открытом доступе значений индикатора и котировок юридических лиц, предоставляющих информацию для его расчета (контрибьюторов). Администратор должен разработать и опубликовать методику формирования индикатора и документы, регламентирующие порядок раскрытия информации, осуществления контроля за его формированием, а также обеспечения непрерывности расчета. В открытом доступе должны находиться перечень юридических лиц, выполняющих по поручению администратора функции по расчету (расчетные агенты), перечень контрибьюторов, а также информация о составе функционирующего при администраторе независимого коллегиального органа (экспертного совета). Администратор обеспечивает доступ Банку России, участникам финансового рынка и потребителям услуг к архивам данных, которые содержат информацию, относящуюся к формированию индикатора.

(е) *RUONIA*. Ставка *RUONIA* (*Ruble Overnight Index Average*) отражает оценку стоимости необеспеченного заимствования банков с минимальным кредитным риском. Как и *MosPrime*, ставка *RUONIA* относится к категории финансовых индикаторов. Расчет ставки *RUONIA* (www.ruonia.ru) осуществляется Банком России по методике, разработанной СРО НФА совместно с Банком России, на основании информации о депозитных сделках банков-участников между собой, полученной по форме банковской отчетности. Список банков – участников *RUONIA* формируется СРО НФА и согласовывается с Банком России.

(е) *LIBOR*. Лондонская межбанковская ставка предложения (*LIBOR*) представляет собой средневзвешенную процентную ставку

ных или кредитных ставок сроками *overnight*, 1, 2 недели, 1, 2, 3 и 6 месяцев. Величина ставки указывается в процентах годовых с точностью до 2 знаков после запятой в соответствии с правилами математического округления. Базой для расчета является действительное число календарных дней в году – 365 или 366 дней.

по межбанковским кредитам, предоставляемым банками, выступающими на лондонском межбанковском рынке с предложением средств в разных валютах и на разные сроки – от одного дня до 12 месяцев¹.

2.6. Изменение кредитором процентной ставки в одностороннем порядке. Договор может предусматривать право кредитора или заемщика на изменение процентной ставки в одностороннем порядке, что представляет собой одностороннее изменение условий обязательства.

Теоретически условие о праве на одностороннее изменение процентной ставки может быть трех видов. Во-первых, договор может предоставлять стороне право на произвольное изменение процентной ставки. Во-вторых, в договоре может быть указано на право ее произвольного изменения при наступлении определенных в договоре обстоятельств. В-третьих, договор может давать его стороне право на одностороннее изменение ставки соразмерно изменению тех или иных экономических показателей (например, соразмерно росту ключевой ставки).

(а) Защита некоммерсанта. Пункт 2 ст. 310 ГК РФ при его применении к договорам займа и кредита допускает включение в договор любых из трех указанных видов условий об одностороннем изменении процентов только в случае, если кредитор и заемщик являются предпринимателями, а также в случаях, когда правом на изменение обладает некоммерсант, а другой стороной является коммерсант (что достаточно экзотично). Это также подтверждается п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Возможность включения условия договора о праве на одностороннее изменение его условий

¹ На российском рынке чаще всего используется значение ставки по долларам США. Администратором ставки ранее выступала Британская банковская ассоциация (*BBA*), с 2014 г. эти полномочия были переданы бирже *Intercontinental Exchange*. В период финансового кризиса 2008 г. имели место манипуляции со ставкой *LIBOR*. Как выяснил суд, трейдеры некоторых банков сообщали администратору ложные данные, что позволяло сохранять низкий уровень процентной ставки *LIBOR*. За махинации со ставкой *LIBOR* на некоторые крупнейшие банки был наложен штраф. В целом в расследование, проводимое органами регулирования финансового рынка разных стран, было вовлечено около 20 крупных банков. Результатом разбирательства стало изменение администратора и порядка определения *LIBOR*.

Следует обратить внимание на то, что сходные манипуляции теоретически могут иметь место с определяемыми с использованием сходного порядка рублевыми базовыми ставками (*MosPrime*, *RUONIA*). В действующем законодательстве не предусмотрены механизмы их предотвращения (см. Письмо Банка России от 30 сентября 2015 г. № 06-51/8518). Кроме того, банки, участвующие в предоставлении котировок для расчета этих ставок (контрибьюторы), оказывают непосредственное влияние на их формирование. Представляется, что такая степень влияния на базовую ставку является допустимой для целей ее последующего использования в кредитных договорах, стороной в которых является сам контрибьютор.

в договор, заключенный между лицами, коммерческую деятельность не осуществляющими, в п. 2 ст. 310 ГК РФ прямо не запрещена, но однозначное толкование данной нормы в этом контексте в судебной практике ВС РФ пока не сложилось. Так что ясности в вопросе о возможности указания в договоре займа, заключенном между простыми гражданами, на право займодавца изменять ставку в одностороннем порядке пока нет. Как представляется, такое проявление договорной свободы стоит допустить, так как нет оснований столь жестко блокировать свободу договора в ситуации, когда договор заключается между равными дееспособными людьми.

В подавляющем большинстве случаев речь идет о включении в договор условия о праве именно займодавца на изменение ставки. Случаи указания в договоре права заемщика на изменение ставки практически не встречаются.

Для отдельных видов займов (кредитов) закон подтверждает действие запрета, установленного в п. 2 ст. 310 ГК РФ, и запрещает кредитору-коммерсанту одностороннее увеличение процентов по договору с заемщиком, коммерсантом не являющимся. Так, по кредитному договору, заключенному с заемщиком-гражданином, кредитная организация не вправе в одностороннем порядке увеличить размер процентов и (или) изменить порядок их определения, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом (ч. 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности). В действующем законодательстве подобных исключений не предусмотрено. Для договора потребительского кредита (займа) действует аналогичное правило: в одностороннем порядке кредитор вправе лишь уменьшить постоянную процентную ставку (ч. 16 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)).

С точки зрения заемщиков-потребителей, установленный в законе запрет защищает их разумные ожидания, исключает в принципе ситуацию, когда заемщик может оказаться заложником произвола займодавца (банка), и позволяет лучше прогнозировать и планировать свои финансовые риски. С точки зрения кредиторов, возможность изменения процентов по уже предоставленным кредитам (займам) означает дополнительную гибкость, позволяющую оперативно учитывать изменения рыночной конъюнктуры. Такая гибкость является особенно важной для средне- и долгосрочных договоров, поскольку динамика изменения процентных ставок оказывается в этом случае максимально неопределенной. Установленный в законе запрет на увеличение (изменение) процентных ставок по договору потребительского кредита (займа) не учитывает особенности отдельных видов кредитных продуктов. Так, потребительский кредит с лимитом кредитования,

предоставленный с использованием кредитной карты, является бесспорным правоотношением, поэтому в зарубежных правовых порядках в данном случае за кредитором признается право на одностороннее изменение процентных ставок при условии заблаговременного информирования заемщика.

В российской договорной практике в такие долгосрочные договоры иногда включается условие об изменении размера процентной ставки по соглашению сторон. При этом по условиям договора соглашение об изменении ставки с заемщиком достигается его молчаливым согласием или совершением им конклюдентных действий. Соглашение считается заключенным, если в течение определенного срока после сообщения кредитора об изменении процентной ставки заемщик не выразит явного несогласия с таким изменением (молчаливое согласие) либо осуществит выборку кредита по кредитной карте (конклюдентные действия). В зарубежных правовых порядках подобные условия, сформулированные в качестве общих условий договора, нередко признаются несправедливыми и явно обременительными.

С точки зрения российского договорного права вышеуказанное условие договора о молчаливом согласии с формальной точки зрения законно, так как в силу ГК РФ ранее заключенный договор может предусматривать на будущее, что молчание стороны договора в ответ на поступившую оферту будет рассматриваться как акцепт (п. 3 ст. 158 и п. 2 ст. 438 ГК РФ). Вопрос же о приемлемости и справедливости такого условия в потребительском договоре и обоснованности его блокирования на основании правил п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей (или ст. 10, или ст. 428 ГК РФ) пока не прояснен на уровне практики высших судов.

Условие же договора о том, что совершение заемщиком действий во исполнение условий ранее заключенного договора в ситуации, когда заемщик прежде получил предложение банка о повышении процентной ставки, рассматривается как конклюдентный акцепт, с точки зрения российского права крайне сомнительно. По умолчанию такое правило точно не работает. Представляется, что не может эту оценку поколебать и наличие в договоре условия о подобном порядке изменения ставки, если договор относится к той категории, в отношении которой одностороннее повышение ставки запрещено. Иначе получается, что займодавец, реализуя такой установленный в договоре порядок, может фактически навязать заемщику выбор между вынужденным прекращением исполнения на ранее согласованных условиях (например, использование кредитной карты) или продолжением исполнения договора с неизбежным принятием предложенного повы-

шения ставки. Это мало чем отличается от одностороннего изменения условий договора. Поэтому поскольку закон запрещает одностороннее повышение ставки, постольку он запрещает и подобные изощренные способы навязать заемщику такое повышение. Так что попытки обойти закон вряд ли могут иметь успех в российских судах, пока держится сам исходный запрет. Иначе говоря, вопрос стоит о принципиальной политико-правовой адекватности самой нормы п. 2 ст. 310 ГК РФ и ее аналогов, установленных в законодательстве, регулирующем заемно-кредитные отношения.

Сам этот запрет может показаться избыточно жестким. Да, он *ex ante* блокирует саму возможность злоупотреблений со стороны банков (займодавцев) и минимизирует споры на сей счет, но обратной стороной такого простого решения является отсутствие гибкости. Во-первых, в тех случаях, когда договор дает займодавцу право на одностороннее повышение ставки соразмерно росту тех или иных объективных показателей (например, ключевой ставки), произвол займодавца ограничен, а такое условие мало чем отличается от признаваемой законной даже применительно к потребительским договорам практики установления плавающей ставки. Такие условия можно было бы вполне допускать, так как их блокирование противоречит принципу системности регулирования. Во-вторых, в случаях, когда договор закрепляет право займодавца менять ставку на любую величину (как произвольно, так и при наступлении определенных условий), защита прав заемщика могла бы осуществляться посредством использования правила п. 4 ст. 450 ГК РФ, запрещающего злоупотребление правом на одностороннее изменение условий договора. Иначе говоря, контроль за властью займодавца над заемщиком мог бы строиться не посредством запрета *ex ante*, а путем настраивания системы контроля *ex post* за реальными злоупотреблениями (см. подп. «б» п. 2.5 комментария ниже).

Какой выбор *сделал* законодатель — очевидно. Вопрос же о том, какой выбор в описанной ситуации *стоило бы делать* с точки зрения политики права и балансирования издержек и выгод механизмов контроля *ex ante* и *ex post*, может быть достаточно дискуссионным.

(б) *Защита от злоупотребления правом на одностороннее изменение ставки.* В отношении тех случаев, которые не подпадают под вышеуказанный запрет на одностороннее изменение процента, судебная практика, а затем и закон выработали другой механизм защиты заемщика, основанный на контроле *ex post*.

КС РФ не нашел оснований для признания неконституционной ч. 2 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, наделяющей

кредитные организации правом на одностороннее изменение ставок, если такая возможность согласована в договоре, сделав вывод о том, что в отношениях с предпринимателями право банка на одностороннее изменение процентов не может расцениваться как нарушающее права и свободы контрагента (Определение КС РФ от 29 января 2009 г. № 190-О-О). Это не означает, что при наличии соответствующего условия в договоре кредитная организация вправе произвольным образом менять процентную ставку, так как в российском праве существует запрет на злоупотребление правом. В последние годы начала складываться судебная практика, устанавливающая определенные пределы добросовестного и разумного поведения кредитора.

Во-первых, если договор обуславливает возможность повышения ставки с наступлением тех или иных обстоятельств, на займодавце, осуществившем повышение, лежит бремя доказывания наступления соответствующих условий. ВАС РФ еще в 1994 г. высказал позицию, согласно которой кредитор, имеющий право на одностороннее изменение процентной ставки, должен доказать наличие оснований, с которыми по условиям кредитного договора связана возможность одностороннего изменения размера платы (процентов) за кредит (Информационное письмо ВАС РФ от 26 января 1994 г. № ОЩ-7/ОП-48). Этот подход вполне логичен и поддерживается сейчас в судебной практике. При этом надо иметь в виду, что, если займодавец не сможет при возникновении спора доказать наступление условий для осуществления своего права на повышение ставки, заявленное им изменение (как и любая односторонняя сделка, осуществленная без правовых оснований) будет ничтожно и не породит никаких правовых последствий (п. 50–51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Во-вторых, суды с подозрением относятся к договорным условиям, которые наделяют займодавца (как правило, банк) правом абсолютно произвольно повышать ставки по собственному усмотрению.

Здесь в практике встречались две разные позиции. Наиболее жесткая позиция сводится к тому, что кредитный договор, предусматривающий право банка на одностороннее изменение ставки, должен также содержать порядок определения ставки и пределы ее изменения. В обоснование этой позиции суды иногда указывали, что размер платы за кредит является существенным условием кредитного договора, подлежащим согласованию сторонами. При отсутствии в договоре показателя, изменение которого является основанием для увеличения процентной ставки, порядка ее определения и верхнего предела возможного увеличения, суды иногда констатировали кабальность

оспариваемых положений договора для заемщика. По сути, такой подход пытается *ex ante* заблокировать тот вариант условия о праве на одностороннее изменение, который не устанавливает никаких пределов и ограничений в отношении свободы усмотрения управомоченной стороны.

Другая позиция, которая в конечном итоге и была поддержана и ВАС РФ, и ВС РФ, состоит в том, что само право на одностороннее изменение процента, законное с точки зрения ограничений, установленных в п. 2 ст. 310 ГК РФ, может и не сопровождаться указанием в договоре каких-либо пределов и ограничений, но при этом суды вправе осуществлять пристальный контроль за разумностью и добросовестностью осуществления управомоченной стороной своего права. Иначе говоря, здесь речь идет именно о контроле *ex post*.

Сначала эта позиция была закреплена в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, в котором Суд признал принципиально законным условие заключенного с коммерсантом договора кредита о праве банка произвольно повышать ставку в одностороннем порядке, но допустил право заемщика ссылаться на злоупотребление правом со стороны банка, если повышение ставки было фактически неразумным и недобросовестным (в приведенном в этом информационном письме модельном кейсе суд признал недобросовестным и неразумным повышение ставки до уровня, который был существенно выше средних ставок по банковским кредитам, сложившихся в месте нахождения банка). Впоследствии тот же подход был подтвержден и в Постановлении Президиума ВАС РФ от 6 марта 2012 г. № 13567/11.

Позднее эта идея нашла общее воплощение в п. 4 ст. 450 ГК РФ, вступившем в силу 1 июня 2015 г. Согласно данной новелле «сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами или договором предоставлено право на одностороннее изменение договора, должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором». Данная норма могла создать впечатление, что при отсутствии законных пределов дискреции стороны, управомоченной на одностороннее изменение договора, такие пределы должны быть установлены в договоре. Но практика не пошла по этому пути. Суды исходят из того, что универсальный предел осуществления любого права — это запрет на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Так, в п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, вышедшего уже после вступления в силу поправок 2015 г., на этот счет указано, что при осуществлении стороной права на од-

ностороннее изменение условий обязательства она должна действовать разумно и добросовестно, учитывая права и законные интересы другой стороны. Далее ВС РФ указывает, что нарушение этой обязанности может повлечь отказ в судебной защите названного права полностью или частично, в том числе признание ничтожным одностороннего изменения условий обязательства или одностороннего отказа от его исполнения (п. 2 ст. 10, п. 2 ст. 168 ГК РФ). И в конце ВС РФ приводит как раз интересующий нас пример, говоря о том, что суд должен отказать во взыскании части процентов по кредитному договору в случае одностороннего, ничем не обусловленного непропорционального увеличения банком процентной ставки.

Впрочем, нельзя исключить, что в будущем судебная практика может вернуться к практике признания ничтожными условий кредитных сделок, дающих банку право на произвольное и формально по тексту договора ничем не ограниченное право изменения ставки. Поэтому стоит рекомендовать банкам и иным займодавцам избегать таких формулировок и указывать в договоре более конкретные параметры и условия возможных изменений.

Сказанное позволяет прийти к нескольким важным выводам.

Во-первых, в тех случаях, когда закон, в принципе, позволяет сторонам договариваться о включении в договор условия о праве на одностороннее изменение условий договора, судебная практика и законодательство на настоящий момент допускают установление в договорах займа ничем формально не ограниченной свободы одной из сторон (обычно займодавца) на изменение процентной ставки.

Во-вторых, отсутствие формальных ограничений в законе или договоре не означает отсутствие пределов осуществления права в принципе. Такие пределы очерчены правилами п. 1 ст. 10 и п. 4 ст. 450 ГК РФ. Соответственно, суд вправе контролировать, насколько разумно и добросовестно действовала сторона при осуществлении своего права на изменение ставки.

В-третьих, бремя доказывания неразумности и недобросовестности изменения ставки лежит на той стороне, которая не согласна с произошедшим изменением.

В-четвертых, в качестве ориентиров при оценке добросовестности и разумности повышения ставки суды смотрят на соразмерность состоявшегося повышения ставки изменению иных экономических показателей, которые могли бы действительно оправдать повышение с точки зрения баланса интересов займодавца и заемщика (например, рост ключевой ставки или средних ставок по аналогичным кредитам, резкое изменение курсовой динамики и т.п.).

В-пятых, из Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 следует, что в ситуации, когда суд приходит к выводу о том, что ставка была поднята выше того уровня, который может быть признан оправданным с позиций разумности и добросовестности, суд констатирует ничтожность односторонней сделки повышения ставки.

К сожалению, до сих пор не вполне проясненным остается вопрос о том, должна ли признаваться указанная односторонняя сделка повышения ставки ничтожной в целом (и тогда ставка остается на согласованном в договоре уровне) или лишь в части, превышающей предел добросовестности и разумности. Последнее возможно обосновать ссылкой на ст. 180 ГК РФ о частичной недействительности. У обоих вариантов решения этой проблемы можно выделить свои преимущества и недостатки. Вариант тотальной ничтожности может сильно ударить по интересам займодавца в условиях, когда предсказать точно, насколько добросовестным суд признает состоявшееся повышение ставки, не всегда возможно. Например, может случиться так, что суд признает повышение ставки банком с 10 до 14% избыточным, посчитав, что предельный уровень процента, повышение ставки до которого можно было бы признать добросовестным, это 13%, и произойдет это через пару лет после состоявшегося повышения по итогам долгого судебного разбирательства. В итоге при применении тотальной ничтожности банк узнает о том, что ставка не повышена вовсе, через два года, и отыграть назад будет уже невозможно. В этом плане вариант частичной ничтожности кажется куда более щадящим и гибким: суд в описанном примере просто признает, что ставка была повышена не до 14, а до 13%.

В то же время вариант тотальной ничтожности оказывает более сильное стимулирующее воздействие и эффективнее осуществляет превенцию злоупотреблений. При его реализации банк должен очень сильно задуматься над тем повышением, о котором он хочет объявить заемщику, так как любой «перебор» приведет к тотальной аннуляции повышения в целом. В этом плане вариант частичной ничтожности «расслабляет» управомоченную сторону (как правило, банк) и лишает ее стимула задумываться о справедливости производимого повышения: самое неприятное, что может произойти для этой стороны, так это то, что кто-то из пула заемщиков по выданным кредитам, которым было объявлено о повышении, пойдет в суд и несколько скорректирует повышение исключительно для своего договора.

В общем, по данному вопросу нашей судебной практике еще предстоит сделать окончательный выбор. В частности, она может рассмотреть и компромиссное решение: применять более гибкий и «щадя-

щий» режим частичной ничтожности, кроме случаев, когда доказано, что повышение было заведомо и явно недобросовестным и у любого разумного лица на месте займодавца не должно было возникать сомнений, что производимое им повышение непропорционально (например, при повышении ставки с 15 до 30% при отсутствии намеков на повышение ключевой ставки, средних ставок по кредитам и иных показателей, которые могли бы оправдать такое сильнейшее повышение).

(в) Баланс интересов кредитора и заемщика при одностороннем изменении процентной ставки. В связи с правом займодавца изменять процентную ставку в одностороннем порядке можно поставить еще несколько вопросов, касающихся обеспечения баланса интересов кредитора и заемщика.

Условие об одностороннем изменении процентной ставки скорее всего будет на практике реализовываться банком (иным займодавцем) лишь в сторону повышения. Например, при ухудшении конъюнктуры банк может пропорционально и соразмерно повысить ставку, но впоследствии, когда конъюнктура улучшается, банк ставку соразмерно может не понизить. Допустим, по договору банк был вправе менять ставку пропорционально росту ключевой ставки Банка России, и кредит был выдан под 15% годовых в условиях, когда ключевая ставка Банка России была равна 10% годовых. Далее ключевая ставка вырастает на непродолжительный срок в период кризиса до 15%, банк тут же пропорционально повышает ставку кредита до 22,5%, и заемщик считает это вполне справедливым. Но далее, буквально через полгода, ключевая ставка возвращается на исходное место, но банк, несмотря на обращения заемщика, отказывается снижать ставку процента. Стоит ли в такой ситуации каким-то образом защищать заемщика? Очевидно, что такое поведение кажется не вполне справедливым и добросовестным, что становится особенно очевидным тогда, когда по условиям договора у заемщика нет права на досрочное погашение кредита.

Возможны теоретически два пути решения проблемы.

Во-первых, можно было бы вывести из п. 3 ст. 307 ГК РФ и общего принципа добросовестности право заемщика в такой ситуации после отказа банка симметрично понижать ставку досрочно вернуть кредит с тем, чтобы получить более дешевое и соответствующее рыночным условиям рефинансирование.

Во-вторых, можно на основе толкования п. 3 ст. 307 ГК РФ вывести из принципа добросовестности право заемщика потребовать от банка симметричного понижения ставки.

Какой из вариантов решения данной проблемы возобладает в судебной практике, пока не вполне ясно.

(г) *Момент возникновения правового эффекта одностороннего изменения ставки.* Одностороннее изменение договора является собой одностороннюю сделку, требующую восприятия. К ней в полной мере применяются правила ст. 165.1 ГК РФ о моменте возникновения правовых последствий юридически значимых заявлений (о применимости правил данной статьи к односторонним сделкам см. п. 66–67 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, а в отношении сделки по одностороннему изменению договора см. п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Следовательно, в силу указанных общих правил условия договора займа (кредита) и условие о проценте в частности считаются измененными в момент доставки соответствующего заявления адресату. Правила о займе обратного не предусматривают.

В то же время, как представляется, важной предпосылкой добросовестности осуществления права на одностороннее изменение процентной ставки следует также признать установление в договоре порядка заблаговременного информирования заемщика о волеизъявлении займодавца (банка). Как правило, в договоре предусматривается, что кредитор направляет заемщику уведомление об увеличении размера ставки процентов не менее чем за 7–10 рабочих дней до дня начала применения новой процентной ставки, а уменьшенная процентная ставка (если банк произвел одностороннее понижение ставки) начинает применяться немедленно, даже без предварительного уведомления. Измененная процентная ставка, как правило, начинает применяться с начала очередного процентного периода.

Но что, если стороны не установили в договоре указанную задержку в применении эффекта одностороннего повышения ставки? Представляется разумным выработать в судебной практике правило о том, что такое изменение должно вступать в силу не немедленно, а обладать некоторым разумным по сроку отложенным действием (например, 7 или 10 дней), если более длительный срок не указан в договоре или в самом заявлении об изменении ставки. К сожалению, такое решение не вполне вписывается в общие положения закона и разъяснения судебной практики о моменте возникновения правового эффекта одностороннего изменения договора. Возможно, для обоснования предложенного нами решения потребуется опять же прибегнуть к правилам п. 3 ст. 307 ГК РФ о добросовестности.

2.7. Порядок начисления процентов. Проценты обычно устанавливаются в договоре в годовом исчислении как процентная ставка годовых. При этом размер процентов за пользование займом ежегодно определяется путем умножения процентной ставки годовых на сумму займа.

Этот порядок сложился исторически. До середины прошлого века кредиторам, не имевшим современных компьютеров, было затруднительно рассчитывать проценты каждый месяц, а тем более ежедневно. Принимая во внимание нецелесообразность расходов для определения их размера на коротких сроках, законодатели практически повсеместно исходили именно из такого порядка определения процентов.

На практике распространены займы (кредиты), в которых начисление и уплата процентов производится чаще, чем раз в год. Примерами служат краткосрочный (менее года) или потребительский займы. При определении условий потребительского займа (кредита) кредитор учитывает периодичность получения гражданином дохода, поэтому обычно предусматривает ежемесячные платежи по возврату займа и уплате процентов. Соответствующая обязанность, как правило, возникает у заемщика в определенное число каждого месяца. Особой аккуратности требует расчет процентов по займам, погашаемым частями, в случае просрочки заемщика. Даже незначительные ошибки в расчете могут послужить основанием для пересмотра судебных решений (Определение КГД ВС РФ от 27 марта 2018 г. № 38-КГ18-2).

В договоре обычно определяется продолжительность процентного периода, в течение которого начисляются проценты. Если установлена переменная процентная ставка, то договор также содержит порядок ее определения на начало процентного периода. Продолжительность процентного периода, как правило, составляет один, три, шесть месяцев или один год. Начисленные за процентный период проценты уплачиваются в определенную договором дату. Это может быть последний день соответствующего процентного периода или определенные договором даты каждого календарного года (например, раз в квартал). Указанный порядок начисления и уплаты процентов закреплен, в частности, в Стандартном договоре синдицированного кредита, разработанном Ассоциацией банков России (<https://asros.ru/ru/>).

В связи с определением размера процентов следует различать три самостоятельные операции, осуществляемые кредитором:

- начисление процентов, а именно — расчет задолженности по процентам на текущую дату;
- бухгалтерскую операцию по отражению кредитором в учете накопленного процентного дохода;
- возникновение в установленный договором срок (дату уплаты процентов) юридической обязанности заемщика по уплате начисленной суммы процентов.

Между ними существует операционная связь: не рассчитав размер процентов, кредитор не в состоянии ни осуществить соответствующую

бухгалтерскую проводку, ни определить размер требования по уплате процентов. На заре создания российской банковской системы Госбанк СССР требовал, чтобы проценты начислялись в размере и в сроки, предусмотренные договором, но не реже одного раза в квартал. С принятием Положения ЦБ РФ от 26 июня 1998 г. № 39-П, в котором установлен порядок начисления процентов по банковским операциям, банки стали начислять проценты ежедневно программным путем и нарастающим итогом. Дневная процентная ставка определяется делением годовой ставки на количество дней в году. Базой служит остаток задолженности по основному долгу, учитываемой на соответствующем лицевом счете, на начало операционного дня. Положение № 39-П утратило силу с 22 ноября 2015 г., но основные правила, касающиеся начисления процентов, были продублированы в Положении Банка России 22 декабря 2014 г. № 446-П «О порядке определения доходов, расходов и прочего совокупного дохода кредитных организаций». Фактически банковские системы обеспечивают начисление процентов в соответствии с указанным выше порядком. Сумма начисленных процентов по формуле простых процентов определяется следующим образом:

Проценты = $P \times I \times t / K$, где:

I – годовая процентная ставка,

t – количество дней начисления процентов,

K – количество дней в календарном году (365 или 366),

P – сумма займа (кредита).

Учет начисленных процентов осуществляется кредитными организациями на внебалансовых счетах. Эти проценты отражаются на бухгалтерских счетах (относятся на доходы) в день, предусмотренный условиями кредитного договора для их уплаты заемщиком, а также в последний рабочий день каждого месяца (при этом учитываются проценты за оставшиеся нерабочие дни, если последний рабочий день месяца не совпадает с его окончанием) (п. 4.2.1 Положения Банка России от 22 декабря 2014 г. № 446-П).

Если срок займа определен и сумма займа в течение периода начисления процентов не изменяется, трудностей с определением размера процентов не возникает. Ситуация усложняется в случае возобновляемого кредита (кредитная карта, овердрафт). Сумма долга держателя кредитной карты (заемщика) может изменяться несколько раз в день на протяжении всего периода начисления процентов. Сумма начисленных процентов будет зависеть от применяемого порядка их расчета. Некоторые из порядков (алгоритмов) расчета, применяемых банками, могут оказаться несправедливыми по отношению к заем-

щику. В российском праве данному вопросу не уделяется внимания, хотя за рубежом прямо запрещаются некоторые из порядков расчета процентов по кредитным картам.

2.8. Сложные проценты. В кредитных договорах иногда встречается условие о сложных процентах, предусматривающее начисление процентов на проценты (анатоцизм). Сложные проценты могут возникнуть всякий раз, когда начисление процентов по кредиту (займу) происходит с большей частотой, нежели их уплата. Во-первых, проценты могут начисляться на основной долг и ранее начисленные проценты, например, ежедневно, в то время как уплата процентов заемщиком производится ежемесячно. В этом случае проценты будут начисляться на проценты, даже если заемщик осуществляет платежи в соответствии с графиком. При расчете процентов по формуле простого процента, например, при процентной ставке 24% годовых процентный платеж за месяц (процентный период) будет равен 2% от суммы долга. При расчете по формуле сложных процентов с условием их ежедневного начисления он увеличится и составит $(1 + 0,24/365)^{31} - 1 = 2,06\%$. Таким образом, эффективная годовая процентная ставка при указанном порядке расчета процентов составит около 24,7%. Во-вторых, сложные проценты образуются в ситуации, когда платеж, который обязан уплатить заемщик, оказывается меньше начисленных процентов. По окончании процентного периода непогашенный процентный долг прибавляется к сумме кредита и тем самым увеличивает сумму основного долга заемщика. В следующем процентном периоде проценты начисляются на новую сумму основного долга, которая фактически включает так называемые капитализируемые проценты. И наконец, в третьем, наиболее частом случае указанная выше ситуация возникает, когда заемщик допускает просрочку. Начисление процентов на непогашенный долг не прекращается и по завершении каждого нового процентного периода сумма неуплаченных процентов прибавляется к сумме основного долга (в соответствии с условиями договора). Первые два случая сложных процентов следует отличать от третьего, когда проценты начисляются на просроченные проценты.

Исторически законодатели и правоприменители с настороженностью относятся именно к начислению процентов на *просроченные* проценты. Германское гражданское уложение, например, признает недействительным заранее достигнутое соглашение о том, что на невыплаченные проценты, срок уплаты которых наступил, начисляются новые проценты (*Zinseszinsen*). Основная опасность, которую несет в себе условие о сложных процентах при просрочке, связана не с размером процентного долга, а с невозможностью для заемщика заранее его

обозреть (принцип обозримости). Поэтому главной и непосредственной целью запрета соглашений о сложных процентах является защита заемщика от неопределенности в объеме его обязательства по уплате процентов. Уже при заключении кредитного договора он должен знать о причитающейся к уплате сумме процентов. Законодатель тем самым оберегает его от различных обходных маневров, которыми недобросовестный кредитор может воспользоваться при определении условия о порядке начисления процентов, от замаскированного кредитором и непредвидимого заемщиком процентного бремени.

До 1 июня 2015 г. в российском законодательстве отсутствовал запрет на взимание процентов на проценты. Банк России в действовавшем тогда Положении от 22 декабря 2014 г. № 39-П прямо устанавливал, что начисление процентов может осуществляться по формулам как простых, так и сложных процентов. Однако правовая традиция и судебная практика не поддерживали взимание сложных процентов при просрочке. В дореволюционной России (ст. 2022 Свода законов гражданских Российской империи) состоявшееся заранее соглашение о начислении процентов на сумму *просроченных* процентов признавалось недействительным. Аналогичный запрет был включен в Проект ГУ. Одновременно специальное правило было установлено для длительной просрочки уплаты процентов. Если она превышала один год, то по требованию займодавца на сумму просроченных процентов начислялись узаконенные проценты (ст. 1894 Проекта ГУ).

В современной цивилистической доктрине делались попытки вывести запрет сложных процентов из общих принципов гражданского права. Их применение рассматривалось как противоречащее добросовестному и разумному пониманию принципа свободы договоров, как форма злоупотребления правом. Судебная практика в отсутствие законодательных запретов оставалась противоречивой.

С одной стороны, взимание сложных процентов ограничивалось судами. Речь идет об условии кредитного договора, в силу которого просроченная сумма процентов увеличивает сумму основного долга. Еще в 2011 г. в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146 был сформулирован вывод о том, что условие потребительского кредитного договора, направленное на прямое или косвенное установление сложных процентов (процентов на проценты), ущемляет установленные законом права потребителя.

С другой, некоторые суды отмечали, что отсутствие указания на сложные проценты в законе еще не означает, что их взимание может считаться противоречащим публичному порядку, поскольку оно направлено на экономическое стимулирование должника к надлежащему

исполнению обязательства. Так, ВС РФ в одном из определений КГД допустил капитализацию процентов по займам, получаемым гражданами, если она прямо предусмотрена договором (Определение КГД ВС РФ от 13 декабря 2016 г. № 14-КГ16-27).

1 июня 2015 г. вступили в силу изменения в ГК РФ: согласно п. 2 ст. 317.1 ГК РФ условие обязательства, предусматривающее начисление процентов на проценты, является ничтожным за двумя исключениями. Первое – проценты по договору банковского вклада, второе – проценты по обязательствам в предпринимательских договорах. Иначе говоря, если спроецировать эти нормы на заемно-кредитные отношения, получается, что, по мысли законодателя, сложные проценты по умолчанию в договорах займа и кредита не начисляются, но могут быть согласованы в сугубо коммерческом договоре. При этом не допускается установление сложных процентов в договорах кредита и займа, в которых заемщиком выступает лицо, которое берет заем или кредит не в связи с предпринимательской деятельностью. Как будет показано далее, применение этой нормы следует согласовать с новым правилом п. 1.1 ст. 819 ГК РФ, допускающим заранее заключенное соглашение сторон об «автоматическом» рефинансировании ранее предоставленного кредита.

В п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд прямо указал, что «в соответствии с пунктом 2 статьи 317.1 ГК РФ по общему правилу не допускается начисление предусмотренных законом или договором процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, на такие же проценты *за предыдущий срок*» (курсив мой. – О.И.). Это значит, что на начисленные за предыдущий процентный период проценты за пользование займом новые проценты не начисляются.

Обратное может быть предусмотрено договором между предпринимателями. На практике это делается в форме включения в договор условия о капитализации процентов. При капитализации процентов следует исходить из того, что в следующие процентные периоды проценты уплачиваются уже не на проценты, а на увеличенную сумму кредита. В то же время договор в такой ситуации должен предусматривать период, по прошествии которого непогашенные проценты капитализируют основной долг (процентный период). Этот период должен быть достаточно продолжительным, чтобы у заемщика был реальный шанс избежать капитализации процентов путем погашения процентов.

Но действительно ли оправдан жесткий запрет на капитализацию процентов по потребительским кредитам и займам, по которым заем-

щик привлекает финансирование не в связи со своей коммерческой деятельностью? Рассмотрим конкретный пример капитализации процентов, осуществляемой в интересах заемщика-потребителя. Заемщик по ипотечному кредиту обращается в банк с просьбой снизить размер платежей в два раза в течение года в связи с временным ухудшением финансового положения. Из-за снижения размера ежемесячный платеж заемщика может оказаться меньше суммы ежемесячно начисляемых процентов. В соответствии с дополнительным соглашением сторон непогашенная заемщиком часть процентов добавляется к основному долгу с начислением на нее договорных процентов в следующих процентных периодах. Таким образом, измененный договор будет включать новый график платежей заемщика, в соответствии с которым в течение первого года действия изменений размер ежемесячного платежа двукратно уменьшается, непогашенная часть процентов ежемесячно капитализируется, по истечении года размер регулярного платежа возвращается к исходному значению, а срок кредита увеличивается с учетом необходимости возврата капитализированной суммы процентов. Представляется, что в намерение законодателя не входил запрет на подобную реструктуризацию, в которой заинтересован, прежде всего, сам заемщик.

Приведенный пример реструктуризации может быть оформлен также с использованием иной договорной модели. Вместо изменения условий ранее заключенного кредитного договора стороны могут договориться о предоставлении заемщику нового целевого кредита, который выбирается заемщиком в течение года ежемесячно частями и направляется на исполнение обязательств заемщика по первоначальному ипотечному кредиту, в том числе по выплате процентов (в соответствии с первоначальным графиком). Во-первых, нетрудно заметить, что проценты, уплачиваемые по второму кредиту, экономически являются «процентами на проценты», и их размер не отличается от сложных процентов, начисляемых в первом сценарии. Для этого достаточно сложить сумму задолженности заемщика перед банком по обоим кредитам. У суда имеются основания для того, чтобы признать подобную сделку притворной, прикрывающей условие о сложных процентах. Во-вторых, риски заемщика при реализации второго сценария оказываются выше. В течение года банк кредитует его в рамках открытой кредитной линии и в любой момент вправе отказать в очередной выборке по основаниям, предусмотренным п. 1. ст. 821 ГК РФ. В рамках первого сценария банк не вправе отказать от заключенного соглашения об изменении графика платежей по таким основаниям.

Представляется, что рассмотренный случай можно решить, если совместно применить п. 2 ст. 317.1 и п. 1.1 ст. 819 ГК РФ, допуская, что последняя норма является специальной. Заранее достигнутое между сторонами соглашение об «автоматическом» рефинансировании ранее предоставленного кредита (как в части погашения основного долга, так и уплаты процентов) с точки зрения финансового результата не отличается от начисления сложных процентов. Проценты по вновь предоставленному кредиту экономически являются «процентами на проценты» в той части, в которой сумма кредита была направлена на погашение процентов, начисленных по первоначальному кредиту. Если законодатель без ограничений разрешает такое рефинансирование для кредитных договоров, в том числе заключенных заемщиками-потребителями, то также отсутствуют основания для запрета установления сложных процентов в форме капитализации в указанных случаях реструктуризации долга.

Рассмотренный выше случай реструктуризации следует отличать от кредитного договора, в котором стороны изначально согласовали условие о будущей капитализации части процентов и начислении на них договорных процентов. Следует напомнить, что неплатежи именно по таким кредитам послужили спусковым крючком для запуска международного финансового кризиса 2007–2009-х гг. Кредиты под так называемые завлекательные проценты американским ипотечным заемщикам предусматривали, что в первые несколько лет размер ежемесячного платежа искусственно снижался таким образом, что недоплаченные заемщиком проценты капитализировались (*graduated-payment mortgage*). По завершении льготного периода платежкратно увеличивался, и заемщик чаще всего оказывался в просрочке. В подобном случае применение п. 1.1 ст. 819 ГК РФ представляется неоправданным, и есть все основания применять заложенный в ст. 317 ГК РФ запрет на начисление процентов на проценты.

Кроме того, в любом случае закон не должен запрещать сторонам договориться уже *post factum* о капитализации ранее начисленных процентов. Это следует и из системного толкования закона. Статья 819 ГК РФ с 1 июня 2018 г. дополнена п. 1.1, прямо допускающим использование заемщиком кредита для исполнения обязательств по ранее предоставленному тем же кредитором кредиту (без зачисления на банковский счет заемщика). Закон устанавливает, что датой предоставления кредита считается момент получения заемщиком сведений о погашении ранее предоставленного кредита. Очевидно, что под погашаемыми таким образом обязательствами из прежнего договора кредита понимаются как обязательства по возврату кредита, так

и обязательства по уплате начисленных процентов. Получается, что новый основной долг замещает начисленные проценты по старому долгу, а проценты по новому договору начисляются на суммы, ранее являвшиеся начисленными процентами по прежнему договору (ср. приведенный выше пример реструктуризации кредита). Отметим только некоторую неточность формулировки, используемой законодателем в п. 1.1 ст. 819 ГК РФ: при предоставлении кредита исключительно на уплату процентов по ранее предоставленному кредиту погашения этого кредита не происходит, поэтому заемщик получит сведения не о погашении кредита, а только об уплате процентов. Если возможна такая изощренная скрытая капитализация начисленных процентов за счет выдачи нового кредита по правилам п. 1.1 ст. 819 ГК РФ, то однозначно допустимо и более простое решение: подписание соглашения о капитализации ранее начисленных процентов и увеличении на сумму таких процентов тела основного долга (с неизбежным последующим начислением новых процентов по кредиту или займу на увеличенную сумму долга). Такое соглашение представляется возможным в контексте любых договоров займа и кредита, независимо от статуса заемщика.

Следует учесть, что наряду с процентами за пользование займом (кредитом) на сумму долга заемщика также подлежат уплате еще проценты по ст. 395 ГК РФ (проценты за просрочку, п. 1 ст. 811) или договорные пени. Если стороны не оговорили иного, «ставка за просрочку» приравнивается к ключевой ставке Банка России (законные проценты). С учетом двух видов процентов запрет взимания «процентов на проценты» должен быть уточнен, а именно необходимо указать, о каких именно процентах — «за пользование» или «за просрочку» — идет речь в каждой из частей формулы.

Вопрос о таком начислении процентов возникает по завершении очередного процентного периода. Так, в договоре может быть предусмотрено, что проценты за пользование суммой займа (кредита) продолжают начисляться и после просрочки заемщика по тем же правилам. При этом в договоре должно быть определено, что будет базой для их начисления: только основной долг или также задолженность по процентам за пользование и (или) задолженность по пеням (процентам за просрочку). Аналогичные условия должны быть предусмотрены для расчета размеров пеней. Поскольку допускается начислять пени на сумму задолженности по основному долгу и по процентам за пользование, начисленным на момент просрочки, то уместно поставить вопрос о начислении пеней на процентную задолженность, образующуюся по завершении каждого последующего процентного периода, наступившего после допущенной заемщиком просрочки исполнения.

Таблица 2

	На проценты за пользование	На проценты за просрочку
Проценты за пользование	Не допускается (п. 2 ст. 317.1 ГК РФ), кроме коммерческих договоров, а также случаев капитализации <i>post factum</i> и, возможно, случаев реструктуризации прежнего кредитного долга	Регулирование отсутствует
Проценты за просрочку	Начисление допустимо (п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54)	Применительно к процентам годовым по ст. 395 ГК РФ начисление не допускается, кроме случаев, когда такое начисление легализовано в сутобо коммерческом договоре (п. 5 ст. 395 ГК РФ). Видимо, тот же подход применим по аналогии и к договорным пеням

Вопрос о начислении процентов за пользование на ранее начисленные проценты за пользование в результате капитализации процентов был рассмотрен выше. Остановимся далее на трех оставшихся вариантах.

(а) *Проценты за пользование на проценты за просрочку.* Вызывает сомнение возможность прямого распространения п. 2 ст. 317.1, как и п. 5 ст. 395 ГК РФ, на рассматриваемый случай. Следовательно, в Кодексе не сформулирован явный запрет взимания процентов за пользование на проценты за просрочку, что следует признать законодательным пробелом. Безусловно, следует отказать кредитору в праве по умолчанию начислять проценты за пользование займом на денежное обязательство, возникшее как мера гражданско-правовой ответственности должника. Но встает вопрос о том, не может ли такое начисление быть прямо предусмотрено в договоре со ссылкой на п. 1 ст. 317.1 ГК РФ. Применительно к потребительским договорам это очевидно невозможно, так как ухудшает права потребителя по сравнению с тем, как они определены в законодательстве о потребительском кредите и займе. Но для коммерческих договоров займа (кредита), в отношении которых ст. 317.1 и 395 ГК РФ допускают согласование в качестве слож-

ных процентов как процентов за просрочку, так и сложных процентов за пользование займом, есть все основания обсуждать допустимость и такой особенной формулы сложных процентов.

(б) Проценты за просрочку на проценты за пользование. Вызывает сомнение возможность прямого распространения п. 2 ст. 317.1, как и п. 5 ст. 395 ГК РФ, на рассматриваемый случай. Прежняя позиция высших судов, сформулированная до изменения ГК РФ (п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14), сводилась к тому, что 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 РФ не начисляются, если иное прямо не предусмотрено законом или договором. С принятием новой редакции ГК РФ позиция ВС РФ изменилась на прямо противоположную. По общему правилу за просрочку уплаты процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, кредитор вправе требовать уплаты неустойки или процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Это кажется абсолютно справедливым, так как право не может оставлять займодавца без эффективных средств защиты на случай уклонения заемщика от погашения процентов за пользование, т.е. от уплаты цены договора.

(в) Проценты за просрочку на проценты за просрочку. В данном случае следует руководствоваться буквальным прочтением п. 5 ст. 395 ГК РФ. До 1 июня 2015 г., несмотря на отсутствие законодательного запрета, в российской правоприменительной практике не допускалось начисление процентов за просрочку на проценты за просрочку. Теперь подобные сложные проценты признаются допустимыми, если о таком порядке стороны прямо договорились в предпринимательских займах (кредитах). Тот же подход, видимо, применим и к договорным пеням.

В то же время следует учитывать юридико-технические сложности формулирования соответствующих судебных решений и их исполнения, поскольку такие проценты взимаются по день фактической уплаты долга кредитору. Либо расчет окончательной суммы процентов должен производиться на этапе исполнительного производства, либо кредитору потребуется обращаться в суд с отдельным требованием о доначислении процентов. В любом случае следует ожидать, что при столкновении с такими условиями суды будут активно применять п. 6 ст. 395 ГК РФ или ст. 333 ГК РФ для целей снижения общей суммы образовавшихся штрафных санкций.

(г) Кумулятивные сложные проценты. Прямые дозволения о взимании сложных процентов для предпринимательских договоров займа

(кредита), включенные в ст. 317.1 и 395 ГК РФ, на практике могут привести к появлению сложных и плохо обозримых процентных условий, предусматривающих начисление процентов на проценты при просрочке во всех возможных комбинациях. Представляется, что решения о допустимости таких условий должны приниматься судом при исследовании всех обстоятельств, в том числе отнесения такого условия к индивидуальным или общим условиям договора (применимость ст. 428 ГК РФ), размера установленных в договоре процентных ставок, расходов кредитора, понесенных при рефинансировании. В качестве примера можно привести договор займа, по которому стороны предусмотрели «увеличение процентов за пользование займом путем их капитализации в случае неисполнения заемщиком своих обязательств по своевременной выплате ежемесячной суммы процентов». Данная формулировка, по мнению суда, дает основание признать дополнительно выплачиваемые в результате капитализации проценты мерой гражданско-правовой ответственности (неустойкой) с возможностью их уменьшения судом в силу ст. 333 ГК РФ (Определение ВС РФ от 13 декабря 2016 г. № 44-КГ16-30).

2.9. Повышенные (штрафные) проценты. Распространение получило использование в кредитных договорах так называемого условия о повышенных или штрафных процентах. В соответствии с ним при возникновении просрочки проценты на сумму долга заемщика начисляются с применением новой, повышенной (штрафной) процентной ставки. Используются различные вариации данного условия, например, когда величина ставки возвращается к первоначальной при устранении просрочки, или когда повышенная ставка остается неизменной до погашения кредита, или когда в отношении заемщика, устранившего просрочку, применяется некоторая третья ставка. Наступление просрочки служит для кредитора сигналом ухудшения финансового положения должника и снижения качества обслуживания долга. Это, в свою очередь, может повлечь отнесение банковской ссуды к более высокой группе риска и увеличение размера резервов на возможные потери по ссудам (Положение о порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, ссудной и приравненной к ней задолженности, утвержденное Банком России 28 июня 2017 № 590-П). Для того чтобы компенсировать возросший риск, кредитор устанавливает повышенный договорный процент по кредиту.

Определяя правовую природу повышенных процентов, суды исходят из того, что повышенные проценты должны быть квалифицированы как совокупность платы за пользование кредитом и процентов,

предусмотренных ст. 395 ГК РФ, в сумме, превышающей эту плату (п. 15 Постановления Пленумов ВАС РФ и ВС РФ от 8 октября 1998 № 13/14). Аналогичный подход был закреплен в п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147.

Буквальное применение данного правила к кредиту, погашаемому частями, сталкивается со сложностями. Согласно договору повышенная процентная ставка применяется ко всей сумме кредита, а проценты по ст. 395 ГК РФ начисляются лишь на просроченную часть кредита. Следовательно, в отношении просроченной части кредита процентную надбавку, взимаемую с момента просрочки, следует рассматривать в качестве иного размера процентов по ст. 395 ГК РФ, т.е. меры гражданско-правовой ответственности. Однако в отношении остального долга заемщика, срок погашения которого еще не наступил, договор устанавливает новую ставку. Она будет начисляться на непросроченную часть кредита до момента ее погашения, т.е., по сути, является новой договорной процентной ставкой за пользование займом. Трудно представить себе, что повышение этой договорной ставки в отношении подлежащих оплате в будущем частичных платежей по погашению кредита может рассматриваться как иной размер процентов за неисполнение денежного обязательства. Но как только заемщик просрочит уплату и следующего периодического платежа по графику погашения основного долга, начисляемая повышенная процентная ставка опять может быть представлена как сумма исходной процентной ставки за пользование и санкции за просрочку.

Проблема могла бы быть решена просто, если бы та разница, на которую происходит увеличение цены договора (процента за пользование), в связи с просрочкой рассматривалась бы как договорная неустойка. Впрочем, это все вопросы техники.

Стоит обсудить вопрос о том, насколько оправданно само решение высших судов рассматривать повышенную процентную ставку в части самого повышения в качестве меры ответственности. Этот вопрос крайне запутан. Занятно, что в том же п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 наряду с подтверждением вышеуказанной позиции о природе повышенных процентов указывалось на то, что аналогичное условие о повышении процента, которое привязано не к нарушению заемщиком сроков платежа, а к «ухудшению обеспечения кредита, а также уменьшению определенных в договоре показателей финансово-хозяйственной деятельности заемщика» можно квалифицировать иначе. В отношении последнего основания для автоматического повышения ставки ВАС РФ поддержал позицию нижестоящего суда, который указал, что

условие о повышении процентов в данном случае не может рассматриваться как условие об ответственности за нарушение обязательства по возврату кредита. Есть ли существенный критерий дифференциации таких ситуаций, оправдывающий столь разное понимание правовой природы похожих оснований для повышения ставки процента? ВАС РФ явно имел в виду, что повышение ставки при отпадении или ухудшении обеспечения может иметь функцию не кары, а приведения ставки процента к уровню реальной обеспеченности кредитного долга и кредитного риска. Но ведь и в ситуации, когда заемщик уже попал в просрочку по своим финансовым обязательствам, кредитный риск финального дефолта и банкротства значительно повышается (что и вынуждает банки создавать дополнительные резервы). Почему бы тогда не рассматривать повышение процентов и в такой ситуации в качестве не меры ответственности, а механизма приведения цены договора в соответствие с реально выросшим уровнем кредитного риска. Пока ясного ответа наша судебная практика и доктрина не предложили.

Вопрос о природе повышения процентов имеет важное значение не только для целей обнаружения условий для применения ст. 333 ГК РФ, но и в отношении налоговых последствий таких начислений, а также проявляет себя при банкротстве заемщика (проценты за пользование погашаются в приоритетном порядке по сравнению со штрафными санкциями).

Все вышесказанное с необходимыми адаптациями применяется и к условиям договора, которые предусматривают не автоматическое повышение процентной ставки по займу или кредиту на случай того или иного нарушения договора, а право займодавца (банка) в одностороннем порядке увеличить процентную ставку.

3. Порядок уплаты процентов. С 1 июня 2018 г. п. 3 комментируемой статьи претерпел незначительные редакционные изменения (п. 2 в прежней редакции). По общему правилу кредитор уплачивает проценты ежемесячно до дня возврата займа включительно. Такая периодичность, как правило, применяется в договорах потребительского кредита (займа), что совпадает с периодичностью получения дохода заемщиком-гражданином. При этом проценты начисляются со дня, следующего за днем предоставления кредита (займа), по день его возврата включительно. Стороны вправе изменить договором частоту и порядок уплаты процентов. В договорах предпринимательского кредита (займа) проценты обычно уплачиваются не чаще одного раза в квартал.

Если в договоре не установлен порядок уплаты процентов (например, не установлена уплата процентов единым платежом при возврате тела заемного долга), то заемщик обязан уплачивать их ежемесячно. Указанное правило применяется также в случае, если заключен договор займа до востребования. Момент возникновения обязательства заемщика по уплате процентов имеет значение в том числе для определения начала течения срока исковой давности по требованиям об уплате процентов. В контексте основного требования о возврате тела заемного долга субъективная трехлетняя давность начинает течь по прошествии льготного срока на возврат займа после востребования (при займе до востребования) или по прошествии установленного в договоре срока возврата займа, а давность по уплате начисляемых в силу указанной комментируемой нормы ежемесячно процентов течет отдельно с момента истечения каждого из месячных процентных периодов (Определение КГД ВС РФ от 11 декабря 2018 г. № 5-КГ18-247). Таким образом, по требованию о возврате займа давность может не истечь, а давность по начисленным ежемесячным процентным выплатам, исчисляемая отдельно, не истечет только в отношении тех процентных периодов, которые имели место в пределах трехлетнего срока до подачи иска. Естественно, эта независимость исковой давности по начисленным процентам носит ограниченный характер и не работает в обратном направлении: если истечет давность по основному требованию, в силу п. 1 ст. 207 ГК РФ автоматически истекает давность и по всем начисленным ранее процентам, независимо от того, за какой период они были начислены.

Порядок уплаты процентов тесно связан с порядком возврата кредита (займа). Наибольшее распространение получили так называемые аннуитетный и пропорциональный порядки возврата кредита (займа).

3.1. Аннуитетный порядок возврата займа и уплаты процентов.

При использовании аннуитетного порядка заемщик возвращает заем путем ежемесячной уплаты фиксированной денежной суммы (аннуитета), размер которой является одинаковым для всех платежей в течение срока займа. Этот ежемесячный фиксированный платеж включает две суммы: возврат части займа (кредита) и проценты за пользование суммой займа. По мере погашения займа (кредита) доля процентов в фиксированном платеже постоянно уменьшается, а доля платежа, приходящаяся на возврат основного долга, напротив, увеличивается — вплоть до полного погашения кредита (займа). Последовательность погашения кредита выглядит следующим образом. По завершении первого процентного периода рассчитывается размер процентов, начисленных на сумму займа. Если процентный период

равен одному месяцу, то проценты определяются путем умножения суммы займа на двенадцатую часть процентной ставки годовых. Начисленные проценты вычитаются из аннуитетного платежа, и оставшаяся сумма направляется в погашение основного долга. Следовательно, в течение второго процентного периода заемщик будет пользоваться меньшей суммой займа (иными словами, остаток основного долга уменьшается). По завершении второго процентного периода проценты начисляются на текущий остаток долга, и эта сумма вычитается из второго аннуитетного платежа и т.д. Математическая задача состоит в том, чтобы при заданных сумме, процентной ставке и сроке займа (количестве процентных периодов) определить размер аннуитетного платежа.

Размер ежемесячного аннуитетного платежа рассчитывается по следующей формуле:

$$\text{Платеж} = \text{Кредит} \times \frac{i(1+i)^n}{(1+i)^n - 1},$$

где: i – месячная процентная ставка, которая определяется делением годовой процентной ставки на 12;

n – число ежемесячных платежей;

Кредит – сумма кредита;

Платеж – сумма ежемесячного аннуитетного платежа заемщика.

При аннуитетном порядке проценты, уплачиваемые заемщиком в каждом процентном периоде, начисляются на фактическую сумму остатка основного долга, существовавшую на начало этого периода. Данная особенность полностью исключает возможность так называемой переплаты процентов, т.е. уплаты процентов по займу сверх срока его использования. Несмотря на это, суды длительное время обнаруживали такую переплату и выносили по искам граждан решения о взыскании якобы избыточно уплаченных процентов по кредитам, погашаемым в аннуитетном порядке, в случае их досрочного возврата (п. 5 Информационного письма Пленума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, Определение КГД ВС РФ от 1 марта 2016 г. № 51-КГ15-14). На настоящий момент практика повернулась в обратном направлении (Определение КГД ВС РФ от 16 мая 2017 г. № 56-КГ17-8). Высшая судебная инстанция теперь соглашается с тем, что при использовании аннуитетного порядка погашения кредита проценты за пользование суммой кредита начисляются исходя из количества дней в каждом процентном периоде и исключительно на сумму остатка по основному долгу, имеющемуся на начало соответствующего периода, и соответственно при досрочном погашении переплата не образовывается.

3.2. Пропорциональный порядок возврата займа и уплаты процентов.

Пропорциональный порядок платежей (в литературе он также называется дифференцированным порядком платежей) по займу обычно используется при займах между предпринимателями. В соответствии с ним размер регулярного платежа заемщика равномерно уменьшается с течением времени: в каждом процентном периоде он возвращает равную часть займа и уплачивает проценты на постоянно уменьшающийся остаток долга.

Общий размер процентов по займу, уплачиваемых заемщиком при пропорциональном порядке, оказывается меньше, чем при аннуитетном. Этот результат легко объясним: при пропорциональном погашении регулярный платеж заемщика в первой половине срока значительно выше, возврат кредита происходит быстрее и фактический срок пользования заемщиком суммой кредита короче, чем при аннуитете. В то же время при прочих равных условиях размер регулярного платежа заемщика при пропорциональном порядке возврата кредита оказывается заметно больше, чем при аннуитетном порядке. Поэтому данный порядок плохо подходит для потребительских займов (кредитов). Допустимый размер регулярного (как правило, ежемесячного) платежа заемщика согласно стандартам кредитования не должен превышать половину его месячного дохода. Это ограничивает сумму займа, доступную для заемщика. Если размер месячного дохода заемщика и срок займа заданы, максимально допустимая сумма займа достигается при выборе аннуитетного порядка.

Лишена содержания время от времени разворачивающаяся дискуссия о необходимости наделения заемщика правом выбора порядка возврата займа (аннуитетного или пропорционального). С учетом конкретных финансовых обстоятельств заемщика (дохода, срока займа, частоты платежей) максимально возможная сумма займа (кредита) достижима лишь при выборе аннуитетного порядка возврата и уплаты процентов.

3.3. Авансовая уплата процентов. Процент является вознаграждением займодавца за предоставление займа. В большинстве случаев это вознаграждение выплачивается периодически по определенному графику за определенные отрезки периода использования займа или разовым платежом в конце срока займа. Но может ли это вознаграждение согласно воле сторон целиком или частично выплачиваться авансом за счет зачета суммы процентного вознаграждения к телу заемного предоставления, т.е. дисконтировать фактически выплачиваемую сумму займа? Если согласно условиям договора процент взимается зачетом в момент выдачи займа, то фактический капитал, который заемщик

получает в распоряжение от займодавца, уменьшается на сумму процентов. Иначе говоря, здесь согласно условиям договора происходит «валютирование зачетом».

Как представляется, такой способ действий возможен для консенсуальных договоров займа и кредитных договоров. В связи с этим в зарубежном законодательстве (например, в Германии) иногда различают договорную сумму займа (кредита) и сумму займа (кредита), фактически выплачиваемую заемщику. Если считать процент видом платы за финансовую «услугу», которую оказывает кредитор, то в их авансовой уплате нет ничего необычного. Если согласно условиям договора заемщик может уплатить процент или его часть сразу же на следующий день после выдачи займа, то зачем запрещать взимание данного вознаграждения посредством зачета, если эта конструкция прямо согласована сторонами? Мы же не возражаем против того, что стороны договора аренды предусматривают внесение авансом арендной платы до получения объекта аренды во владение и пользование.

В то же время здесь возникает проблема применения п. 1 ст. 812 ГК РФ о безденежности займа. Ведь в случае с зачетом авансированного платежа процента в действительности полученная заемщиком сумма окажется меньше номинальной суммы займа (кредита). На первый взгляд это дает основания для оспаривания займа (кредита) по безденежности в части недополученной суммы (ст. 812 ГК РФ). Буквальное применение рассматриваемой нормы к займу (кредиту) тем самым блокировало бы любое взимание авансовой процентной платы за кредит (а также непроцентных платежей, связанных с предоставлением кредита, которые прямо упоминаются в п. 1 ст. 819 ГК РФ).

Представляется, что данное противоречие разрешается следующим образом. Сумма займа (кредита) считается полученной заемщиком в полном объеме, но в следующую юридическую секунду заемщик за счет этих средств исполняет кредитору обязанность по уплате соответствующего вознаграждения. С использованием схожей фикции может быть также решено формальное противоречие между ст. 812 и новым п. 1.1 ст. 819 ГК РФ. Когда заемщик-должник использует кредит для исполнения обязательств по ранее предоставленному кредиту без зачисления его на банковский счет, сумма кредита не поступает в распоряжение заемщика. В обоих рассмотренных случаях в действительности имеет место ситуация, когда одновременно с волеизъявлением на получение займа (кредита) заемщик выражает также волю на распоряжение его суммой (уплата вознаграждения в первом случае, возврат ранее полученного кредита — во втором). Иначе говоря, мы придерживаемся идеи допустимости валютирования займа (кредита)

зачетом, если это прямо предусмотрено договором. Применение п. 1 ст. 812 ГК РФ в данной ситуации безосновательно (см. п. 3 ст. 812 ГК РФ).

В нормативных актах Госбанка СССР содержался прямой запрет на авансовую уплату процентов (в момент выдачи кредита), который действовал до 1999 г. (п. 2.1 письма Госбанка СССР от 22 января 1991 г. № 338). На необходимость соблюдения указанного запрета было обращено внимание в Постановлении Президиума ВАС РФ от 2 апреля 1996 г. № 553/96.

Комментируемая статья не содержит подобных ограничений. Кредитор вправе получать проценты в даты, определенные договором. Действующий порядок начисления процентов кредитными организациями (Положение Банка России 22 декабря 2014 г. № 446-П) хотя явно и не запрещает их уплату авансом, но и не предусматривает процедуры для этого.

При взимании процентов авансом возникает необходимость перерасчета процентов в случае досрочного возврата займа, ведь процент по своей природе привязан к фактическому периоду использования капитала. Такой перерасчет будет несложным при полном досрочном возврате займа. Кредитор обязан вернуть заемщику часть уплаченных авансом процентов, которая пропорциональна сроку, в течение которого сумма займа не использовалась заемщиком. Если имеет место частичный досрочный возврат займа, то при составлении пропорции должна быть также учтена доля частично возвращаемой суммы. Например, при полном досрочном возврате займа по истечении половины договорного срока возврату подлежит половина уплаченных авансом процентов. При досрочном возврате половины суммы займа по истечении половины договорного срока возвращается одна четверть аванса.

Такой же, видимо, пересчет логично применять при просрочке займа. Если по условиям договора при выдаче на год займа на 10 тыс. руб. сумма согласованного процента в размере 1 тыс. руб. взимается зачетом (и на руки заемщику выдано 9 тыс. руб.), следует реконструировать процентную ставку (10% годовых) и продолжать ее начислять за период после истечения согласованного срока возврата займа на тело основного долга в 10 тыс. руб. Иначе говоря, если ставка прямо в договоре не отражена, ее надо реконструировать.

Если заем или кредит, по которому авансировались проценты, содержит также указание на периодическое начисление процентов по той или иной ставке, ситуация усложняется и необходимо определить соотношение авансированной суммы процентов и этой ставки. В договоре следует данный вопрос прояснять: например, может быть

указано, что авансируется посредством зачета при выдаче сумма процентов за первый месячный процентный период. Но что, если в договоре данный вопрос не прояснен? Следует ли считать, что авансированная сумма процентов по умолчанию пропорционально распределяется по всему согласованному периоду использования займа, тем самым *de facto* делая эффективную ставку процента выше номинально установленной в договоре, или разумнее исходить, что авансовый платеж входит в согласованную ставку и соответственно при выплате ежемесячных процентных выплат следует вычитать из них соответствующую пропорциональную долю авансового платежа? Какой-либо ясности в отношении того, как следует поступать в таком случае, в судебной практике нет. Сторонам не рекомендуется оставлять данный вопрос без внимания при согласовании механизмов уплаты процентов.

В контексте признания авансовой формы уплаты процента встает и другой вопрос: как отличить авансовую форму уплаты процента от ситуации, когда договор предусматривает уплату фиксированного размера процента по окончании срока займа (о такой опции см. п. 1.2 комментария к настоящей статье)? Например, если займодавец передает на год 10 тыс. руб., а через год ему нужно вернуть 11 тыс. руб., следует ли считать, что заем выдан на 10 тыс. руб., возвращается долг в 10 тыс. руб., а 1 тыс. руб. — это размер процента, уплачиваемый в конце срока займа (вариант № 1), или сумма займа — 11 тыс. руб., возвращается основной долг в размере 11 тыс. руб., а 1 тыс. руб. это авансированный зачетом процент за год пользования займом (вариант № 2)? Ответ на этот вопрос может иметь практическое значение. Например, в случае варианта № 1 при просрочке проценты по реконструированной процентной ставке в 10% годовых, будут начисляться на сумму долга в 10 тыс. руб., а при варианте № 2 — на сумму долга в 11 тыс. руб. при просрочке начисляется процентная ставка в 9,09% (именно такой процент составляет 1 тыс. руб. от 11 тыс. руб.). Видимо, здесь приоритетное значение имеют текст договора и его толкование. Если договор не проясняет этот вопрос, возможно следует исходить из презумпции того, что имеет место не зачет при выдаче займа к авансом уплачиваемой сумме процентов, а предоставление в заем той суммы, которая фактически выдана, а положительная разница между этой суммой и суммой, подлежащей возврату, представляет собой процент, уплата которого отсрочена до момента возврата.

Самостоятельная проблема связана с отграничением уплачиваемых авансом за счет согласованного в договоре зачета процентов от непроцентных вознаграждений (например, дизажио или иной платы, визи-

маемой при предоставлении кредита). Она подробно рассматривается в п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ. Квалификация платы, которая взимается с заемщика авансом или зачитывается с суммой предоставляемого займа (кредита) в качестве авансированного процента или непроцентного дохода (дизажио, дисконта), должна осуществляться с учетом содержания договора. Как представляется, при наличии сомнений здесь следует видеть авансированный процент. Кроме того, при явной непропорциональности размера дизажио (непроцентной платы, взимаемой за предоставление займа или кредита) есть основания весь избыток реквалифицировать как авансированный процент (подробнее см. п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ)

3.4. Очередность погашения требования об уплате процентов. Важной частью порядка уплаты процентов, которая обычно включается в договоры займа (кредита), является правило об очередности погашения задолженности заемщика, в том числе по процентам. Необходимость его применения возникает в случае, если внесенная заемщиком сумма (сумма платежа) недостаточна для полного удовлетворения всех требований. Заемщик заинтересован в том, чтобы быстрее погашалась его задолженность по основному долгу, что уменьшает сумму уплачиваемых процентов. Кредитор, напротив, стремится, чтобы требования по уплате процентов и неустоек имели приоритет.

В ст. 319 ГК РФ установлено общее правило, согласно которому сумма платежа, недостаточная для полного исполнения, погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга. Названная статья допускает «иное соглашение сторон».

Здесь возникает ряд вопросов, на которые стоит обратить внимание.

Во-первых, это вопрос о правовой природе тех процентов, которые уплачиваются в приоритетном по отношению к телу долга порядке. Под процентами, погашаемыми ранее основной суммы долга, суды понимают проценты за пользование займом или кредитом (п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Проценты же, предусмотренные ст. 395 ГК РФ за неисполнение или просрочку исполнения, а также начисленные в связи с просрочкой неустойки, погашаются после суммы основного долга (п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Впрочем, эта позиция, будучи направлена на охрану интересов должников, не исключает возможности должника добровольно погасить штрафные санкции ранее суммы основного долга.

При этом судебная практика парадоксальным образом признает, что кредитор вправе до погашения основной суммы долга предъявить

иск о взыскании с должника штрафных санкций (п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141). Фактически это разъяснение позволяет кредитору в одностороннем порядке добиться приоритетного погашения штрафных санкций вопреки общему правилу, давно закрепленному в судебной практике.

Во-вторых, абсолютно очевидно, что зафиксированная в ст. 319 ГК РФ очередность погашения не может быть в одностороннем порядке изменена должником в свою пользу. Поэтому указание должником в платежном документе, что он оплачивает именно тело долга по кредитному договору, само по себе не имеет значения при определении порядка погашения его обязательств перед кредитором: платеж все равно пойдет в счет оплаты процентов по кредиту (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141).

В-третьих, правила ст. 319 ГК РФ содержат указание на возможность согласования в договоре иного. Поэтому стороны договора займа (кредита) вполне могут согласовать, что проценты погашаются после погашения тела основного долга (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141). Но куда более острый вопрос возникает тогда, когда в договоре предусматривается приоритетное начисление штрафных санкций в отступление от общего правила, выведенного в судебной практике. В целом судебная практика такие условия договора запрещает (см.: п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, Постановление Президиума ВАС РФ от 21 июня 2011 г. № 17859/10). Такой подход представляется оправданным в контексте потребительских займов и кредитов (впрочем, здесь он не нужен, так как этот вопрос сейчас урегулирован в законе (см. далее)), но вряд ли может быть поддержан в отношении сугубо коммерческих договоров с учетом того, что никакую императивную норму такое условие не нарушает и никакой вопиющей несправедливости, граничащей с посягательством на основы нравственности, здесь не наблюдается.

В-четвертых, очередность исполнения заемщиком обязательств по договору потребительского кредита установлена ч. 20 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) и отличается от общего правила. В первую очередь погашается задолженность заемщика по процентам, возникшая в предыдущие процентные периоды, во вторую — задолженность по основному долгу, в третью — неустойка (штраф, пеня), в четвертую — проценты, начисленные в текущем процентном периоде, в пятую — сумма основного долга за текущий период, в шестую — иные платежи. Изменение этих правил за счет включения в договор соответ-

ствующих условий в ущерб интересам потребителя невозможно в силу п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей.

3.5. Особенности условия о процентах в договорах краткосрочного займа. В договорах займов, срок которых не превышает одного месяца, часто сумма процентов уплачивается в виде фиксированной суммы вместе с возвратом основной суммы займа. При этом в договоре может быть прямо не оговорен размер процентной ставки годовых, а также продолжительность процентного периода. Указанная ситуация прежде всего характерна для договоров, заключаемых между гражданами. Если займодавцем выступает кредитная организация, МФО, кредитный кооператив или ломбард, осуществляющие профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов, то в силу п. 2 ч. 9 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) в индивидуальных условиях договора должен быть указан размер процентной ставки.

В случае просрочки краткосрочного займа начисление процентов логично осуществлять по следующим правилам. Продолжительность процентного периода устанавливается равной сроку займа. По окончании очередного процентного периода задолженность по процентам увеличивается на сумму процентов, определенную в договоре. Если заем возвращается в середине процентного периода, то размер процентов в таком периоде пересчитывается пропорционально фактическому сроку пользования займом. Аналогичное правило должно применяться при досрочном возврате займа заемщиком. Об ограничении общей суммы начисленных процентов по займам МФО сроком до одного года см. комментарий к п. 7 ст. 807 ГК РФ.

4. Беспроцентный заем.

4.1. Случаи, когда заем презюмируется беспроцентным. Комментируемый пункт предусматривает два специальных случая, когда договор займа в отступление от общего правила, предусмотренного в п. 1 комментируемой статьи, по общему правилу предполагается беспроцентным.

Во-первых, к таковым относится договор, заключенный между гражданами, в том числе индивидуальными предпринимателями, если сумма займа не превышает 100 тыс. руб. До 1 июня 2018 г. беспроцентной признавалась более узкая категория договоров: сумма займа не должна была превышать 50-кратный установленный законом минимальный размер оплаты труда (итого 5 тыс. руб.), и деятельность каждой из сторон не должна была носить предпринимательского характера. Таким образом, новые критерии безвозмездности договора займа означают также упрощение фактического состава. Ранее суд

в случае спора должен был устанавливать не только правовой статус сторон, но также цель займа.

Другой особенностью этого исключения является прямое включение категории «индивидуальный предприниматель» в категорию «гражданин», что не характерно для ГК РФ. Обычно его нормы формулируются либо в отношении граждан, либо в отношении лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, т.е. в том числе в отношении индивидуальных предпринимателей. В данном случае такое включение не создает трудностей для толкования.

Во-вторых, беспроцентным признается договор займа, объектами которого являются не деньги, а вещи, определяемые родовыми признаками (например, зерно, бензин, драгоценные металлы и т.п.).

Для того чтобы договоры займа, соответствующие одному из этих двух критериев, предполагали начисление процентов, такие договоры должны прямо это предусматривать.

4.2. Заем ценных бумаг. С учетом изменений, одновременно внесенных в ст. 807 ГК РФ, применение данного пункта к договорам займа ценных бумаг порождает неопределенность. В новой редакции п. 1 ст. 807 ГК РФ перечисляются три группы объектов договора займа — деньги, вещи, определенные родовыми признаками, и ценные бумаги. Прежде ценные бумаги в качестве отдельной группы объектов займа не упоминались: имело место дихотомическое деление на деньги и другие вещи. В связи с этим требует толкования норма, в силу которой беспроцентными признаются договоры займа, по которым заемщику передаются «не деньги, а другие вещи, определенные родовыми признаками»: состояло ли намерение законодателя в том, чтобы отнести заем ценных бумаг к самостоятельному виду или к займу «других вещей».

С одной стороны, документарные ценные бумаги можно отнести к категории вещей, определенных родовыми признаками. Тогда соответствующий (неденежный) заем будет по умолчанию иметь беспроцентный характер. С другой стороны, бездокументарные ценные бумаги вещами точно не являются. Кроме того, можно предположить, что законодатель намеренно не упомянул в комментируемой норме заем ценных бумаг, относя его к самостоятельному виду, как и в новой редакции ст. 807 ГК РФ, и, следовательно, не распространил на него рассматриваемое общее правило. А значит, данный заем предполагается процентным. В пользу такого толкования свидетельствует тот факт, что ценные бумаги (в первую очередь бездокументарные) в современных условиях приобретают все больше черт высоколиквидного финансового актива, сходного по степени ликвидности с денежными

средствами. Таким образом, с финансово-экономической точки зрения, видимо, обоснована презумпция возмездности займа ценных бумаг, как и денежного займа, за исключением займов между гражданами, если цена бумаг не превышает 100 тыс. руб.

4.3. Заем иных отдельных видов имущественных прав. Как отмечалось в комментарии к п. 1 ст. 807 ГК РФ, к категории займа следует относить и те договоры, которые опосредуют передачу на возвратной основе иных оборотоспособных имущественных прав, если предполагается возврат аналогичных прав (например, заем электронных денежных средств, криптовалюты, игровых денег в многопользовательской сетевой игре, средств на абонентском счете мобильного оператора и т.п.). Как представляется, презумпцию беспроцентности не следует применять и к таким договорам, если цена соответствующего объекта займа на момент его предоставления равна или превышает 100 тыс. руб. Иначе говоря, здесь, так же как и в случае с ценными бумагами, есть основания толковать оговорку о презумпции беспроцентности товарного займа буквально и не расширять применение этого исключения из принципа возмездности договорных отношений.

5. Запрет ростовщических процентов.

5.1. Политико-правовые основания для ограничения процентов по займу (кредиту). Согласно договору процентного займа заемщик получает капитал во временное пользование и должен заплатить за это установленную кредитором цену, включающую проценты и иные платежи. На свободном рынке цены товаров (работ, услуг) не регулируются и устанавливаются в зависимости от соотношения спроса и предложения. В отличие от нерегулируемых рыночных сегментов стоимость займа (кредита) ограничивается во многих правопорядках. В сходном направлении движется российский законодатель: комментируемая норма прямо не устанавливает *ex ante* пределов процентов по договору займа, как это сделано во вступающих в силу с 1 июля 2019 г. редакциях ч. 23 ст. 5 и ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе) в отношении потребительских займов и кредитов, а вводит последующий судебный контроль договорного условия о процентах в виде права суда уменьшить ростовщические проценты. Подобное ограничение можно назвать косвенным запретом ростовщических процентов.

В гражданско-правовой доктрине различают ростовщичество в узком и в широком смысле. В первом случае под ростовщичеством понимается извлечение чрезмерной выгоды из денежного займа путем эксплуатации затруднительного положения должника, во втором — вообще всякая договорная сделка, при которой происходит

несоразмерное оказываемой услуге обогащение вследствие нужды или стесненного положения другой стороны.

Мировая история знает периоды усиления или ослабления ростовщических ограничений. Критики идеи нормативного ограничения стоимости кредита приводят следующие аргументы. Наиболее эффективный контроль за ценами устанавливается на свободном рынке, где кредиторы свободно конкурируют друг с другом. Установление потолка процентных ставок не позволяет части заемщиков рассчитывать на получение кредита, так как (с учетом их «кредитного качества») имеются займодавцы, которые могли бы дать им заем по ставке выше предельного уровня, но не сделают этого из-за данного ограничения, но нет займодавцев, которые будут готовы дать такому заемщику заем по допустимой предельной ставке. В итоге установление предельных процентных ставок лишает некоторые категории заемщиков реальной возможности занять деньги в случае срочной нужды и вынуждает обращаться к «черному рынку», что создает для заемщика издержки (ставки на черном рынке, в том числе рынке капитала, еще выше, чем на легальном) и известные риски (связанные с взаимодействием с представителями криминального мира).

Несмотря на это, законодатели предпочитают вводить нормы, запрещающие ростовщичество. Потребность в таком регулировании испытывается тем острее, чем менее обеспеченными, финансово грамотными и защищенными являются заемщики. Сторонники ограничения процентных ставок (процентов) приводят аргументы, сходные с доводами оппонентов. По их мнению, государство должно следить, чтобы заемщики уплачивали справедливую цену, а кредиторы получали справедливый доход. Кроме того, уровень максимальной процентной ставки определяет, какая группа потенциальных заемщиков получит доступ к легальному кредиту. Поскольку такое решение имеет огромное значение для экономики в целом, отдавать его принятие в руки финансовой индустрии было бы опрометчиво и даже опасно. Займодавцы заинтересованы в получении прибыли, значит, они готовы давать деньги под любые ставки, соразмерные уровню риска. В ситуации, когда достаточно большое число заемщиков привлекает кредит под высокую ставку, растет масса тех, кто в конечном счете не сможет его вернуть. Увеличение риска невозврата влечет рост ставок, что приводит к массовым банкротствам и больно бьет по экономике в целом. Следовательно, государство должно самостоятельно определять, при каком уровне кредитного риска (процентной ставки) граждане более не должны иметь возможности занимать денежные средства даже у тех, кто готов предоставить им заем на свой риск. Таким образом,

нормы, вводящие запрет ростовщичества, по мнению их сторонников, не только обеспечивают справедливость в обмене (коммутативную справедливость), но и являются инструментом регулирования, стимулирующим экономический рост.

В целом очевидно, что такое ограничение предопределено чисто политико-правовыми соображениями, фундамент которых является достаточно дискуссионным, так как связан с вопросами о пределах государственного патернализма.

5.2. Сфера действия запрета ростовщических процентов.

(а) Ограниченная сфера действия. Установленное в комментируемой статье ограничение размера процентов распространяется исключительно на договоры, заключенные гражданами-заемщиками с другими гражданами или с юридическими лицами, не осуществляющими профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов (непотребительские договоры). Такая редукция сферы действия данной нормы предопределена тем, что уровень процентных ставок по потребительским кредитам и займам ограничен специальными нормами Закона о потребительском кредите (займе). Так, ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе) ограничивается размер предельного значения ПСК в процентах годовых, рассчитываемый кредитором на момент заключения договора: такой размер не может превышать более чем на одну треть среднерыночное значение ПСК в процентах годовых соответствующей категории потребительского кредита (займа), применяемое в соответствующем календарном квартале и рассчитываемое Банком России. Кроме того, в ч. 23 ст. 5 того же Закона устанавливается предельное значение процентной ставки по договору потребительского кредита (займа) в размере 1% в день. Исключение сделано лишь для необеспеченных потребительских кредитов (займов), заключенных на срок не более 15 дней и на сумму не более 10 тыс. руб. Наконец, до самого последнего времени Закон о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях в ст. 12–12.1 устанавливал ограничения предельной суммы начисленных процентов и иных плат для договоров, заключаемых потребителями с МФО сроком менее одного года. Со вступлением в силу Закона от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ ограничения сумм начисленных процентов ужесточены, распространены на все потребительские кредиты (займы), а сама норма перенесена в Закон о потребительском кредите (займе) (ч. 24 ст. 5) (подробнее см. комментарий к п. 7 ст. 807 ГК РФ).

Соответственно, без каких-либо ограничений, установленных на уровне специального законодательства, остаются как раз те займы, к которым и относятся правила комментируемого пункта (прежде

всего займы между гражданами, а также займы, которые гражданин-непотребитель может взять у юридических лиц).

(б) По виду договоров и объекту займа. В сферу действия комментируемой нормы попадает не только денежный заем, но и заем заменимых вещей или ценных бумаг. Однако по причине практической нераспространенности таких займов ее применение может столкнуться с серьезными трудностями, связанными с невозможностью для суда определить размер обычно взимаемых в таких обстоятельствах процентов. Наряду с договорами денежного займа, под ограничение подпадают также кредитные договоры. Этот вывод следует из совместного толкования данной нормы и п. 2 ст. 819 ГК РФ.

(в) По субъектному составу. При буквальном толковании фактический состав комментируемого пункта охватывает заемные отношения, возникшие исключительно между гражданами, а также между юридическим лицом, не осуществляющим профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов, и заемщиком-гражданином, и не покрывает займы и кредиты, предоставляемые юридическим лицам, а также сферу потребительского займа (кредита). В отношении потребительского займа (кредита), как уже указывалось, действуют специальные ограничители процентного бремени (см. ч. 23 ст. 5 и ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе), а также до недавнего времени ст. 12–12.1 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях, с 1 января 2020 г. — ч. 24 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)).

Итак, для применения комментируемой нормы о судебном контроле процентов займодавцем по договору должны быть либо гражданин, либо юридическое лицо (за исключением случаев, когда последнее осуществляет профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов или кредитов). Термин «гражданин» в отношении фигуры займодавца в комментируемой норме следует толковать буквально и включать в его рамки индивидуальных предпринимателей. Естественно предположить, что в намерение законодателя входило в том числе установление ростовщического ограничения по договорам займа, займодавцами в которых выступают индивидуальные предприниматели. Защищая заемщика-гражданина от ростовщических процентов в случае, когда займодавцем выступает гражданин или юридическое лицо, было бы нелогично лишить его защиты при заключении договора с займодавцем — индивидуальным предпринимателем.

При определении категории займодавцев — юридических лиц следует исходить из определения профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов, содержащегося в п. 5

ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе). Введение понятия профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов позволило законодателю ограничить круг лиц, которые наделены правом кредитовать граждан-потребителей (ст. 4 Закона о потребительском кредите (займе)). Субъектами данной профессиональной деятельности являются юридические лица и индивидуальные предприниматели, а ее содержанием – предоставление потребительских займов. Следует отметить, что к категории потребительских уже в силу определения относятся исключительно денежные займы, получаемые и используемые физическими лицами для целей (удовлетворения нужд), не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности¹.

Из понятия данной профессиональной деятельности исключаются займы, предоставленные работодателям работниками, займы, предоставляемые юридическим лицом гражданину-учредителю или аффилированному с ним лицу, а также займы брокера клиенту для совершения сделок с ценными бумагами. В федеральных законах могут быть также установлены иные случаи, когда предоставление денежного займа потребителю – физическому лицу не составляет профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов. В настоящее время соответствующие изъятия отсутствуют. Таким образом, при рассмотрении спора о размере процентов по договору с займодавцем-организацией суду – для применения комментируемой нормы – необходимо будет убедиться в том, что указанный заем подпадает под одно из перечисленных исключений. Если заем носит потребительский характер, комментируемая норма не применяется.

Также встает вопрос в отношении толкования фигуры гражданина на стороне заемщика. Имел ли законодатель в виду, что суды вправе контролировать в соответствии с комментируемой нормой справедливость процентных ставок в ситуациях, когда займы и кредиты предоставлены одним гражданином или организацией индивидуальному предпринимателю? Как представляется, в этом контексте следует определить цель привлечения заимствования.

¹ До вступления в силу Закона от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ определение понятия профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов включало два дополнительных критерия: выдачу займов за счет систематически привлекаемых на возвратной и платной основах денежных средств и выдачу займов не менее чем четыре раза в течение одного года. Таким образом, разовое предоставление займов гражданам-потребителям не подпадало под квалификацию профессиональной деятельности и могло осуществляться юридическими лицами, не относящимися к категории профессиональных кредиторов. С учетом внесенных законодателем изменений указанная возможность утрачена.

Если заем привлекался таким предпринимателем в коммерческих целях, данная норма не должна применяться, если же в личных, то должна. Такое решение основано на применении к индивидуальным предпринимателям правил о коммерческих организациях (п. 3 ст. 23 ГК РФ). Логика здесь такая: если мы не распространяем комментируемый механизм судебного контроля процентных ставок на кредиты и займы, предоставляемые коммерческим организациям и даже некоммерческим организациям, то нет оснований для более патерналистского подхода к коммерческим по своим целям займам и кредитам, предоставляемым индивидуальным предпринимателям. К этой же категории, видимо, следует отнести тех граждан-заемщиков, которые фактически ведут предпринимательскую деятельность, обязаны зарегистрироваться в качестве индивидуальных предпринимателей, но нарушают это требование закона. Данный вывод напрямую вытекает из положения п. 4 ст. 23 ГК РФ, согласно которой «гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без образования юридического лица с нарушением требований пункта 1 настоящей статьи, не вправе ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила настоящего Кодекса об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности».

В то же время, если заемщик-гражданин не зарегистрирован как индивидуальный предприниматель и не обязан этого делать, но фактически привлекает заем или кредит не в потребительских, а в коммерческих целях (например, участник ООО берет заем для финансирования своего общества, или гражданин берет у знакомого заем для покупки ценных бумаг на бирже и т.п.), вопрос менее очевиден. Возможно, следует допустить, что такие займы должны подпадать под действие комментируемого правила о судебном контроле справедливости процента. По крайней мере это следует из буквального прочтения закона. Такого гражданина-заемщика нормы о потребительском кредите (займе) не защищают, но по тексту закона его должна защищать комментируемая норма.

То же касается и применения комментируемой нормы к отношениям по займам (кредитам), которые кредитные организации, МФО и кредитные кооперативы предоставляют гражданам, не зарегистрированным в качестве индивидуальных предпринимателей, в целях, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. В силу закона названные кредиторы вправе осуществлять профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов,

поэтому не могут быть отнесены к категории юридических лиц, указанных в комментируемой норме. В то же время на предоставляемые ими непотребительские займы (кредиты) ограничения на размер процентов, установленные в Законе о потребительском кредите (займе), не распространяются. Поэтому, по нашему мнению, намерение законодателя состояло в том, чтобы распространить запрет ростовщичества также на рассматриваемый случай. С учетом этого при решении вопроса о том, осуществляет ли юридическое лицо профессиональную деятельность по предоставлению потребительских кредитов, следует исходить из цели конкретного договора займа (кредита), а не из общей правоспособности юридического лица – кредитора.

Если суммировать все вышесказанное, сферы действия различных ростовщических ограничений, применяемых для защиты граждан, можно в таблице изобразить следующим образом.

Таблица 3

	Индивидуальные предприниматели, получающие займы или кредиты в коммерческих целях	Граждане, легально не зарегистрированные как индивидуальные предприниматели, но получающие кредит (заем) в предпринимательских целях	Граждане, получающие кредит (заем) в потребительских целях
Профессиональные кредиторы (банки, МФО, кредитные кооперативы)	Специальных инструментов контроля справедливости ставки процента нет	Судебный контроль справедливости процента на основании п. 5 ст. 809 ГК РФ	Ограничение <i>ex ante</i> величины процента по правилам Закона о потребительском кредите (займе)
Прочие кредиторы / займодавцы, в том числе граждане	Специальных инструментов контроля справедливости ставки процента нет	Судебный контроль справедливости процента на основании п. 5 ст. 809 ГК РФ	Судебный контроль справедливости процента на основании п. 5 ст. 809 ГК РФ

(г) По дате заключения договора. В соответствии с п. 3 ст. 9 Закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ последующий судебный контроль условия

о процентах применяется к договорам займа (кредитным договорам), заключенным после 1 июля 2018 г.

Представляется, что действие комментируемой нормы должно быть также распространено на договоры займа, заключенные до 1 июня 2018 г., если в соответствии с договором займодавец увеличивает в одностороннем порядке размер процентной ставки (процентов) после 1 июня 2018 г. С учетом предусмотренного субъектного состава такая ситуация возможна, например, в случае займа между гражданами, в том числе индивидуальными предпринимателями, когда его предоставление и получение связано с осуществлением ими предпринимательской деятельности. Так, гражданин-заемщик может получать заем для целей, связанных с ведением предпринимательской деятельности, например, участия в капитале коммерческой организации или приобретения коммерческой недвижимости. Коммерческий характер деятельности гражданина-займодавца может подтверждаться крупным размером займа, порядком его предоставления или возврата. Договор займа между гражданами, связанный с осуществлением каждым из них предпринимательской деятельности, может содержать условие о праве кредитора на одностороннее увеличение размера процентной ставки (п. 3 ст. 310 ГК РФ). Такое же условие допустимо в договорах займа, по которым гражданин привлекает финансирование с аналогичной целью у юридического лица. В то же время следует учитывать, что в отношении некоторых видов юридических лиц — кредитных организаций (ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности), МФО (п. 4 ч. 1 ст. 12 Закона о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях), ломбардов (п. 7 ч. 5 ст. 7 Закона о ломбардах) — установлены законодательные запреты на включение подобного условия в непотребительские договоры займа (кредитные договоры) с гражданами-заемщиками.

5.3. Обычно взимаемые проценты. При буквальном толковании комментируемая норма оперирует размером процентов за пользование займом по договору займа. Этот размер обычно пропорционально зависит от суммы и срока займа и рассчитывается путем их умножения на установленную в договоре процентную ставку. Согласно новой редакции п. 2 ст. 809 ГК РФ размер процентов за пользование суммой займа может быть установлен в договоре в твердой сумме (постоянная процентная ставка) либо иным путем, позволяющим определить надлежащий размер процентов на момент их уплаты (переменная процентная ставка). С учетом прямо пропорциональной зависимости размера процентов от суммы и срока займа предметом ретроспективного ограничения в зарубежных правовых системах является не размер

процентов, а процентная ставка (эффективная процентная ставка) по договору займа. При применении комментируемой нормы суду придется учитывать срок и сумму займа, что и будет означать сравнение процентных ставок (или полных стоимостей займа (кредита)), а не размера процентов.

С заемщика по кредитному договору, помимо процентов, могут также взиматься иные платежи (п. 1 ст. 819 ГК РФ). Поэтому наиболее точным выражением платы заемщика является не размер процентов (процентной ставки), а значение полной стоимости кредита (эффективной процентной ставки). В связи с этим при применении комментируемого пункта к договорам займа (кредита), по которым заемщик наряду с процентами уплачивает иные платежи, суду следует сравнивать не размер процентов, а значения полной стоимости займа (кредита), рассчитанные по правилам ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе). Иными словами, термин «размер процентов» в данном случае следует толковать расширительно. Для признания процентов по займу ростовщическими и решения вопроса об их уменьшении суд должен установить размер «обычно уплачиваемых в подобных случаях» (они же проценты, «обычно взимаемые при сравнимых обстоятельствах»). В комментируемой норме не содержится указаний относительно критериев, которые следует использовать для установления «подобия случаев» или «сравнимости обстоятельств». Представляется, что во внимание следует принять условия займа, а именно — сумму, срок, обеспечение, финансовое положение гражданина. Две используемых в комментируемой норме группы признаков для оценки справедливого размера процентов — «подобные случаи» и «сравнимые обстоятельства» — следует признать тождественными. Иначе получится, что суд сначала будет сравнивать договорный процент с одним якобы справедливым значением («проценты, обычно взимаемые в подобных случаях»), а потом уменьшать его, исходя из другого значения («проценты, обычно взимаемые в сравнимых обстоятельствах»).

Статистические данные об условиях непотребительских займов (кредитов) граждан не собираются: ни Банк России, ни органы исполнительной власти не наделены такими полномочиями. Более того, даже если бы такая функция была передана некоторому органу, возникают серьезные сомнения относительно возможности построения надежной методологии, позволяющей определить размер обычно взимаемых процентов по договорам займа, заключаемым между гражданами, причем с разбивкой по сумме, обеспечению, финансовому положению. Для этого, по-видимому, пришлось бы обязать стороны каждого договора сообщать о его условиях в уполномоченный орган

под угрозой наступления неблагоприятных последствий в случае неинформирования.

Поэтому при определении размера обычно взимаемых по договорам займа процентов суд может опираться только на статистические данные, собираемые Банком России. Соответствующие полномочия предоставлены Банку России (ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе)).

Для потребительского кредита (наиболее типичный случай) правило об ограничении ПСК установлено ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе). В отличие от неопределенного предела, который указан в комментируемой норме, в Законе о потребительском кредите (займе) установлен точный количественный критерий ростовщичества. ПСК не должна более чем на одну треть превышать среднерыночную. Значение среднерыночных ПСК ежеквартально рассчитывается и публикуется Банком России для 5 групп кредиторов и более 40 категорий потребительских кредитов (займов).

При разрешении вопроса о размере ростовщических процентов суду потребуется определить, какая из категорий займов (кредитов) обнаруживает наибольшее подобие с рассматриваемым случаем. Среднерыночная ПСК сильно зависит от категории кредита (займа), и вилка «обычно взимаемых процентов» оказывается чрезвычайно широкой. В качестве примера приведем рассчитанные Банком России в третьем квартале 2018 г. значения среднерыночной ПСК для некоторых категорий кредитов (займов)¹.

Таблица 4

Категория кредита (займа)	Среднерыночное значение ПСК, %
Потребительский кредит на цели приобретения автотранспортных средств с залогом	12,673
Целевой потребительский кредит без обеспечения (POS-кредит) на сумму до 30 тыс. руб. и сроком свыше 1 года	13,677
Нецелевой потребительский кредит на сумму свыше 300 тыс. руб. и сроком свыше 1 года	14,652

¹ Соответствующие данные приведены на сайте Банка России: http://cbr.ru/analytics/consumer_lending/inf/.

Нецелевой потребительский кредит на сумму до 30 тыс. руб. и сроком до 1 года	24,900
Потребительский микрозаем МФО без обеспечения на сумму до 30 тыс. руб. свыше 365 дней	54,293
Потребительский микрозаем МФО с обеспечением в виде залога	75,345
Потребительские займы ломбарда с обеспечением в виде залога (кроме транспортного средства)	113,193
Потребительский заем кредитного кооператива без обеспечения на сумму до 30 тыс. руб. до 30 дней	199,101
Потребительский микрозаем МФО без обеспечения на сумму до 30 тыс. руб. от 31 до 60 дней	294,211
Потребительский микрозаем МФО без обеспечения на сумму до 30 тыс. руб. до 30 дней	637,822 ¹

Используя приведенные статистические данные, займодавец при доказывании обычности размера взимаемых процентов сможет ссылаться на среднерыночный процент по займам на сопоставимый срок, с сопоставимым уровнем обеспеченности и на сопоставимую сумму.

При этом следует обратить внимание на то, что в соответствии со статистикой Банка России в 2015–2018 гг. среднерыночные процентные ставки по краткосрочным микрозаймам, предоставленным гражданам, превышают 600% годовых (для микрозаймов сроком до 1 месяца и суммой до 30 тыс. руб.). В быту данные займы называются «займами до зарплаты». Бытовые займы между гражданами часто получаются с той же целью. Если заем обеспечен залогом (закладом), в качестве сравнимого показателя можно было бы использовать процентные ставки ломбардов, которые составляют около 120% годовых. В кредитном потребительском кооперативе заем на ту же сумму и срок можно получить под 190% годовых, но для этого необходимо быть членом кооператива. Таким образом, наиболее точное подобие необеспеченным краткосрочным займам на небольшую сумму обнаруживают займы, предоставляемые МФО.

В то же время при определении размера обычно взимаемых процентов необходимо учитывать новые ограничения максимального размера

¹ Следует учесть, что с 1 июля 2019 г. максимальная ПСК ограничивается 365% годовых (ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе)).

процентной ставки по потребительским кредитам (займам) и общего размера процентов, плат и неустоек, введенные Законом от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ¹ (подробнее об этих ограничениях см. комментарий к п. 7 ст. 807 ГК РФ). Иначе говоря, займодавец, чей заем подпадает под гипотезу комментируемого правила, не может получить с заемщика процентов более, чем двойная величина процентов, которые получили бы по сопоставимому кредиту или займу банк или МФО с учетом применяемых в силу положений законодательств о потребительском кредите (займе) ограничений.

Иначе говоря, обычно взимаемые проценты — это проценты, которые взимаются по сопоставимым с точки зрения своих условий потребительским займам и кредитам в пределах установленных в законе ограничений.

5.4. Чрезмерная обременительность для заемщика. Согласно комментируемой норме, если согласованная ставка в два или более раза выше обычно взимаемых, суд может уменьшить согласованный процент. Это объективный признак ростовщичества. Но здесь встает вопрос о том, должен ли суд установить наличие и некоего самостоятельного субъективного критерия — чрезмерной обременительности процентного бремени для должника по причине взимания высоких процентов — или наличия объективного признака достаточно, и он сам по себе означает чрезмерную обременительность.

Можно предложить три способа толкования данного правила.

В первом случае чрезвычайная обременительность презюмируется судом при всяком превышении указанного в комментируемой норме процентного предела. В отношении кредита, эффективная процентная ставка по которому вдвое превышает обычно взимаемую, суд презюмирует наличие у кредитора умысла на эксплуатацию стесненного экономического положения заемщика (субъективный критерий). Обязанность доказывать отсутствие такого умысла возлагается на кредитора.

¹ Максимум процентной ставки по договорам потребительского кредита (займа), заключенным с даты вступления в силу указанного закона, устанавливается равным 1,5% в день, а с 1 июля 2019 г. — 1% в день (ч. 23 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)). Соответственно, предельное значение ПСК с 1 июля 2019 г. ограничено наименьшей из величин: 365% годовых или среднерыночным значением ПСК соответствующей категории потребительского кредита (займа), увеличенным на одну треть (ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе)). Из-под этого ограничения выводятся необеспеченные потребительские кредиты (займы), заключенные на срок не более 15 дней и на сумму не более 10 тыс. руб., если в договоре прямо установлено ограничение максимального фиксируемого платежа заемщика в размере 30% от суммы займа (новая ст. 6.2 Закона о потребительском кредите (займе)).

Второй подход предполагает, что заемщик обязан самостоятельно доказывать обстоятельства, на которые ссылается, в том числе и факт чрезмерной обременительности полученного займа. Наличия объективного критерия в виде двукратного отрыва согласованного процента от обычно взимаемого недостаточно — необходимо доказать, что согласованный процент является чрезвычайно обременительным именно для данного заемщика. В этом случае масштабом для сравнения может являться, например, получаемый заемщиком доход. В соответствии с применяемыми стандартами кредитования размер ежемесячного платежа заемщика-гражданина по договору займа (кредита) не должен превышать половины его дохода. Следовательно, чрезмерная обременительность будет иметь место, если регулярно уплачиваемые проценты превышают половину дохода заемщика за тот же период. Наименее благоприятный для заемщика вариант этого подхода опирается на анализ категории «чрезмерность», которую использовал законодатель в комментируемой норме. Так, при защите слабой стороны в договорах присоединения (ст. 428 ГК РФ) он оперирует ослабленной мерой, говоря о «явно обременительных условиях». Тогда «чрезмерно обременительное» условие о процентах должно предполагать вопиющее несоответствие между размером уплачиваемых заемщиком процентов и получаемыми им доходами, например, когда последние оказываются меньше суммы процентов.

Как представляется, тексту закона в большей степени соответствует третий подход. Назовем его формально-объективным. В комментируемом пункте прямо написано, что проценты являются ростовщическими и чрезмерно обременительными для должника именно потому, что они в два и более раза превышают обычно взимаемые в подобных случаях проценты. Это значит, что при буквальном прочтении закона субъективный фактор как на стороне заемщика (вопросы о том, реально ли такая ставка каким-то образом чрезмерно притесняла заемщика, а также о том, вследствие чего возникла такая ситуация, при которой он был вынужден брать займы по столь высокой ставке), так и на стороне займодавца (вопрос о том, знал ли он или должен был знать о такой чрезмерной обременительности процента для заемщика и побудивших его взять такой заем обстоятельствах) вообще не имеют никакого значения. Суд проверяет только соответствие процента объективно определенному пределу и при выявлении превышения снижает согласованный размер. Насколько такое решение оправданно, вопрос спорный. Возможно, судебной практике стоит двинуться в сторону более нюансированного подхода и учитывать не только формальный предел процентов, но и иные обстоятельства, которые в конкретной си-

туации могут оправдать превышение процентной ставки, т.е. двинуться к первому из озвученных решений. По сути, это позволит приблизить данный институт к доктрине кабальных сделок.

5.5. Момент сравнения. В комментируемой норме не уточняется, на какой момент времени суд должен установить наличие критериев ростовщичества. Представляется, что проверка на двукратное превышение обычного размера процентов (а следовательно, и чрезмерную обременительность) должна проводиться на дату заключения договора займа. При этом во внимание принимается размер процентных ставок, имевший место на эту дату. В противном случае вывод о взимании ростовщических процентов зависел бы от изменения процентных ставок на финансовом рынке в течение срока использования займа (и возможного ухудшения финансового положения заемщика в течение срока договора).

5.6. Процедура уменьшения размера процентов. Согласно комментируемой норме, если согласованная ставка в два или более раза больше обычных ставок, суд может снизить согласованную ставку до уровня обычных ставок. Следует обратить внимание на то, что суд по мысли законодателя должен снижать ставку не до того уровня, который кажется максимально возможным, а до уровня обычных ставок. Иначе говоря, если обычный уровень — это 50% годовых, а стороны согласовали 110% годовых, суд снижает ставку до 50, а не до 99%. Оправданность такого законодательного решения может вызывать споры, но действующая редакция не оставляет сомнений в том, что именно такое решение предписывает закон.

Из формулировки комментируемого пункта не ясно, должен ли заемщик заявлять требование либо возражение об уменьшении процентов или суд вправе принять такое решение по собственной инициативе.

Можно предположить три варианта решения этой проблемы.

Первый вариант состоит в том, что ростовщические проценты являются ничтожными в части, превышающей предел, вытекающий из комментируемой нормы (ст. 180 ГК РФ). При таком подходе заемщик может как обратиться в суд с иском о признании ростовщических процентов недействительными в пределах срока давности на подачу таких исков (ст. 181 ГК РФ), так и заявить возражение о ничтожности избыточных процентов в ответ на иск об их взыскании (возражение о ничтожности, как известно, в российском праве не задвигается). В то же время существуют сомнения в применимости такого подхода. Комментируемая норма сформулирована таким образом, что в ней не установлено законодательного запрета на совершение сделок, по которым размер процентов превышает определенный предел, как

это имеет место, например, в ч. 11 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе).

Второе решение состоит в том, чтобы воспринимать условие о согласованном проценте в качестве действительного, но признать, что снижение процента выступает здесь в качестве механизма изменения судом согласованного условия. По общему правилу изменение договора в судебном порядке возможно только в ответ на соответствующий иск (в том числе встречный). Вопрос о применении срока исковой давности к преобразовательным искам об изменении договора вызывает некоторые споры, но формально ГК РФ не делает здесь никаких исключений, и, соответственно, общий трехлетний срок исковой давности применяется.

Третье решение состоит в применении к механизму снижения ростовщических процентов по аналогии правил ст. 333 ГК РФ о снижении несоразмерной неустойки, обещанной к уплате лицом, которое не осуществляет предпринимательскую деятельность. В таком случае снижение процентов судом возможно как в ответ на иск или возражение со стороны заемщика, так и по собственной инициативе.

Согласно п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в тех случаях, когда в силу ст. 333 ГК РФ допускается снижение неустойки по инициативе суда, последний должен вынести вопрос о соразмерности неустойки на обсуждение сторон (ст. 56 ГПК РФ). Аналогичное правило можно сформулировать в рамках данного решения для процентов. Если суд самостоятельно инициирует рассмотрение вопроса о ростовщическом проценте, то он должен вынести вопросы об обычно взимаемых в подобных случаях размере процентов и о чрезмерной обременительности размера процентов на обсуждение сторон.

Реализация третьего решения, основанного на применении по аналогии правил ст. 333 ГК РФ, позволяет прийти к выводу о том, что заявление о применении п. 5 ст. 809 ГК РФ должно быть подано только в период рассмотрения дела в первой инстанции или судом апелляционной инстанции в случае, если он перешел к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции. Вопрос об уменьшении процентов может быть также поставлен на обсуждение судом апелляционной инстанции независимо от перехода им к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции (п. 72 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Какой из вышеописанных вариантов стоит признать на уровне судебной практики, пока не вполне очевидно. Судебная практика пока не сложилась, так как новая норма начнет применяться судами лишь

тогда, когда в суды попадут споры по договорам, заключенным после 1 июня 2018 г. (в силу общих правил ст. 422 ГК РФ о действии норм договорного права во времени).

5.7. Темпоральное действие решения об уменьшении процентов. В комментируемой норме не разрешен вопрос о том, с какого момента начинает действовать новое условие договора об уменьшенном проценте.

Ответ на этот вопрос во многом зависит от того, какое решение на поставленный в предыдущем пункте комментария вопрос о природе механизма снижения ростовщических процентов примет наша судебная практика.

Если считать, что ростовщические проценты ничтожны в части, превышающей допустимый предел, и механизм снижения представляет собой просто констатацию такой частичной ничтожности по правилам ст. 180 ГК РФ, снижение будет действовать с обратной силой. На будущее процентная ставка будет изменена, но и начисленные ранее проценты также будут подвергнуты редукции. Более того, при таком подходе открывается путь к осуществлению реституции части уплаченных ранее процентов. В то же время, если ранее проценты были уплачены заемщиком добровольно, он может быть ограничен в праве требовать уменьшения их размера, так как это противоречило бы принципу эстоппель и запрету на недобросовестное противоречивое поведение (п. 5 ст. 166 ГК РФ). Впрочем, применение здесь правила п. 5 ст. 166 ГК РФ — достаточно проблемный вопрос, так как сам этот механизм скрытой конвалидации ничтожных сделок и условий вызывает пока в науке и практике много сомнений. Достаточно сказать, что его последовательное применение может в принципе заблокировать сам институт ничтожности и реституции по ничтожным сделкам: стоит только исполнить договор, и уже ссылка на ничтожность теряет свое правовое значение, а реституция блокируется.

Если принять позицию, согласно которой указанный в комментируемом пункте механизм снижения процента является просто прямо закрепленным в законе случаем, когда допускается изменение заключенного договора судом, то следует прийти к выводу о перспективности действия такого изменения. Ведь в силу п. 3 ст. 453 ГК РФ по общему правилу решение суда об изменении условий договора действует только на будущее, если иное не установлено законом. Следовательно, при таком подходе не только ранее уплаченные заемщиком ростовщические проценты не могут быть уменьшены судом, однако нельзя редуцировать и ранее начисленные, но еще не выплаченные к моменту изменения договора судом проценты. Ведь если суд меняет условие договора о проценте, и эта измененная редакция договора

вступает в силу с момента вступления в силу решения суда по п. 3 ст. 453 ГК РФ, то на проценты, начисленные на основании действия прежней редакции в период до изменения договора, решение суда проецироваться не может.

Наконец, если взять на вооружение аналогию со ст. 333 ГК РФ, мы имеем не изменение договора на будущее и не констатацию частичной ничтожности условия о проценте, а особое право суда контролировать размер процента при его взыскании и при необходимости его снижать своим преобразовательным решением. Соответственно, открывается возможность как для перспективного эффекта такого снижения, так и для полной ретроспективности. Но если ранее начисленные проценты были уплачены заемщиком добровольно, суд не вправе производить уменьшение их размера, так как это противоречило бы принципу эстоппеля и запрету на недобросовестное противоречивое поведение. Данный подход давно признан в отношении механизма снижения неустойки, и, если проводить аналогию с механизмом снижения неустойки последовательно, к такому же выводу следует приходиться и в отношении ростовщических процентов (п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Какой подход признается в нашем праве, сейчас сказать невозможно, так как никакой релевантной судебной практики нет. Данный вопрос требует серьезного дополнительного изучения.

5.8. Иные санкции. В соответствии с комментируемой нормой суд вправе уменьшить размер установленных по договору займа процентов, если выявит факт взимания ростовщических процентов. В ряде зарубежных правовых порядков к ростовщику применяются более жесткие, нежели установленные в комментируемой статье, санкции: суд вправе полностью освободить заемщика от уплаты процентов или даже от возврата всей суммы долга. На кредитора-ростовщика накладывается административная, а иногда и уголовная ответственность. Соответствующие положения содержатся в законодательствах Германии, Франции, Великобритании, США, Швейцарии и других стран.

Российское законодательство пока таких публично-правовых санкций для договоров, подпадающих под действие комментируемого пункта, не предусматривает.

5.9. Иные гражданско-правовые средства борьбы с ростовщичеством. В целях противодействия ростовщичеству в период до появления в законодательстве о потребительском кредите (займе) и в рамках комментируемой нормы механизмов ограничения процентов по потребительским кредитам и займам, а также по займам между гражда-

нами заемщики для защиты собственного интереса ранее обращались к иным гражданско-правовым институтам:

- принцип добросовестности и запрет злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ);
- кабальная сделка (ст. 179 ГК РФ);
- сделка, совершенная с целью противной основам правопорядка или нравственности (антисоциальная сделка) (ст. 169 ГК РФ);
- небуквальное толкование договора против кредитора.

После появления в законе указанных выше специальных инструментов борьбы с ростовщицеством потребность к обращению к этим общим нормам отпадает, по крайней мере там, где договор займа подпадает под сферу действия одного из специальных инструментов контроля (*lex specialis derogat generali*). С учетом того, что правила Закона о потребительском кредите (займе) и комментируемого пункта перекрывают практически все мыслимые случаи заемного или кредитного финансирования граждан, потребность в применении каких-либо общих норм для защиты граждан от необдуманного принятия на себя завышенного процентного бремени отпадает.

Но эти общегражданские средства защиты сохраняют актуальность и по сей день с учетом специфики действия этих новых норм во времени (т.е. в отношении тех договоров, которые заключались до того, как вступили в силу соответствующие специальные нормы). Например, ВС РФ активно применяет практику небуквального толкования договоров микрозайма с целью блокирования начисления крайне высоких процентов в период просрочки в отношении договоров микрозайма, заключенных до введения в законодательство специальных пределов начисления процентов по микрозаймам (см. комментарий к п. 7 ст. 807 ГК РФ). Подробный анализ особенностей применения этих общих инструментов к проблеме ростовщических процентов выходит за рамки настоящего комментария.

Кроме того, отмеченные выше общие нормы могут обсуждаться на предмет их применения к договорам займа и кредита, по которым заемщиком является юридическое лицо. Такие договоры не попадают в зону охвата действующих специальных норм о борьбе с завышенными процентами. Здесь мы сталкиваемся с серьезным политико-правовым вопросом об уместности распространения патерналистского контроля ценовой свободы, допускаемого сейчас для защиты простых граждан, в отношении сделок сугубо коммерческих. Как представляется, в каких-то исключительных ситуациях, особенно когда сделка нарушает права третьих лиц (например, при совершении сделки в предбанкротный период на нерыночных условиях в ущерб интересам других

кредиторов заемщика), ограничение свободы процента возможно. Но по общему правилу наступление законодателя и судов на свободу коммерческих субъектов определять цены своих сделок (и размер процента в частности) не должно допускаться. Впрочем, детальное обсуждение этой темы выходит за рамки настоящего комментария.

6. Проценты при досрочном возврате займа.

6.1. Досрочный возврат по инициативе заемщика. Комментируемый пункт ранее шел под номером 4 и не претерпел содержательных изменений с вступлением в силу Закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ. В нем устанавливается размер процентов, которые взимаются при досрочном возврате кредита по инициативе заемщика (п. 2 ст. 810 ГК РФ). Несмотря на это, с 1 июня 2018 г. расчет процентов при досрочном возврате займа (кредита) приобрел отсутствовавшую ранее системность: аналогичный принцип расчета теперь установлен также при досрочном возврате займа по требованию кредитора (при просрочке заемщика) (п. 2 ст. 811 ГК РФ).

Согласно комментируемой норме при досрочном возврате кредита заемщик обязан уплатить проценты, начисленные включительно до дня возврата суммы займа. В Законе о потребительском кредите (займе) они также называются процентами за фактический срок кредитования. Указанные в п. 2–4 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе) права заемщика произвольно вернуть полученный потребительский заем или кредит досрочно сочетаются с указанием на то, что заемщик в любом случае обязан уплатить займодавцу (банку) согласованный в договоре процент за период фактического использования денег до момента их возврата.

Все это представляется вполне логичным и разумным.

6.2. Досрочный возврат по требованию кредитора (причитающиеся проценты). Кодекс устанавливает несколько оснований, по которым кредитор вправе потребовать досрочного возврата займа:

– при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части кредита (займа), подлежащего возврату по частям (п. 2 ст. 811 ГК РФ);

– при невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает (ст. 813 ГК РФ);

– при невыполнении заемщиком условия о целевом использовании займа, а также при нарушении обязанности по обеспечению контроля за целевым использованием (ст. 814 ГК РФ).

Кроме того, в кредитном договоре (ст. 821.1 ГК РФ) и договоре займа (ст. 421 ГК РФ) могут быть установлены иные основания досрочного возврата кредита (займа), если заемщиком является юридическое лицо или индивидуальный предприниматель (ст. 821.1 ГК РФ).

Порядок определения процентов в случае досрочного возврата займа (кредита) по требованию кредитора в комментируемом пункте не урегулирован. Этот порядок установлен п. 2 ст. 811 ГК РФ: кредитор вправе потребовать проценты за пользование займом, причитающиеся на момент его возврата. Срок, за который уплачиваются причитающиеся проценты, был прямо установлен рассматриваемой нормой с 1 июня 2018 г. До этого законодатель использовал менее определенное понятие «причитающиеся проценты». В доктрине высказывались разные точки зрения на то, какой срок следует брать при расчете их размера. Одни авторы отмечали, что по общему правилу проценты начисляются за период фактического пользования кредитными средствами, другие – под «причитающимися» процентами понимали проценты как уже начисленные, так и те, которые были бы начислены за весь установленный договором срок займа. Со временем высшие суды приняли вторую точку зрения, указывая, что в случаях, когда кредитор вправе потребовать досрочного возврата 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 (п. 16 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

Взыскание процентов за весь срок займа можно рассматривать как своеобразную санкцию, применяемую к допустившему нарушение заемщику. Фактически он сам лишает себя возможности использовать предоставленный капитал до назначенного срока. По этой причине, хотя его основной долг и прекращается досрочно, во внимание следует принять законный интерес кредитора в получении ожидаемой прибыли.

По мере того как в судебной практике формировалось отношение к причитающимся процентам как к своеобразной мере ответственности заемщика, толкование судами прежней редакции п. 2 ст. 811 ГК РФ претерпевало дальнейшие изменения. При взыскании причитающихся процентов суды начали отказываться от «автоматического» расчета и стали учитывать фактические и юридические обстоятельства допущенных нарушений, а также то, привело ли нарушение к образованию у кредитора убытков. Основаниями применения этой меры ответственности признаются наличие вины со стороны заемщика и возникновение убытков у кредитора.

В п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 был признан правомерным отказ банку во взыскании с заемщика причитающихся процентов в полной сумме (т.е. до дня возврата кредита, определенного в договоре) в ситуации, когда досрочный возврат кредита был вызван гибелью здания, переданного третьим лицом в залог в обеспечение исполнения обязательств заемщика. Согласно поддержанному Президиумом ВАС РФ мнению, положения ГК РФ о взыскании причитающихся процентов (п. 2 ст. 811, ст. 813, п. 2 ст. 814) имеют своей целью защиту интереса кредитора в получении дохода по процентному займу и, по существу, возлагают на должника обязанность по возмещению кредитору убытков в виде неполученных доходов (упущенной выгоды), вызванных досрочным возвратом займа (п. 2 ст. 15 ГК РФ). При определении размера ответственности судом было учтено, что банк, получивший в свое распоряжение досрочно возвращенную сумму займа, будучи профессиональным участником финансового рынка, распоряжается ею посредством выдачи кредита другому заемщику. Взыскание с заемщика в данном деле причитающихся процентов до дня возврата кредита, определенного в договоре, могло привести к тому, что банк извлек бы двойной доход от предоставления в пользование одной и той же денежной суммы. Суд признал обоснованным взыскание в пользу банка процентов лишь за один месяц, в течение которого после возврата заемщиком долга кредитор может понести потери, связанные с неразмещением полученных денежных средств новому заемщику. Оценивая размер убытков в данном деле, суд исходил из предположения, что банк сможет разместить досрочно возвращенные денежные средства на условиях, аналогичных первоначальному кредиту. Единственной причиной убытков при этом является некоторый срок на поиск нового заемщика, который, как следует из решения суда, определен в один месяц.

Суд обозначил также подход, позволяющий оценить размер убытков при изменяющихся процентных ставках. Этот убыток признается равным разнице между процентными ставками — ставкой, предусмотренной кредитным договором, и той, по которой в настоящее время банк выдает аналогичные кредиты. Эта упущенная банком выгода и подлежит возмещению заемщиком. В другом деле сумма убытков банка была определена судом как разница между суммой процентов, начисленных по более высокой процентной ставке, по которой в момент заключения данного договора банк предоставлял краткосрочные кредиты на время, сопоставимое с фактическим использованием кредитом заемщиком до его досрочного возврата, и суммой процентов

по фактически установленной в договоре более низкой процентной ставке.

Если имела место авансовая уплата процентов, суд, по-видимому, должен был бы принять их во внимание при оценке суммы фактических убытков банка, вызванных досрочным возвратом.

С указанием в новой редакции п. 2 ст. 811 ГК РФ точного срока, в течение которого начисляются причитающиеся проценты (фактического срока использования займа), потребность судебного толкования отпала. Законодатель высказался за строгое следование признаку зависимости процентов от срока кредита. В то же время это не блокирует право кредитора требовать с заемщика при досрочном возврате займа (кредита) по причине нарушения заемщиком договора вместе с процентами компенсации своих убытков по правилам ст. 393, п. 5 ст. 453, а также ст. 393.1 ГК РФ, включая упущенную выгоду, от невозможности размещения досрочно возвращенных сумм на рынке по той же высокой ставке, которая была в договоре, по которому произведена акселерация (подробнее о таких убытках см. комментарий к ст. 811 ГК РФ).

6.3. Аннуитетные проценты при досрочном возврате кредита. Особенности возврата кредита и уплаты процентов при использовании метода аннуитетных платежей, а также споры относительно якобы избыточно уплаченных процентов при досрочном возврате таких кредитов рассмотрены в п. 3.1 комментария к настоящей статье.

6.4. Досрочный возврат и проценты в виде фиксированного разового платежа. Если в договоре займа установлена не процентная ставка, а фиксированная сумма процентов, уплачиваемая одновременно, при досрочном возврате займа следует осуществлять перерасчет процентов. Тем самым обеспечивается фактическая зависимость размера процентов от срока кредита. Если договором предусмотрена уплата процентного платежа в конце срока, то при досрочном возврате займа фиксированная сумма процентов уменьшается пропорционально сокращению срока. Несложно убедиться, что такое уменьшение не изменяет процентную ставку годовых (и полную стоимость займа). При частичном досрочном возврате кредита проценты уменьшаются пропорционально сокращенному сроку и досрочно возвращаемой сумме.

6.5. Досрочный возврат и авансированные проценты. Если договором предусмотрена авансовая уплата процентов, вывод о пропорциональном уменьшении процентов при досрочном возврате займа сохраняет свою силу. В этом случае возвращаемая заемщиком сумма займа может зачитываться с суммой избыточно уплачиваемых процентов.

Статья 810. Обязанность заемщика возвратить сумму займа

1. Заемщик обязан возвратить займодавцу полученную сумму займа в срок и в порядке, которые предусмотрены договором займа.

В случаях, когда срок возврата договором не установлен или определен моментом востребования, сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение тридцати дней со дня предъявления займодавцем требования об этом, если иное не предусмотрено договором.

2. Если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно полностью или частично.

Сумма займа, предоставленного под проценты заемщику-гражданину для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью, может быть возвращена заемщиком-гражданином досрочно полностью или по частям при условии уведомления об этом займодавца не менее чем за тридцать дней до дня такого возврата. Договором займа может быть установлен более короткий срок уведомления займодавца о намерении заемщика возвратить денежные средства досрочно.

Сумма займа, предоставленного под проценты в иных случаях, может быть возвращена досрочно с согласия займодавца, в том числе согласия, выраженного в договоре займа.

3. Если иное не предусмотрено законом или договором займа, заем считается возвращенным в момент передачи его займодавцу, в том числе в момент поступления соответствующей суммы денежных средств в банк, в котором открыт банковский счет займодавца.

Комментарий

1. Обязанность вернуть заем. Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 ст. 807 ГК РФ, передача имущества на возвратной основе является квалифицирующим признаком займа. Договор, который не предусматривает обязанность лица, получившего имущество в собственность, вернуть впоследствии аналогичное имущество, не должен квалифицироваться в качестве займа. Если договор предусматривает передачу имущества на безвозвратной основе, он может квалифицироваться в качестве дарения или непоименованного договора о безвозмездном отчуждении имущества (при отсутствии мотива одарить — *animus donandi*). Если обязательство лица, получившего имущество в собственность, состоит в том, чтобы через какое-то время передать в обратном направлении некое иное имущество, такой договор должен рассматри-

ваться как купля-продажа или договор мены (в зависимости от того, какое имущество передается в рамках исполнения этого встречного обязательства).

О некоторых осложнениях критерия возвратности (о возможном несовпадении объема предоставленного имущества и имущества, подлежащего возврату, об альтернативном обязательстве либо вернуть аналогичное полученному имуществу, либо осуществить некое иное предоставление, о целевом финансировании с выплатой финансирующей стороне доли в прибыли или доходе, полученных в результате инвестирования предоставленных средств, о наличии в договоре отменительного условия, наступление которого погашает долг по возврату займа в целом или в части и др.) и возможности квалификации договора в качестве займа при наличии такой более осложненной структуры правоотношений см. также комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ.

В рамках классической модели займа, не осложненной указанными особыми оговорками, обязанность заемщика вернуть аналогичное имущество является безусловной и подлежит исполнению во что бы то ни стало.

Обязательство заемщика вернуть заем возникает в момент заключения реального договора займа. В случае с консенсуальным займом или кредитом такое обязательство возникает в момент предоставления займа (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 63), т.е. в такой ситуации данное обязательство поставлено под отлагательное условие права (*conditio juris*), коим является предоставление займа.

1.1. Срок возврата. Срок, на который предоставляется заем, обычно предусматривается в контракте. В силу ст. 190 и п. 1 ст. 314 ГК РФ срок может быть привязан к календарной дате (например, в договоре указано, что вернуть заем необходимо до 31 декабря 2021 г. включительно) или некоему иному обстоятельству, которое неизбежно наступит после заключения такого договора и предоставления займа; он также может устанавливаться в виде периода времени с момента предоставления займа. Это, пожалуй, самые типичные варианты установления срока возврата займа в договорной практике.

Может ли этот срок возврата займа быть любым по своей продолжительности (например, 100 или 200 лет)? Данный вопрос пока не имеет решения и носит более общий характер. Такой же вопрос возникает и применительно к необычно длительным срокам аренды или отсрочки платежа по договору купли-продажи. В некоторых случаях, видимо, могут быть основания в такой ситуации видеть притворность сделки, прикрывающей дарение, если уплата начисляемых процентов отодвинута также на столь длительный срок. Но о какой-либо судебной

практике на сей счет нам неизвестно. Иная ситуация, возможно, имеет место, если срок погашения тела долга отодвинут на такой необычно длительный срок, превышающий обычный срок жизни человека или существования юридического лица, выступающих в качестве заемщика, но начисляемые проценты уплачиваются периодически до наступления срока возврата займа (например, ежемесячно или ежегодно). Здесь меньше оснований говорить о притворности. Но релевантной судебной практики и по таким сделкам нам не встречалось.

Если в реальном договоре займа, который предусматривает разовое предоставление займа, почему-то не установлен срок возврата займа, но согласован срок действия договора, данный срок следует, видимо, истолковать как срок возврата займа. В данной ситуации иной смысл такого положения договора просто немислим. Ситуация оказывается иной, если речь идет о консенсуальном договоре (и в частности, кредитной или заемной линии): здесь срок действия договора может иметь совсем другое значение, не сводящееся к сроку возврата займа (кредита), а именно – срок существования обязательства займодавца (банка) по выдаче займа (кредита).

1.2. Бессрочный заем и заем до востребования. Но что, если заем предоставлен, а срок возврата не установлен? В такой ситуации абз. 2 п. 1 ст. 810 ГК РФ исходит из того же режима, который возникает в случае, когда договор предусматривает исполнение возвратного обязательства до востребования. В обоих случаях заемщик будет находиться в состоянии подвешенности и ожидать выражения займодавцем воли на востребование возврата займа. Тот же подход отражен и в п. 1 ст. IV.F.—1:106 Модельных правил европейского частного права.

(а) Механика востребования возврата. После востребования начинает исчисляться льготный 30-дневный срок для исполнения заемщиком его обязательства. Эта норма является специальной по отношению к общему правилу об обязательствах до востребования (п. 2 ст. 314 ГК РФ), поэтому закрепленное в п. 2 ст. 314 ГК РФ правило о семидневном сроке не применяется. По прошествии 30-дневного льготного срока наступает просрочка заемщика, начинают начисляться проценты годовые по ст. 395 ГК РФ или согласованные пени, а также в силу п. 2 ст. 200 ГК РФ начинает течь исковая давность на взыскание долга (постановления Президиума ВАС РФ от 18 ноября 2008 г. № 3620/08, от 21 июля 2009 г. № 5586/09 и от 8 апреля 2014 г. № 19666/13).

Этот же режим применяется в тех ситуациях, когда в договоре займа не указан конкретный срок возврата, но есть указание на то, что договор действует до полного исполнения заемщиком своих обязательств, поскольку такое положение договора («до полного исполнения» и по-

добные) не является условием, определяющим срок в гражданском праве в соответствии со ст. 190 ГК РФ (Определение КГД ВС РФ от 17 апреля 2018 г. № 4-КГ18-8).

Само востребование является односторонней сделкой, совершаемой в рамках реализации секундарного (преобразовательного) права займодавец. Как и большинство подобных односторонних сделок, данная сделка требует восприятия, и к ней применяются правила ст. 165.1 ГК РФ. Соответственно, востребование по общему правилу будет считаться осуществленным с момента доставки соответствующего заявления заемщику. Льготный 30-дневный срок должен рассчитываться с момента доставки соответствующего заявления о востребовании возврата займа.

Судебная практика справедливо исходит из того, что волеизъявление на востребование может быть обнаружено и в подаче займодавцем иска о взыскании долга. Ведь истец направляет ответчику копию искового заявления, данное сообщение может приравниваться к востребованию (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 16324/10). К моменту рассмотрения дела судом по существу указанный 30-дневный срок неизбежно истечет и, если долг не был погашен, откроются условия для удовлетворения иска о взыскании долга.

В целом такой подход соответствует общим правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ о сроке исполнения обязательства при отсутствии согласованного срока в договоре. Отличие состоит лишь в том, что, если по общему правилу должник обязан исполнить обязательство в течение семи дней с момента востребования, в силу комментируемой статьи льготный срок на учинение востребованного исполнения составляет 30 дней.

(б) Возможность вернуть заем по инициативе заемщика. Из сказанного выше следует, что попытка заемщика вернуть заем, предоставленный без срока возврата или до востребования, ранее, чем займодавцем было осуществлено востребование, будет считаться досрочным возвратом займа и будет неправомерной в тех случаях, когда досрочный возврат займа без согласия займодавца невозможен с учетом правил п. 2 комментируемой статьи.

Как же следует поступать в ситуации, когда займодавец не желает востребовать возврат займа, все разумные сроки прошли, заемщик готов вернуть заем и не хочет более платить проценты? Комментируемый пункт не дает ответ на этот вопрос, но общее правило п. 2 ст. 314 ГК РФ, вполне здесь применимое, приводит нас к выводу о том, что в такой ситуации заемщик, не дождавшись востребования в течение разумного срока, может сам потребовать от займодавца принять испол-

нение. Из смысла данной нормы следует, что после заявления такого требования заемщик получает правовое основание для возврата займа. В такой ситуации попытка займодавца уклониться от получения займа будет квалифицироваться как просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ), а следовательно, заемщик может требовать возмещения убытков, не обязан платить проценты по займу за период уклонения займодавца от получения суммы займа (п. 3 ст. 406 ГК РФ).

Если заемщик может вернуть заем без участия займодавца, например перечислив деньги на известный счет займодавца, и при этом займодавец не востребует возврат займа в течение разумного срока, логично исходить из того, что заемщик получает право на погашение долга. Если объектом возвратного обязательства являются деньги или ценные бумаги, заемщик может также депонировать их у нотариуса по правилам ст. 327 ГК РФ. В то же время, видимо, логично исходить из того, что заемщик, прежде чем погасить невостребованный в разумный срок долг путем перечисления на счет займодавца или путем внесения в депозит нотариуса, должен предупредить о своем желании погасить долг займодавца и дать ему разумный срок на предоставление платежных инструкций о перечислении на тот или иной свой счет или на подготовку к принятию платежа наличными.

Но здесь следует помнить, что согласно п. 2 ст. 314 ГК РФ договор может блокировать право должника потребовать от кредитора востребовать исполнение. В такой ситуации в договоре разумно устанавливать конкретный срок такой блокировки. Иначе получается, что стороны сконструировали ситуацию вечной подвешенности и правовой неопределенности, при которой кредитор может в любой, сколь угодно отдаленный момент востребовать погашения долга, а должник освободиться от него не сможет. То же относится и к обязательству вернуть заем по востребованию. Подобная вечная правовая неопределенность и связанность вряд ли соответствовала подразумеваемой воле сторон. Впрочем, ситуация перестанет быть столь острой, когда 1 сентября 2023 г. судами начнет применяться норма п. 2 ст. 200 ГК РФ, согласно которой исковая давность по требованию о погашении долга, установленного до востребования или без срока исполнения, независимо от того, было ли исполнение востребовано, истекает по прошествии 10 лет с момента возникновения самого обязательства (в нашем случае — с момента выдачи займа). В принципе, с учетом этой нормы говорить о том, что отключение в договоре права должника потребовать от кредитора востребовать исполнение обрекает должника на состояние вечной подвешенности, сложно. По прошествии 10 лет возникает известная правовая определенность.

(в) *Диспозитивность правила о праве востребовать исполнение и «вечные» займы.* Следует отметить, что установленный в норме 30-дневный срок возврата займа после его востребования в силу прямого указания в данной норме является диспозитивным. Стороны могут установить иной срок (как меньший, так и больший), в течение которого заемщик должен погасить свой долг по договору займа с исполнением до востребования. Но указание в комментируемом пункте на право сторон согласовать иное может быть истолковано как касающееся не только возможности установления иного льготного срока погашения долга после востребования, но и самого права востребовать исполнение («В случаях, когда срок возврата договором не установлен или определен моментом востребования, сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение тридцати дней со дня предъявления займодавцем требования об этом, *если иное не предусмотрено договором*» (курсив мой. — А.К.)). Возможно ли такое толкование данной нормы, при котором закон допускает указание в договоре на бессрочное обязательство по возврату займа с усечением права займодавца востребовать исполнение?

Здесь возможны два решения. Согласно одному, договор, названный сторонами договором займа, следует признавать действительным в целом, а соответствующее условие о блокировании права востребования признавать ничтожным (п. 2 ст. 168, ст. 180 ГК РФ). Это возможно, если оговорку о праве сторон согласовать иное в комментируемой норме толковать ограничительно и относить только к возможности изменить установленный в норме льготный срок; тогда право востребовать исполнение следует считать императивно установленным, а условие договора, усекающее данное право, — ничтожным по п. 2 ст. 168 ГК РФ (в силу п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 противоречие условия договора норме, отражающей существо законодательного регулирования того или иного договора, влечет именно ничтожность соответствующего условия). Согласно второму подходу, такой договор в целом и данное спорное условие в частности следует признавать действительным, но сам договор квалифицировать не как заем (с учетом того, что квалифицирующему признаку возвратности займа данная сделка с учетом спорного условия не соответствует).

Какой вариант более адекватен? Здесь, как представляется, вопрос стоит решать дифференцированно.

Рассмотрим сначала конструкцию, в которой периодическое начисление процентов не предусмотрено. В рамках такой конструкции, если заемщиком является гражданин, который в силу п. 2 ст. 810 ГК РФ имеет право вернуть заем досрочно, а также если заемщиком является

иное лицо, но право досрочного возврата займа предоставлено ему договором, перекалфикация договора в безвозвратное предоставление в форме дарения или непоименованного аналога без *animus donandi* будет противоречить воле сторон, ведь дарение не предполагает право одаряемого произвольно вернуть дар. В такой ситуации логична квалификация договора в качестве займа. Но возможен ли бессрочный заем, в котором заемщику предоставлено право погасить долг, но за займодавцем право востребовать исполнение не признается? В контексте того, что в силу п. 2 ст. 200 ГК РФ по прошествии 10 лет с момента предоставления займа объективная исковая давность на возврат бессрочного займа однозначно истечет (эта норма начнет применяться с 2023 г.), допущение усечения права займодавца востребовать исполнение кажется крайне несправедливым и аномальным. Получается, что погашение долга окажется в полной власти заемщика, которому достаточно не возвращать долг 10 лет и затем быть уверенным, что его никогда востребовать по суду займодавец не сможет. В таких условиях, возможно, меньшим злом будет являться признание условия о блокировании права востребования ничтожным по п. 2 ст. 168 и ст. 180 ГК РФ. Впрочем, вряд ли кто-нибудь в мире заключит столь нелепый договор.

Если лицом, получившим финансирование, является юридическое лицо и право досрочного возврата договором не предусмотрено, это лицо не может произвольно вернуть заем. С учетом того, что такой договор блокирует и право лица, предоставившего финансирование, востребовать его возврат, возникает ситуация, когда возврат финансирования, предоставленного бессрочно, по инициативе любой из двух сторон заблокирован. Фактически получается, что договор вовсе не предполагает возврат имущества, ибо ни займодавец не может востребовать возврат, ни заемщик — его осуществить по своей инициативе. В такой ситуации созревают условия для квалификации договора не в качестве займа, а в качестве дарения или непоименованного аналога без *animus donandi*. Стороны, видимо, просто не имели в виду конструкцию займа, пусть и назвали свой договор займом. Здесь, соответственно, может всплыть вопрос о действительности такого договора в контексте запрета на дарение между коммерческими организациями по ст. 575 ГК РФ (при наличии *animus donandi*). Если такая угроза полной ничтожности нависает над договором, возможно, исходя из принципа *favor contractus*, менее болезненным для существования сделки было бы признание ничтожным опять же только условия договора, блокирующего право займодавца востребовать исполнение по п. 2 ст. 168 и ст. 180 ГК РФ. Впрочем, эти рассуждения также могут

показаться умозрительными, ибо трудно себе представить реальный договор, сконструированный столь нелепо.

Несколько по-иному может сложиться судьба бессрчного займа, по которому заблокировано право займодавца востребовать возврат займа и при этом законом или договором не предусмотрено и право заемщика произвольно вернуть заем, если договор одновременно предусматривает периодические выплаты начисленных процентов. Такие экзотические конструкции уже не являются порождением нашей фантазии и встречаются на практике в форме бессрчных («вечных») облигаций, по которым периодически выплачивается процент, а также субординированных бессрчных займов. Такие сделки встречаются и за рубежом, и в России. До сих пор обслуживаются таким образом некоторые выпущенные английскими банками в XVIII и XIX вв. долговые бумаги. Экономическая логика в такой сделке имеется. В рамках такой конструкции рано или поздно за счет выплаченных процентов займодавец вернет себе то, что он предоставил в заем.

Возможна ли такая конструкция, когда займодавец, предоставив заем, получает право бессрчно ежемесячно, ежеквартально или ежегодно получать некий процент от предоставленного финансирования, а заемщик обязуется его уплачивать согласно графику, но отдельный долг по возврату полученных денег не созревает никогда? Такая конструкция напоминает эмиссию акционерным обществом привилегированных акций с той лишь разницей, что сторона, предоставившая обществу финансирование, не становится акционером и не получает корпоративных прав, взамен получая гарантированное получение некоего фиксированного дохода до момента ликвидации заемщика.

Статья 25.1 Закона о банках и банковской деятельности допускает привлечение банками бессрчных субординированных займов, кредитов, вкладов или эмиссию ими бессрчных субординированных облигаций, в которых возврат долга по инициативе любой из сторон не может производиться без согласования с Банком России. Допустимость выпуска бессрчных облигаций и оформления иных бессрчных заемных договорных конструкций с ограничением прав сторон на возврат долга не банками, а иными участниками оборота пока российским законом не предусмотрена, но, насколько нам известно, такие бумаги российские компании выпускают через зарубежных партнеров, подчиняя эмиссию иностранному праву.

Пока релевантной судебной практики по такого рода конструкциям нет, но есть определенные сомнения в том, что их можно признавать относящимися к категории займа. Начисление процента в рамках займа происходит на тело долга, но в описанной конструкции

тела долга по возврату займа как такового нет, а значит, нет и базы для начисления процентов. Скорее, здесь следует говорить о некоем непоименованном договоре, в котором в обмен на предоставление безвозвратного финансирования гарантируется вечная выплата фиксированных сумм. В каком-то смысле эта сделка ближе к договору постоянной ренты, чем к займу. Очевидно, что правила о постоянной ренте писались из предположения о том, что плательщику постоянной ренты передается некое иное имущество (например, квартира), а не денежная сумма. Поэтому многие нормы о ренте здесь не вполне применимы (о требованиях к личности получателя ренты, о выкупе ренты и т.п.). В заданных условиях логичнее квалифицировать такой договор в качестве непоименованного договора, а соответствующую ценную бумагу если и регулировать в законе, то не в форме облигации, которая предполагает заемную природу отношений.

Квалификация такого экзотического договора в качестве займа окажется для самого договора не только искусственной, но и разрушительной. Дело в том, что, как уже отмечалось, с 1 сентября 2023 г. требования по бессрочным обязательствам начнут задавниваться по прошествии 10 лет с момента их возникновения. Соответственно, если такой бессрочный заем был предоставлен, скажем, в 2014 г., и мы для целей квалификации ежемесячных фиксированных выплат в качестве процента используем фикцию существования долга по возврату займа (который при этом никогда не надо будет возвращать), в 2024 г. объективная давность по этому виртуальному долгу по возврату займа истечет, а в силу п. 1 ст. 207 ГК РФ это повлечет автоматическое истечение давности и в отношении всех процентов. Соответственно, взыскать начисляемые в дальнейшем «проценты» просто не получится, ибо они будут начисляться изначально в заданном режиме.

Кроме того, трудно себе представить применение к таким конструкциям и многих других норм о займе и классических облигациях, в которых процент является дополнительным требованием, вытекающим из наличия основного базового требования по возврату займа.

Не спасает положение и то, что в подобных сделках может появиться условие о праве заемщика погасить долг по прошествии некоего определенного срока. Если договор дает возможность должнику по бессрочному обязательству по истечении определенного срока погасить долг, уже нельзя говорить об отсутствии как такового обязательства по возврату долга, но тот факт, что правом востребовать возврат не обладает кредитор, означает, что, по сути, данное обязательство носит натуральный характер. Вписывается ли такая экзотическая структура правоотношений в конструкцию займа, во-

прос не вполне очевидный. Прежде чем ответить на него, логично задаться вопросом, какой смысл заемщику добровольно погашать долг по прошествии 10 лет, если истечение такого срока с момента выдачи займа по правилам п. 2 ст. 200 ГК РФ приведет к истечению объективной давности по самому долгу, а следовательно, в силу п. 1 ст. 207 ГК РФ и давности по процентам, должнику куда выгоднее просто перестать платить «проценты», взыскать их кредитор уже не сможет. Иначе говоря, такого рода специфическая сделка с учетом российских жестких норм о давности по бессрочным обязательствам просто нежизнеспособна в рамках чуждой ей заемной квалификации, даже если договор дает должнику право погасить долг по своей воле по прошествии определенного срока. Поэтому логичнее если такие вечные, бесконечные обязательственные отношения и признавать (что само по себе представляет собой отдельный вопрос, достойный обсуждения в контексте общего неприятия вечных обязательственных связей в частном праве), то в рамках не заемной, а непоименованной договорной конструкции.

Но в общем и целом кажется куда более безопасным и удобным структурировать подобные сделки в качестве срочных займов, но с крайне длительным сроком погашения (например, 50 или 100 лет). Это снимает проблему спорной вечной обязательственной связи и исключает применение правил комментируемого пункта о востребовании исполнения, правил п. 2 ст. 314 ГК РФ о праве должника потребовать востребования, а также правил п. 2 ст. 200 ГК РФ об объективной 10-летней давности. То же касается и облигаций.

1.3. Отлагательное условие для погашения займа вместо срока. Статья 327.1 ГК РФ допускает постановку под условие исполнения отдельного обязательства по договору. Может ли быть таким условным обязательством и долг по возврату предоставленного займа? Если таким условием, запускающим некий период времени, по прошествии которого заем нужно вернуть, является предоставление займа по ранее заключенному консенсуальному договору, вопросов никаких в принципе не возникает, так как это условие права для возврата займа (т.е. возврат займа в силу правовых норм обусловлен его предоставлением). Но что, если таким условием является какое-то иное обстоятельство (например, обязуюсь вернуть заем, если цель привлечения заемного финансирования будет достигнута)? Здесь говорить о наличии в договоре срока возврата займа нельзя, так как условие, являясь обстоятельством, которое может никогда не наступить, не может заменить собой срок, эти феномены принципиально отличаются. При такой ситуации возникает ситуация вечной подве-

шенности: теоретически стороны могут попасть в ситуацию, когда они будут вечно находиться в ожидании наступления соответствующего отлагательного условия, запускающего созревание обязательства по возврату займа. В итоге кауза договора начинает потенциально бесконечно мерцать (то ли заем, то ли не запрещенное законом безвозвратное финансирование по типу дарения или непоименованного его аналога, не предполагающего *animus donandi*). Как право должно относиться к такой конструкции?

Ситуация вечной правовой неопределенности, как уже неоднократно отмечалось, противна гражданскому праву и вряд ли могла подразумеваться сторонами. Поэтому участникам таких сделок рекомендуется всегда предусматривать в договоре срок, по прошествии которого условная правовая связь должна прекращаться тем или иным образом: либо окончательным отпадением долга по возврату займа (за исключением случаев, подпадающих под запрет дарения по ст. 575 ГК РФ), либо созреванием такого долга, несмотря на ненаступление условия. Если же стороны не зафиксировали в договоре такой срок и механизм прекращения подвешенности, возможны два решения.

Так как в договоре с условным обязательством по возврату займа нет срока возврата займа, можно применять правила комментируемого пункта, квалифицировать договор в качестве бессрочного займа и предоставить займодавцу право востребовать возврат займа в любой момент (хоть через пару недель после предоставления), а заемщик будет обязан вернуть заем в течение 30 дней после востребования возврата. Это решение строго следует букве закона и карает стороны за пробел в отношении срока ожидания наступления условия, но, как представляется, противоречит подразумеваемой воле сторон. В течение определенного времени они явно были готовы ожидать наступления условия.

Поэтому, возможно, более гибким является иное решение. Его суть состоит в том, чтобы восполнить пробел в договоре насчет срока ожидания наступления условия посредством подразумеваемого разумного срока. Соответственно, если стороны прямо не оговорили конкретный срок ожидания наступления отлагательного условия для возврата займа, следует считать, что они подразумевали разумный срок, и займодавец не может востребовать возврат займа немедленно после его выдачи. Продолжительность разумного срока может выводиться из принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ) и конкретных обстоятельств. Например, если возврат займа был обусловлен окончанием строительства некоего объекта, на финансирование строительства которого заем предоставлялся, логично

восполнить пробел в отношении срока ожидания наступления условия путем обращения к планируемым срокам строительства. По окончании же такого разумного срока должно подразумеваться наступление правовой определенности. Так как стороны выбрали заем как договорную модель, предполагающую возвратность финансирования, а также с учетом того, что дарение все-таки является несколько атипичной конструкцией, логично придерживаться презумпции того, что стороны имели в виду, что рано или поздно заем должен возвратиться. Соответственно, если отлагательное условие для возврата займа не наступает в течение разумного срока, займодавец должен получать право востребовать заем по правилам комментируемого пункта. Иначе говоря, возвратность предоставления должна презюмироваться. Выводить из толкования договора волю сторон на окончательное отпадение возвратного обязательства можно, если это прямо указано в договоре. Поскольку в договоре стороны ничего про списание долга не написали, следовательно, долг автоматически не может списываться, и у кредитора появляется право на его востребование.

В принципе, можно допустить, что в некоторых редких ситуациях вариант списания долга при ненаступлении отлагательного условия для возврата займа в течение разумного срока может применяться и при отсутствии прямого указания на прекращение долга в договоре, если этот вариант явно вытекает из существа отношений сторон и обстоятельств заключения договора. Например, если в расписке, оформившей предоставление в заем одним родственником другому некоей суммы на оплату лечения выявленного у последнего тяжелого смертельного заболевания, указано, что вернуть заем надо будет, только если заемщик излечится и восстановит трудоспособность, из существа отношений следует, что стороны, скорее всего, имели в виду, что при ненаступлении условия долг списывается. Но если похожая сделка заключена между коммерсантами, в отношениях между которыми дарение запрещено, а безвозвратные имущественные предоставления крайне атипичны, логичнее придерживаться общей презумпции подразумеваемой возвратности: если стороны прямо не зафиксировали в договоре иное, по умолчанию по прошествии разумного срока заемный долг должен возвращаться.

При этом если в договоре установлен обычный срок возврата займа, но предусмотрено отменительное условие, наступление которого влечет автоматическое списание долга, говорить о бессрочности займа невозможно, проблема вечной подвешенности отношений сторон не возникает, а правила комментируемого пункта о востребовании возврата займа не применяются. У сторон есть четкий горизонт

ожидания исполнения, и отношения сторон достаточно определены. Если до момента учинения возврата займа наступает отменительное условие, долг просто прекращается. То же имеет место и тогда, когда в договоре не установлен срок для исполнения обязательства, но оговорено отменительное условие: здесь займодавец может востребовать исполнение по правилам комментируемого пункта, но если до момента возврата займа наступило условие, долг прекращается. Вместе с тем в обеих этих ситуациях проявляется проблема мерцания каузы и возможной трансформации договорных правоотношений из классических заемных в отношения по безвозвратному отчуждению имущества, что возможно в российском праве не всегда с учетом правила ст. 575 ГК РФ о запрете дарения в отношениях между коммерческими организациями. О подобной конструкции см. подп. «ж» п. 1.4 комментария к ст. 807 ГК РФ.

1.4. Иные требования к порядку исполнения обязательства заемщика. В части, не противоречащей специальным нормам о займе, к порядку исполнения возвратного обязательства заемщика подлежат применению общие правила ГК РФ об исполнении обязательства (например, ст. 315, 316, 317, 319, 319.1, 327 и т.п.).

Стороны могут договориться о возврате займа единовременным представлением (например, платежом) или установить график погашения тела долга. В силу ст. 311 ГК РФ займодавец вправе не принимать от заемщика исполнение долга по частям, если такой порядок погашения займа не установлен в договоре. В то же время следует иметь в виду, что из существа некоторых отношений следует, что уклонение от принятия частичного исполнения является злоупотреблением правом. Это, в частности, согласно позиции ВС РФ, относится к ситуации, когда должник пытается погасить по частям созревший денежный долг (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Выведение денежных обязательств из-под действия ст. 311 ГК РФ может вызывать споры, но обсуждение данного вопроса выходит за рамки комментария к данной статье. Если отказ принимать частичное исполнение по денежному обязательству заемщика квалифицируется как злоупотребление правом, уклонение от принятия платежа будет означать просрочку кредитора. Следует, впрочем, уточнить, что речь здесь идет о погашении долга, по которому наступил срок исполнения. Вопрос о досрочном исполнении решается не в рамках ст. 311 ГК РФ, а в соответствии с правилами ст. 315 ГК РФ, в случае же займа — по правилам п. 2 ст. 810 ГК РФ (подробнее см. комментарий к этой норме).

Применение правил ст. 312 ГК РФ означает, что заемщик, учиняющий исполнение обязательства по возврату займа, вправе удостове-

ряться в полномочиях лица, принимающего от имени займодавца исполнение, и вправе не передавать имущество для предоставления надлежащих доказательств наличия полномочий. Таким доказательством может быть, в частности, доверенность на получение денег от заемщика (при этом в силу ст. 312 ГК РФ за рядом исключений заемщик может потребовать предъявления ему нотариально удостоверенной доверенности и не рискует попасть в просрочку, если он не передал имущество лицу, которое не смогло предоставить такую доверенность в подтверждение своих полномочий). Также из данной статьи следует, что риск ошибочной передачи имущества не самому займодавцу, указанному им лицу или не уполномоченному им представителю лежит на заемщике.

В силу ст. 313 ГК РФ заемщик по общему правилу, если иное не предусмотрено договором, вправе возложить исполнение своего обязательства по возврату займа на третье лицо; займодавец в такой ситуации обязан принять имущество, передаваемое ему за заемщика таким третьим лицом. Чаще всего такое третье лицо исполняет просьбу заемщика в силу того, что само имеет однородный долг перед заемщиком и, платя за заемщика, тем самым погашает не только долг заемщика перед займодавцем, но и свой долг перед заемщиком. Но не исключена и ситуация, когда погашение долга заемщика для третьего лица обусловлено тем, что он сам является займодавцем в отношении заемщика по другому договору займа (кредита). Так, например, заемщик в целях погашения своего долга по кредиту может заключить договор кредита с другим банком, который на основании письма такого заемщика или в силу прямого указания в их договоре выдает кредит путем погашения долга заемщика перед первым банком. Кроме того, из достаточно спорных п. 2 и п. 5 ст. 313 ГК РФ следует, что любое третье лицо может погасить денежный просроченный долг заемщика перед займодавцем (банком) и в силу суброгации перевести на себя требование о возврате займа, не дожидаясь возложения от самого заемщика и не вступая в переговоры о приобретении требования с займодавцем. Судебная практика допускает такое развитие событий, если интервенция произошла не позднее введения процедуры наблюдения в отношении заемщика (Обзор судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства, утвержденный Президиумом ВС РФ 20 декабря 2016 г.), а также если в действиях интервента, «перехватывающего» требование займодавца к заемщику, нет признаков злоупотребления правом (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В силу ст. 316 ГК РФ, если заемщик обязан вернуть денежный заем наличными, такое обязательство при отсутствии в договоре указания об ином должно исполняться в месте жительства или нахождения займодавца. Несколько более запутанная ситуация возникает в случае, когда речь идет о возврате движимых вещей: применение правил ст. 316 ГК РФ будет означать, что при отсутствии в договоре указания на конкретное место исполнения и перевозку вещей последние должны передаваться займодавцу в месте их хранения, если о таком месте займодавец был оповещен, а при отсутствии такого оповещения – в месте нахождения заемщика. Из этого следует, что займодавец должен вывозить данные вещи со склада заемщика или его квартиры или офиса своими силами. Но данные правила применяются, если иное не следует из договора, обычаев или существа обязательства. Так что здесь быть абсолютно уверенным в исходе спора о месте исполнения обязательства (что косвенно означает спор о том, за чей счет и чьими силами должна осуществляться транспортировка вещей) нельзя. Соответственно, сторонам рекомендуется обязательно обсудить этот вопрос при согласовании договора и оговорить его решение в тексте контракта.

В силу ст. 319 ГК РФ при внесении заемщиком платежей, недостаточных для покрытия всех его созревших денежных обязательств перед займодавцем по договору (в том числе тела долга, процентов, штрафных санкций), уплаченные средства в первую очередь идут в погашение процентов по займу (кредиту), после их полного погашения – в счет тела основного долга или той его части, срок исполнения которой созрел, и в самую последнюю очередь в счет начисленных пеней или процентов годовых по ст. 395 ГК РФ. По смыслу закона заемщик не может своей волей произвольно менять атрибуцию своих платежей, совершаемых в рамках отношений по договору займа. При этом судебная практика считает возможным согласование сторонами приоритетного погашения тела основного долга по отношению к начисленным процентам, но исключает свободу сторон в установлении приоритетного погашения начисленных неустоек или процентов за просрочку по ст. 395 ГК РФ (подробнее по данным вопросам см.: п. 1–2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Определение КГД ВС РФ от 25 апреля 2017 г. № 46-КГ17-4). Об особенностях решения той же проблемы атрибуции платежей применительно к погашению потребительского кредита (займа) см. нормы ч. 20 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе), которые, судя

по всему, являются императивными. В отношении обоснованности запрета на договорный пересмотр очередности погашения штрафных санкций см. также комментарий к п. 1 ст. 811 ГК РФ.

Факт надлежащего исполнения обязательства заемщика может документироваться соответствующими актами или расписками. Подробнее см. комментарий к п. 3 настоящей статьи.

Более подробный разбор специфики применения общих правил об исполнении обязательства к обязательству заемщика вернуть заем выходит за рамки настоящего комментария.

1.5. Безакцептное списание. Договор кредита может предоставлять банку право безакцептного списания денег с открытого в том же банке счета заемщика (п. 2 ст. 854 ГК РФ, подробнее см. комментарий к данной норме). В такой ситуации заемщик будет считаться предложившим надлежащее исполнение, если в означенную дату на счете заемщика имеется достаточный остаток денежных средств. Если банк по каким-то причинам не воспользовался своим правом списать деньги со счета, имеет место просрочка кредитора: долг заемщика остается непогашенным, но заемщик, как представляется, не должен нести ответственность за просрочку в возврате кредита и не должен платить проценты за использование кредита, а также вправе взыскать с банка убытки в силу п. 3 ст. 405 и ст. 406 ГК РФ. Впрочем, однозначной судебной практики в подтверждение такого подхода пока нет. Поэтому заемщику во избежание споров рекомендуется давать банку распоряжение о списании со своего счета соответствующей суммы в счет погашения кредитной задолженности, не дожидаясь реализации банком своего права на безакцептное списание.

Согласно судебной практике, если договор предусматривал в качестве способа погашения кредита внесение денег на открытый счет заемщика в данном банке и списание банком с этого счета соответствующей суммы по графику платежей или в связи с досрочным погашением кредита, заемщик внес на счет соответствующую сумму, но банк неправоммерно уклоняется от ее списания и продолжает числить за заемщиком кредитную задолженность, банк ведет себя точно неправоммерно. Волеизъявление заемщика на погашение кредита было выражено достаточно недвусмысленно в форме реализации условий договора о порядке погашения кредитного долга. В таком случае, если банк уклоняется от безакцептного списания, заемщик точно не может считаться впавшим в просрочку. Если банк после поступления средств на счет заемщика в счет погашения кредитной задолженности впадает в банкротство и отказывается проводить безакцептное списание со счета заемщика, заемщик согласно позиции ВС РФ вправе требовать

по суду признание его долга погашенным (Определение КГД ВС РФ от 5 июня 2018 г. № 11-КГ18-5).

Есть основания думать, что безакцептное списание банком с открытого в том же банке счета заемщика суммы, составляющей задолженность заемщика по возврату кредита и уплаты процентов, очень похоже на зачет: у банка имеется денежный долг перед заемщиком на сумму денежного остатка по его счету, а у заемщика — долг перед банком по возврату кредита и уплате процентов, а безакцептное списание отражает волеизъявление банка на взаимное погашение этих однородных долгов. Такая позиция была поддержана в Определении КГД ВС РФ от 31 июля 2018 г. № 7-КГ18-13. Но несколько ранее в вышеуказанном Определении КГД ВС РФ от 5 июня 2018 г. № 11-КГ18-5 подобная квалификация отношений была отвергнута. Этот вопрос имеет принципиальное значение в ситуации, когда банк впадает в банкротство. Согласно российскому законодательству, зачет в ходе осуществления процедур банкротства невозможен (п. 1 ст. 63 Закона о несостоятельности (банкротстве), ст. 20 Закона о банках и банковской деятельности, п. 22.10 Положения о временной администрации по управлению кредитной организацией, утвержденного Банком России 9 ноября 2005 г. № 279-П). Соответственно, если придерживаться зачетной теории, банк, попав под процедуры банкротства, просто не может осуществить безакцептное списание со счета заемщика, открытого в том же банке, и будет требовать погашения долга или продавать его с торгов, а клиенту-заемщику придется устанавливаться в реестре требований кредитора банка на сумму причитающегося ему денежного остатка по счету или удовлетворяться за счет обращения к механизму обязательного страхования вкладов. Данный вопрос в судебной практике возникает, но пока однозначно не разрешен.

Против зачетной квалификации имеются определенные контраргументы. Например, долг банка перед клиентом в пределах остатка по счету носит характер «до востребования». Безакцептно списывая со счета сумму, равную своим притязаниям к клиенту, банк как бы принуждает клиента к востребованию, что не вполне нормально. Это не ставит под сомнение саму законность безакцептного списания, если оно осуществляется на основании условий договора или закона, но заставляет задуматься над тем, идет ли здесь речь о классическом зачете. Впрочем, этот нюанс сам по себе вряд ли исключает зачетную теорию безакцептного списания. Ведь стороны своим соглашением могут скорректировать общие условия для зачета: устанавливая в договоре право безакцептного списания долга заемщика со счета в том же банке, стороны как раз и корректируют эти общие условия. Как

бы то ни было, указанные нюансы зачета, осуществляемого в форме безакцептного списания, *сами по себе* вряд ли достаточны для того, чтобы вывести такой инструмент из-под действия запрета на зачет в банкротстве. Но здесь следует сделать две оговорки.

Во-первых, сам запрет на зачет в банкротстве вызывает множество споров. Многие ученые в принципе настаивают на необходимости отмены этого запрета. Есть и компромиссная точка зрения, согласно которой такой запрет следует сохранить, но толковать ограничительно и не применять к тем ситуациям, когда право на зачет входило в структуру договорной программы взаимоотношений сторон, и, заключая договор, стороны всерьез полагались на возможность погашения своих притязаний за счет зачета. Такая ситуация как раз и имеет место в случае с кредитом. Идя на заключение договора кредита, содержащего условие о безакцептном списании кредитного долга со счетов заемщика в том же банке и обслуживая свои расчеты через открытые в банке счета, заемщик мог разумно полагаться на то, что его задолженность будет погашаться банком путем списания средств со счета, это предположение входит в программу договорного правоотношения. В таких условиях имеются определенные аргументы в пользу того, чтобы допускать безакцептное списание в такой ситуации (т.е. фактический зачет). Более того, как представляется, заявление о таком зачете может сделать сам заемщик, после чего банк должен осуществить дебетование счета заемщика на соответствующую сумму. Но последнее по времени акты ВС РФ пока по этому пути не идут и блокируют право банка на безакцептное списание, подводя его под запрет зачета (Определение КГД ВС РФ от 31 июля 2018 г. № 7-КГ18-13, об одном важном исключении см. ниже).

Во-вторых, уж точно заемщик должен быть защищен в ситуации, когда сам договор кредита предусматривал внесение долга по кредиту на счет заемщика, открытый в том же банке. В такой ситуации если заемщик вносит долг на открытый в банке специально для этого счет, заемщик выразил свою волю на зачет в момент внесения денег на счет специально для погашения кредита. Если это произошло до открытия против банка дела о банкротстве, заемщик не должен пострадать. Если банк не успел списать эту внесенную заемщиком сумму со счета и впал в банкротство, запрет на зачет применяться не может, банк вправе произвести списание со счета, а долг следует считать погашенным. Такую позицию поддерживает и ВС РФ (Определение КГД ВС РФ от 5 июня 2018 г. № 11-КГ18-5). Иначе получается абсурдная ситуация: ведь деньги на счете оказались исключительно потому, что заемщик внес туда средства для целей погашения кредита.

1.6. Проблема «связанного кредита». Очень сложный и пока не разработанный в российском праве вопрос возникает в ситуации, когда банк, работая в тесной коллаборации с продавцами, подрядчиками и исполнителями, предлагающими свои товары, работы или услуги потребителям (далее – продавцы), финансирует такие потребительские сделки на основании договоров, заключаемых банком с потребителями. Обычно между банком и соответствующим продавцом заключается договор, опосредующий такое сотрудничество (договор о совместной деятельности, агентский договор и т.п.), в рамках которого менеджеры продавца предлагают потребителям финансовую услугу банка-партнера по предоставлению целевого займа для приобретения (заказа) желанных товара, работ или услуг. При этом сами кредитные договоры с потребителями от имени банка могут заключать сотрудники соответствующего продавца, которые продают свой товар в едином пакете с кредитом данного банка, или в соответствующей точке продаж располагается рабочее место сотрудника банка, занимающегося оформлением кредитов «на месте», или даже мини-офис банка. По сути, продавец в целях увеличения объема продаж предлагает потребителю, желающему купить тот или иной товар, но испытывающему бюджетные ограничения, свой товар в пакете с конкретным кредитным продуктом от соответствующего партнерского банка и помогает в его оперативном заключении, действуя на основе некоего соглашения с банком.

В такой ситуации принято говорить о том, что договор кредита и финансируемый с его помощью потребительский договор купли-продажи (подряда, оказания услуг) являются связанными договорами (*linked contracts*), а договор кредита, оформляемый единым пакетом с договором купли-продажи, обычно именуется связанным кредитным договором (*linked credit agreement*). Сумму кредита банк либо направляет по поручению потребителя (заемщика) напрямую на счет продавца, либо зачисляет на счет потребителя, открываемый тут же в данном банке, и через юридическую секунду списывает по оформленному заранее поручению потребителя и переводит на счет продавца.

Проблема возникает тогда, когда потребитель после перевода денег на счет продавца сталкивается с нарушением последним своих обязательств по договору. Так, если потребитель, не получив от продавца согласованного исполнения, настаивает на реальном исполнении договора (например, ожидает передачи товара, доставка которого была просрочена, требует устранить дефект в переданном товаре или заменить товар), он в течение достаточно длительного времени может быть вынужден платить проценты банку, не имея возможности полноценно

использовать то, что партнер банка обещал ему передать. Также в ряде случаев из-за нарушения договора у потребителя может возникнуть право на соразмерное уменьшение цены или полный возврат уплаченной цены в связи с отказом от договора. Если продавец немедленно удовлетворит такое требование, соответствующая сумма будет возвращена потребителю, и он может досрочно погасить кредит в целом или в части, используя предусмотренное в п. 2 ст. 810 ГК РФ право досрочно погасить кредит. Но что, если такие требования удовлетворены немедленно не будут, и потребителю придется судиться с продавцом? Все это время он будет вынужден платить банку проценты. Не логичнее ли в обоих случаях возложить такой риск на банк и освободить заемщика от уплаты процентов в целом или в соответствующей части в указанный период? Если бы договор кредита и договор купли-продажи друг с другом не были столь тесно связаны, и кредитный продукт не продавался потребителю в едином пакете с предметом купли-продажи, ответ должен быть однозначно отрицательным. Но что, если речь идет действительно о связанных контрактах, выступавших элементами единого потребительского продукта (точнее, одной из предлагаемых его опций)?

Наконец, переходя собственно к теме погашения самого заемного долга, следует отметить, что, если в целом двинуться по пути защиты потребителя от последствий формального разрыва судьбы его кредитных обязательств и динамики исполнения по основному договору купли-продажи, есть все основания подумать над тем, чтобы а) вовсе освободить потребителя от долга перед банком в целом, если потребитель впоследствии столкнется с банкротством продавца (подрядчика, исполнителя) и так и не сможет получить обещанный товар (работы или услуги) и вернуть уплаченные за счет кредита средства в связи с правомерным расторжением договора, и б) освободить на случай подобного банкротства потребителя от долга в части, соразмерной неудовлетворенным требованиям потребителя о возврате части цены в связи с соразмерным ее снижением или о возмещении возникших убытков.

Во многих странах ЕС банк, выдавший такой «связанный кредит», считается принявшим на себя риски неисправности в поведении продавца (подрядчика, исполнителя), с которым они в тесном и постоянном сотрудничестве работают, обслуживая потребителей по тем или иным видам предлагаемых продуктов. На этот счет имеется Директива Европейского парламента и Совета ЕС от 23 апреля 2008 г. № 2008/48/ЕС о договорах потребительского кредитования и отмене Директивы Совета ЕС 87/102/ЕЭС, которая в положениях п. 37–38

Преамбулы, а также ст. 3(н) и 15 самой Директивы устанавливает в общих чертах режим защиты потребителя в подобной ситуации. Каждая из стран ЕС детализировала эту доктрину на уровне своего национального законодательства. Некоторые страны признают банк солидарно или субсидиарно ответственным за все убытки, которые неисправность постоянного партнера причиняет потребителю.

Вариантов регулирования проблемы связанных кредитов достаточно много. Так что российскому праву еще предстоит решить, по какому пути идти. Но очевидно, что даже до реформы законодательства судебная практика может начать нащупывать те или иные справедливые решения за счет применения общих принципов права, включая принцип добросовестности. В частности, если в целом наше право поддержит европейскую идею защиты потребителя на случай связанного кредитного договора, суды могут начать признавать недобросовестным со стороны банка настаивать на возврате кредита, выданного в офисе автосалона, с которым у банка имеется партнерское соглашение об обслуживании потребителей, в ситуации, когда автомобиль, за который были внесены деньги за счет кредита, был в итоге потребителю не передан или после передачи в нем были обнаружены существенные дефекты, дающие потребителю право на отказ от договора, потребитель такое право реализовал, но вернуть деньги не смог в связи с банкротством автосалона. Иначе говоря, определенное нормативное обоснование может быть найдено в ст. 10 ГК РФ. Есть и иной возможный путь: если квалифицировать отношения между банком и продавцом в качестве совместной деятельности, банк может оказаться ответственным перед потребителем солидарно с продавцом за неисполнение последним его обязательств (п. 2 ст. 1047 ГК РФ), что позволит потребителю погасить свой долг по кредиту зачетом. Но, безусловно, данный вопрос более рационально решать на уровне закона.

С содержательной же точки зрения определенная логика в такой защите потребителя, как представляется, имеется. Право должно размещать подобные риски на том, кто ближе к его источнику и может сравнительно проще осуществлять мониторинг риска и управлять им. Очевидно, что в описанной ситуации таким «лучшим носителем риска» является не потребитель, а банк, выбравший себе в качестве партнера конкретного продавца и совместно с ним обслуживающий потребителя, предлагая комбинированный продукт (продажа с кредитом).

Впрочем, детали данной доктрины связанных кредитов должны прорабатываться со всей тщательностью. В рамках настоящего комментария идею можно обозначить лишь в самых общих чертах.

Остается только отметить, что подобная защита заемщика оправдана в основном в ситуации, когда им является потребитель. Вряд ли аналогичное решение было бы оправданно при кредитовании коммерсантов, даже если банк и соответствующий продавец (подрядчик, исполнитель) связаны какими-либо партнерскими договорными отношениями.

1.7. Досрочное погашение кредитного долга и судьба дополнительных сделок, заключенных заемщиком в связи с заключением кредитного договора. Нередко заемщик, привлекая кредит, заключает с банком или третьим лицом некий дополнительный контракт, потребность в котором обусловлена получением кредита. Иначе говоря, здесь также наблюдается феномен связанных контрактов, но в отличие от ситуации, описанной в предыдущем пункте комментария, не кредит выдается в связи с заказом тех или иных услуг, а соответствующие услуги заказываются (или иные договоры заключаются) заемщиком в связи с заключением кредитного договора. Заемщик платит по этому дополнительному контракту за весь срок кредита (либо одновременно при заключении кредитного договора, либо в виде периодических платежей), но в случае досрочного погашения кредита у заемщика возникает интерес вернуть уплаченные авансом средства за период после досрочного погашения кредитного долга или в дальнейшем прекратить платить периодические платежи по дополнительному контракту. Теоретически то же может касаться и договоров займа (например, микрофинансового).

Очевидно, что проблема прежде всего проявляется в ситуации, когда эти дополнительные контракты заключаются с самим банком (займодавцем) или аффилированным с ним третьим лицом.

О каких ситуациях чаще всего идет речь?

Во-первых, речь может идти о дополнительных услугах, оказываемых банком заемщику в связке с кредитным договором (например, подключение и обслуживание системы интернет-банкинга, выпуск и перевыпуск в случае утраты кредитной карты, СМС-оповещения, предоставление индивидуального курса конвертации, VIP-обслуживание клиента в связи с операциями по ординарному банковскому счету и т.п.). При досрочном погашении кредита подобные услуги могут вовсе лишиться смысла, и тогда отношения по этим услугам должны неминуемо прекращаться в связи с досрочным возвратом кредита (если только речь не идет о кредитной линии, при которой у банка остаются обязательства перед заемщиком и, соответственно, отношения между сторонами по поводу кредитования не прекращаются). Можно обсуждать, должен ли соответствующий дополнительный контракт прекращаться автоматически, или у заемщика должно

возникать право на произвольный отказ от такого договора по правилам п. 1 ст. 782 ГК РФ.

Но что, если подобные дополнительные услуги мыслимы и при отсутствии кредитного долга? В такой ситуации прекращение отношений по поводу таких услуг точно должно зависеть от воли заказчика-заемщика. Если последний теряет интерес к таким услугам в связи с досрочным погашением кредита, он может пожелать от них отказаться и вернуть уплаченную авансом цену не оказанных к моменту досрочного возврата кредита услуг или прекратить вносить периодические за них платежи за период после погашения кредита.

Правовое основание такого вывода следующее: потребитель в силу ст. 32 Закона о защите прав потребителей и п. 1 ст. 782 ГК РФ вправе отказаться от исполнения договора об оказании подобных услуг в любое время при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, связанных с исполнением обязательств по данному договору. В принципе, на основании п. 1 ст. 782 ГК РФ то же право имеет и заемщик, не являющийся потребителем (Определение КГД ВС РФ от 18 сентября 2018 г. № 49-КГ18-48, п. 14 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите прав потребителей, связанным с реализацией товаров и услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ 17 октября 2018 г.).

При этом очевидно, что в договоре потребительского займа или кредита на потребителя, реализующего право на досрочный возврат кредита, не может быть возложено финансовое бремя, превышающее покрытие понесенных расходов (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей). В контексте иных договоров п. 1 ст. 782 ГК РФ должен толковаться как диспозитивный в части возможности установления обязанности осуществления заказчиком иных выплат в адрес исполнителя на случай реализации заказчиком права на отказ, в том числе покрытия всех убытков (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

Непроясненным пока является вопрос о возможности полного блокирования в договоре права заказчика-заемщика, являющегося коммерсантом, отказаться от потерявших для него ценность услуг (в том числе в описанной ситуации, когда услуги носят дополнительный по отношению к самому кредиту характер). ВАС РФ такой вариант отступления от нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ прямо не легализовывал. Есть точка зрения, что заказчик-коммерсант не может в заключенном договоре лишиться права на отказ от договора оказания услуг. Эта неопределенность касается и описанной ситуации, когда услуги дополняют основное правоотношение по кредитованию, но при этом

не лишаются полностью смысла при досрочном возврате кредита. Может ли договор между банком и заемщиком блокировать право заемщика-коммерсанта отказаться от пока еще не оказанных дополнительных услуг, потерявших для него интерес в связи с досрочным возвратом кредита? Вопрос в российском праве пока вызывает споры.

В принципе, сделанные выше выводы в равной степени применимы и к тем случаям, когда исполнителем по таким дополнительным услугам является не сам банк, а некое связанное с ним или сотрудничающее с ним в плане обслуживания заемщика лицо. Правило п. 1 ст. 782 ГК РФ, дающее заказчику право на немотивированный отказ заказчика от договора оказания услуг, в подобных случаях позволяет заемщику прекратить отношения по оказанию и оплате потерявших всякий смысл или утративших для заемщика ценность дополнительных услуг.

Во-вторых, нередко банки предлагают заемщикам заключить договор страхования жизни, утраты трудоспособности или работы со страховой компанией, обычно тесно сотрудничающей с банком или вовсе аффилированной с ним. Если в договоре страхования выгодоприобретателем является не банк, а сам заемщик, судебная практика не допускает возврат пропорциональной части страховой премии в связи с досрочным возвратом кредита, так как после погашения кредитного долга страховой риск не прекратился (Определение КГД ВС РФ от 28 августа 2018 г. № 44-КГ18-8). Но нередко по условиям договора страхования выгодоприобретателем является сам банк, а заемщик выступает страхователем или застрахованным лицом. При этом нередко согласно условиям договора сумма страхования по мере погашения кредита снижается и оказывается всегда равной сумме непогашенного долга заемщика, а срок страхования равен сроку кредитования¹. При наступлении оговоренных страховых случаев страховщик выплачивает страховое возмещение банку, что влечет погашение кредитного долга заемщика. Если страхователь уплатил страховую премию, рассчитанную за весь согласованный в договоре период кредитования, при досрочном погашении кредита смысл в страховой защите для банка теряется, так как утрачивается страховой интерес банка в получении страхового возмещения, и заемщик нередко заявляет страховой ком-

¹ То, что банк предлагает заключение договора страхования жизни, вызывает сомнения, поскольку *de facto* такое страхование защищает риск заемщика, связанный с невозвратом кредита (т.е. риск ответственности по договору), и (или) риск банка, связанный также с невозвратом кредита (т.е. предпринимательский риск банка). Применение в данном случае договора страхования жизни вызвано рядом ограничений, среди которых ст. 932 ГК РФ, запрещающая страхование договорной ответственности.

пании требование о возврате части уплаченной страховой премии пропорционально тому периоду, в течение которого договор страхования действовал бы, не будь кредит погашен досрочно.

В соответствии с п. 2 ст. 958 ГК РФ страхователь может произвольно досрочно отказаться от договора, но в силу п. 3 той же статьи страхователь в этом случае не вправе потребовать возврата уплаченной страховой премии. В то же время в силу п. 1 ст. 958 ГК РФ договор страхования прекращается до наступления срока, на который он был заключен, если после его вступления существование страхового риска прекратилось по обстоятельствам иным, чем страховой случай. В силу п. 3 той же статьи в таком случае страховщик имеет право на часть страховой премии пропорционально времени, в течение которого действовало страхование, остальное он должен вернуть. Досрочное погашение кредита прекращает страховой риск (банк, получив назад кредитные средства от заемщика, теряет экономическую основу для компенсационных притязаний к страховщику), а следовательно, в силу п. 1 ст. 958 ГК РФ прекращается и договор страхования. Это, по мнению ВС РФ, дает заемщику право потребовать на основании п. 3 ст. 958 ГК РФ возврата уплаченной страховой премии за вычетом той части, которая соразмерна периоду, когда договор страхования действовал (Определение КГД ВС РФ от 22 мая 2018 г. № 78-КГ18-18).

Обратное в практике ВС РФ признается в тех случаях, когда заключение договора страхования для потребителя было абсолютно добровольным и при этом по условиям договора при досрочном погашении кредита выгодоприобретателем вместо банка становится сам заемщик (определения КГД ВС РФ от 6 марта 2018 г. № 35-КГ17-14 и от 13 февраля 2018 г. № 44-КГ17-22). В такой ситуации в случае утраты заемщиком трудоспособности или работы либо его смерти страховой риск не утрачивается и страховое возмещение при наступлении страхового случая получают именно он или его наследники. В данных обстоятельствах Суд не признает страховой риск прекратившимся и отказывает в возврате соответствующей части страховой премии. Насколько такое исключение обоснованно, вопрос дискуссионный. Если заемщику страхование действительно не навязывалось и он мог получить кредит в банке по той же процентной ставке и без страхования, и при этом условие о переносе прав выгодоприобретателя на самого заемщика (или на его наследников при страховании жизни) на случай погашения кредита было доведено до сведения заемщика и стало частью договора, сохранение страхового договора можно признать оправданным. По сути, в таком случае страхование при досрочном погашении кредита меняет свою каузу: до погашения оно носит обеспечительный характер,

а после — становится обычной финансовой «услугой», оказываемой бывшему заемщику непосредственно. Если эта трансформация каузы ясно объяснена заемщику и есть уверенность, что он шел на заключение договора с подобным условием осознанно, видимо, нет оснований ограничивать действие принципа *pacta sunt servanda*.

Более спорный характер имеет ситуация, когда заемщик не мог получить в банке кредит без подключения к соответствующей страховой программе или ставка кредита без страхования оказалась бы выше и очевидно, что заключение договора не произошло бы, не обратись заемщик в банк за кредитом. Некоторые могут заявить, что в такой ситуации несправедливо сохранять договор страхования вопреки воле погасившего долг заемщика. Впрочем, вопрос не вполне очевиден. Почему тот факт, что банк предлагал повышенную ставку при кредитовании без страховой защиты, лишает силы ясно изложенное и осознанно принятое заемщиком условие о трансформации каузы договора с обеспечительной на классическую на случай досрочного погашения кредита? Настолько ли данное условие несправедливо, чтобы имелись основания для блокирования договорной свободы? Скажем так: вопрос о справедливости подобных условий в потребительских договорах не вполне однозначен и требует дополнительного осмысления.

При этом, если аналогичная ситуация будет иметь место не в рамках потребительского кредита (займа), а при кредитовании индивидуального предпринимателя, у нас нет никаких сомнений в том, что условие о трансформации каузы страхования на случай досрочного погашения кредита должно признаваться действительным и блокировать прекращение договора страхования по п. 1 ст. 958 ГК РФ.

В-третьих, нередко заемщики хеджируют финансовые риски, принимаемые ими в связи с заключением кредитного договора с плавающей процентной ставкой или в иностранной валюте. Если заемщик не желает играть в финансовую рулетку и зависеть от непредсказуемых колебаний тех или иных элементов формулы расчета своих обязательств и хочет вносить фиксированные выплаты, не зависящие от курса иностранной валюты (если основные доходы заемщика выражены в рублях) или колебания базового показателя, к которому привязана плавающая процентная ставка, он может заключить с третьим лицом или даже с тем самым кредитующим заемщика банком договор процентного или валютного свопа (разновидность дериватива). В случае процентного свопа, заключенного заемщиком для целей хеджирования процентного риска, при превышении на момент уплаты процентов размера указанного в договоре плавающего процента над желаемым заемщиком размером фиксированного процента заемщику гарантиру-

ется ежемесячное поступление средств, соответствующих этой разнице, а при возникновении обратного соотношения двух указанных процентных показателей соответствующую разницу заемщик уплачивает хеджирующей стороне (контрагенту по договору свопа). Этот дериватив позволяет перенести риск неблагоприятного возрастания плавающей процентной ставки с заемщика на хеджирующего контрагента, но при этом заемщик лишается и симметричной выгоды на случай падения плавающей процентной ставки ниже уровня указанного в договоре свопа фиксированного процента. Аналогичный хеджирующий механизм работает и в случае валютного свопа, с помощью которого хеджируют риск возрастания курса иностранной валюты, в которой выражен основной долг. В силу таких договоров ежемесячно сальдо может складываться либо в пользу заемщика, либо в пользу хеджирующего контрагента. Благодаря таким договорам заемщик достигает экономического эффекта, идентичного тому, который имелся бы, если бы он изначально заключил с банком кредитный договор с фиксированным процентом или в рублях. Но вся эта финансовая логика хеджирования рушится, если заемщик досрочно погашает кредит. После этого момента исчезает тот самый риск, который он хеджировал за счет свопа.

Как представляется, если соответствующий своп оформлен с не зависящим от банка участником оборота, досрочное погашение кредитного долга не должно по умолчанию давать заемщику право произвольно и без каких-либо санкций отказаться от свопа, если иное не оговорено в договоре свопа, равно как и подрядчик не может произвольно отказаться от договора, заключенного им с поставщиком материалов, в случае досрочного расторжения договора подряда, ради исполнения которого он и закупал материалы. Ситуация становится куда более сложной, если своп-договор заключен с самим банком, который и выдает кредит, а такое, как ни странно, нередко случается. Здесь встает вопрос о том, не носит ли сам процентный или валютный своп в сочетании с кредитным договором с плавающей ставкой или в валюте притворный характер (ст. 170 ГК РФ), прикрывая, соответственно, кредит с фиксированной ставкой или рублевый кредит. Если, например, банк вместо оформления кредита с фиксированной ставкой в 13% заключает с заемщиком договор рублевого кредита с плавающей ставкой (например, ключевая ставка Банка России + 5 процентных пунктов), но одновременно оформляет с тем же заемщиком договор процентного свопа, который нивелирует для заемщика все риски и случайные выгоды, связанные с колебанием размера плавающего процента соразмерно колебаниям ключевой ставки Банка России,

и, по сути, гарантирует, что финансовое бремя заемщика будет строго фиксированным, почему бы не считать, что стороны столь сложным образом оформили кредит с фиксированной ставкой в 13%? Данный вопрос требует дополнительного осмысления, так как не вполне понятны причины, толкающие банки на столь странное оформление документации. Как бы то ни было, в описанной ситуации связь кредитного договора и договора свопа настолько тесна, что с учетом того, что оба договора заключены между заемщиком и банком, логично презюмировать наличие у заемщика права на произвольный отказ от договора свопа на случай, когда заемщик реализует предоставленные ему законом или договором правомочия на досрочный возврат кредита, а также на симметричное право банка на отказ от такого договора. Как представляется, логично исходить из того, что, если ни тот, ни другой отказ от договора свопа в разумный срок после погашения кредита не произведут (или продолжат исполнять договор свопа), они утрачивают право на такой отказ по правилам п. 5 ст. 450.1 ГК РФ.

Впрочем, стоит, видимо, допустить установление обратного (сохранение договора свопа и после досрочного погашения кредита) в самом контракте, как минимум если заемщиком является коммерсант. Ведь вполне возможно, что заемщик будет заинтересован в своп-договоре и в отрыве от данной кредитной сделки. Да, куда вероятнее, что заемщик исключительно по невнимательности пропустил условие договора, согласно которому досрочное погашение кредита не прекращает отношения по свопу (и трансформации цели свопа с хеджирующей риски по данному конкретному кредитному договору на хеджирующую иные риски заемщика или вовсе спекулятивную). Но в конечном итоге, если заемщик — профессиональный коммерсант, тем более крупный, и пошел на заключение дериватива (по определению сложного финансового инструмента), его патерналистская защита от собственной невнимательности избыточна и вряд ли оправданна с политико-правовых позиций. Но многое здесь зависит от того, готовы ли суды контролировать справедливость условий сугубо коммерческих договоров по правилам ст. 428 ГК РФ и видеть коммерсанта слабой стороной договора на основании того, что он имеет меньшие финансовые и экспертные ресурсы, чем его контрагент, либо лишь тогда, когда на рынке имелась ограниченная конкуренция и у коммерсанта отсутствовал или был сильно ограничен выбор партнеров. В первом случае условия своп-договоров могут оказаться предметом очень пристального судебного контроля *ex post* на справедливость (включая и означенное условие о сохранении свопа и после погашения кредита), так как банк очень часто намного мощнее своих заемщиков

и в плане финансовых ресурсов, и правовой и финансовой экспертизы. Во втором такое вмешательство будет крайне ограничено, ибо в России пока достаточно много банков и обычно заемщик не лишен возможностей вести переговоры с разными банками, предлагающими разные условия. Данный концептуальный вопрос пока в судебной практике не прояснен.

1.8. Иные способы погашения долга заемщика. К обязательству заемщика вернуть заем применяются все правила ГК РФ о механизмах прекращения обязательств. Поэтому помимо надлежащего исполнения (ст. 408 ГК РФ) обязательство заемщика может быть в том числе прекращено следующими способами: а) новация долга по соглашению сторон и установление вместо заемного долга некоего нового обязательства¹; б) фактическая передача согласованного сторонами отступного²; в) прощение займодавцем долга заемщика в целом или в части³; г) зачет встречных однородных требований, если такой зачет не запрещен законом или договором⁴; д) совпадение должника и кредитора в одном лице⁵; е) при определенных условиях — смерть заемщика⁶;

¹ Подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 788–793 (автор комментария — А.А. Павлов).

² Подробнее см. там же. С. 763–772 (автор комментария к ст. 409 ГК РФ — А.А. Павлов).

³ Подробнее см. там же. С. 793–798 (автор комментария к ст. 415 ГК РФ — А.А. Павлов).

⁴ Подробнее см. там же. С. 772–783 (автор комментария к ст. 410 ГК РФ — А.А. Павлов).

⁵ Подробнее см. там же. С. 785–788 (автор комментария к ст. 413 ГК РФ — А.А. Павлов).

⁶ Смерть заемщика не влечет автоматическое прекращение долга, так как такой долг переходит в порядке универсального правопреемства наследникам (ст. 392.2, 418, 1175 ГК РФ), и, более того, смерть должника не является сама по себе основанием для досрочного истребования займа (п. 59 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9). Но такое преемство в долге в силу ст. 1175 ГК РФ происходит только в пределах стоимости имущества, переходящего тем же наследникам. В остальной части долг в судебной практике (п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9) считается прекращенным невозможностью исполнения по правилам ст. 416 ГК РФ. Это решение представляется не вполне логичным ни формально-догматически (так как ст. 416 ГК РФ к ситуации отношения не имеет), ни содержательно (было бы разумнее рассматривать долг в этой части трансформировавшимся в натуральное обязательство наследников). В то же время ничто не препятствует установлению в договоре займа смерти заемщика в качестве отменительного условия существования долга. В такой ситуации смерть заемщика влечет прекращение долга. Эта возможность вытекает из того, что список оснований для прекращения обязательств не является исчерпывающим, и стороны могут установить в соглашении неизвестное закону основание прекращения обязательств (п. 3 ст. 407 ГК РФ).

ж) ликвидация юридического лица без правопреемства (например, в связи с банкротством); з) освобождение заемщика-гражданина от заемного долга по итогам завершения процедуры его банкротства¹.

2. Досрочный возврат займа по воле заемщика. Комментируемый пункт определяет условия, при которых заемщик по общему правилу может правомерно вернуть заем до истечения срока на его возврат. Право на досрочный возврат займа — это секундарное (преобразовательное) право в одностороннем порядке изменить условия договора. В данном случае это право прямо признано для некоторых ситуаций в нормах комментируемого пункта.

Правила комментируемого пункта вытесняют общие правила ст. 315 ГК РФ о досрочном исполнении обязательств.

2.1. Досрочный возврат беспроцентного займа. Беспроцентный заем по общему правилу может быть возвращен досрочно по воле заемщика всегда. О том же говорит и п. 3 ст. IV.F.—1:106 Модельных правил европейского частного права. Эта идея вполне логична, как минимум когда речь идет о денежном займе или займе бездокументарных ценных бумаг. У займодавца в такой ситуации, как правило, нет особого интереса в том, чтобы заемщик продолжал оставаться должным. Поэтому если заемщик почему-то решил избавиться от долга, пусть он и не уплачивает в связи с ним проценты, право ему такую возможность дает. Такой интерес у заемщика может быть связан, например, с тем, что его долг был обеспечен залогом, и у него возникла потребность освободить свое имущество из-под данного обременения.

Впрочем, надо иметь в виду, что эта норма диспозитивна, и договор может предусмотреть иное, пусть сейчас и трудно представить, ради чего сторонам беспроцентного займа включать в свой договор условие о блокировке данного права. Впрочем, эта диспозитивность, видимо, не должна распространяться на займы, предоставленные гражданину в некоммерческих целях. В силу положений п. 2 ст. 810 ГК РФ такой заемщик императивно управомочен на досрочный возврат процентного займа, и положения договора об ином противоречат закону. В таких условиях было бы в высшей степени нелогично, если бы та же императивность не распространялась на аналогичные беспроцентные

¹ Закон о несостоятельности (банкротстве) (ст. 213.28) допускает с определенными ограничениями освобождение должника от долга по итогам завершения процедур его банкротства. При этом долги таких граждан перед банками и иными займодавцами являются наиболее типичными объектами такого освобождения. Впрочем, возможно, было бы логично считать, что такое освобождение означает не прекращение долга, а его трансформацию в натуральное обязательство.

займы. Если закон запрещает блокировать право заемщика-гражданина досрочно возвратить процентный заем, полученный в некоммерческих целях, то тем более он запрещает делать то же по беспроцентным займам.

Также стоит напомнить, что данная норма должна толковаться с учетом того, что в ряде случаев договор займа может предусматривать вознаграждение займодавца, т.е. быть возмездным, но выражать это вознаграждение не в виде процента, а в виде определенной доли дохода или прибыли от инвестиций заемного капитала. Было бы логично, чтобы в контексте такого договора комментируемая норма не применялась. Телеологическое толкование нормы явно указывает на то, что она распространяется именно и только на безвозмездные займы.

Если вознаграждение займодавца выражено в фиксированной сумме, не зависящей от периода, на который заем предоставляется, как видится, досрочный возврат по умолчанию также должен блокироваться, если только заемщик не готов уплатить займодавцу все согласованное вознаграждение. В последнем случае отказ принимать досрочный возврат денежного займа кажется сомнительным с точки зрения добросовестности.

Более интересен вопрос о праве досрочного возврата безвозмездного неденежного займа. Комментируемый пункт в этом отношении не делает никаких оговорок, но, как представляется, необходимость досрочного получения возвращаемых товаров может спровоцировать займодавца на несение незапланированных расходов (например, по транспортировке) и вызвать некоторые неудобства и нарушение хозяйственных планов. Сторонам таких договоров, соответственно, следует воспользоваться диспозитивностью комментируемого пункта и установить в договоре запрет на досрочный возврат беспроцентного товарного займа. Но даже если подобного условия в договоре нет, нельзя исключить того, что в некоторых случаях попытка досрочно вернуть беспроцентный товарный заем будет свидетельствовать о недобросовестности и злоупотреблении правом (п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ).

2.2. Досрочный возврат процентного займа, привлеченного физическим лицом. Комментируемый пункт в случае, когда процентный заем предоставлен гражданину в некоммерческих целях (не только потребителю по потребительскому кредиту или займу, но и гражданину, привлечшему заем у другого гражданина), дает заемщику право вернуть заем досрочно как в целом, так и частично с условием, что заемщик уведомит займодавца о своем намерении реализовать такое право не менее чем за 30 дней до даты возврата. Эта норма должна применяться и к займам, которые предоставлены гражданам, являющимся индивидуальными

ми предпринимателями, если привлекаемый заем не был направлен на коммерческие цели (например, индивидуальный предприниматель взял кредит на покупку жилья).

Нередко заключение сделки предполагает серьезные трансакционные издержки (согласование условий договора, изучение кредитоспособности, просчет рисков, согласование обеспечений и в некоторых случаях их регистрация и т.п.). Большинство из этих издержек несет займодавец (например, банк). Такие издержки должны окупаться уплатой процентов. Произвольный немедленный возврат займа после его получения может поломать всю эту экономическую логику и оставить займодавца с непокрытыми трансакционными издержками. Видимо, в ответ на эту проблему законодатель и устанавливает 30-дневный срок задержки. Он гарантирует, что проценты, неминуемо набегаящие за эти 30 дней, с большой долей вероятности покроют трансакционные издержки.

Части 2–4 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе) говорят, по сути, о том же, с той лишь особенностью, что при возврате займа (кредита) в течение первых 14 дней после получения займа (кредита) предупреждать займодавца (банк) не надо, а при возврате займа (кредита), предоставленного на определенную в договоре цель, такой возврат без предупреждения возможен в течение первых 30 дней после получения займа (кредита). Если средства не были возвращены в эти первые дни, в дальнейшем заемщик может вернуть заем (кредит) досрочно, но должен предупредить займодавца (банк) не менее чем за 30 дней до момента планируемого возврата, если более короткий срок не согласован в договоре.

Также ч. 5 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе) указывает следующее: «В договоре потребительского кредита (займа) в случае частичного досрочного возврата потребительского кредита (займа) может быть установлено требование о досрочном возврате части потребительского кредита (займа) только в день совершения очередного платежа по договору потребительского кредита (займа) в соответствии с графиком платежей по договору потребительского кредита (займа), но не более тридцати календарных дней со дня уведомления кредитора о таком возврате с уплатой процентов за фактический срок кредитования».

Фактическое внесение в счет досрочного возврата займа денежных средств в меньшем размере, чем было указано заемщиком-гражданином в заявлении о досрочном погашении кредита, само по себе не является основанием для отказа в зачислении этих сумм в счет возврата долга, поскольку в данном случае истцом вносятся денежные суммы,

о которых банк был предупрежден как о возврате займа, а ГК РФ дает заемщику право вносить в счет погашения кредита денежные средства досрочно как полностью, *так и частично* (Определение КГД ВС РФ от 30 мая 2017 г. № 4-КГ17-20, п. 5 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ 27 сентября 2017 г.).

Императивны ли все эти правила? Комментируемая норма, равно как и ч. 4 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе), прямо указывают на то, что договор может установить более короткий срок для предупреждения, но недвусмысленно намекают на то, что удлинять его в ущерб заемщику нельзя. В этом плане указанные нормы выглядят как «полуимперативные». Более того, из принципов системного толкования закона легко вывести очевидную мысль о том, что само это право гражданина на досрочный возврат процентного займа закреплено императивно, его нельзя отключить в договоре: если нельзя удлинить срок предупреждения, то тем более (*a fortiori*) нельзя и вовсе заблокировать право на досрочный возврат (если запрещено меньшее, то, скорее всего, запрещено и большее).

При этом положение договора потребительского кредита (займа) о том, что заявление о досрочном возврате кредита (займа) в случае фактического внесения суммы, которая меньше указанной в таком заявлении, теряет силу, является ничтожным на основании положений п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей (Определение КГД ВС РФ от 30 мая 2017 г. № 4-КГ17-20).

При этом, естественно, заемщик должен уплатить займодавцу проценты, начисленные за весь период с момента получения займа и до момента фактического возврата (включая этот последний день). Это прямо написано в ч. 6 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе), но это со всей очевидностью следует из закона и без такого указания.

Оправданна ли данная идея предоставления заемщику, получившему заем в некоммерческих целях, право на произвольное одностороннее изменение условия о сроке договора и полное или частичное досрочное погашение своего долга? Скорее всего, да. Но обоснована ли императивность такого права? Вопрос дискуссионный. Фактически заемщику, привлечшему заем в некоммерческих целях, гарантируется возможность обмануть основанные на контракте ожидания займодавца. В чем могут состоять эти ожидания? Как уже отмечалось, покрытие трансакционных издержек в большинстве случаев произойдет за счет 30-дневного моратория. Но все ли издержки будут покрыты? Возможно, что нет. Да и в целом разумно ли лишать займодавца гарантии получения позитивного интереса, т.е. запланированной выгоды

от контрактного взаимодействия? Да, в силу ликвидности денег и иного имущества, которое обычно является объектом заемных отношений, займодавец, получив досрочно причитающееся ему имущество, может заново запустить его в оборот (например, предоставить в заем другому лицу). Но далеко не всегда альтернативное размещение в долг данного имущества будет возможно осуществить легко (например, ценные бумаги) или на тех же условиях (например, в связи с общим падением рыночной процентной ставки).

В то же время такая норма имеет серьезные преимущества для заемщиков-граждан, позволяя им перекредитовываться, досрочно погашая свои старые долги с высокими ставками за счет новых привлеченных займов и кредитов по упавшим в силу роста своей кредитоспособности или общего изменения экономической конъюнктуры ставкам. Это, в свою очередь, стимулирует банки более жестко конкурировать по процентной ставке, стремясь перетянуть себе заемщиков других банков, а также дает заемщикам определенные рычаги давления на банки и иных займодавцев в плане принуждения их к понижению процентной ставки по уже заключенным договорам под угрозой досрочного погашения кредита за счет перекредитования. Кроме того, наличие у потребителя права произвольно вернуть потребительский или ипотечный кредит досрочно облегчает положение заемщика в ситуации, когда банк финансировал покупку заемщиком некоего товара, оплату заказанных им услуг или работ, а заемщик впоследствии правомерно отказался от этого договора (например, воспользовался своим закрепленным в Законе о защите прав потребителей правом вернуть купленную за счет кредитных средств вещь) и получил назад уплаченные средства, использовать которые по какому-то иному назначению он не собирается.

Чей интерес здесь должен перевешивать, вопрос спорный. Но в целом данная норма, дающая заемщику-обывателю право передумать, вернуть заем (кредит) и перестать выплачивать проценты, кажется в общем и целом приемлемой. Данное право может иметь под собой серьезные этические и экономические основания. Жизненные обстоятельства могут измениться, потребность, ради удовлетворения которой брался заем, — отпасть и т.п. Свобода простого, непрофессионального участника финансового рынка передумать обслуживать долг и вернуть его, как представляется, является важным элементом личной свободы. Но в экономическом плане эта же осознаваемая ими свобода в конечном итоге позволяет людям проще решаться на привлечение кредита. В общем, думается, есть основания прийти к выводу, что политико-правовая основа права обычного гражданина передумать

и вернуть процентный заем досрочно перевешивает аргументы против такого решения.

2.3. Досрочный возврат процентного займа в остальных случаях. Если договор займа носил процентный характер, но заемщиком не является гражданин, получающий заем для личных, некоммерческих целей, согласно комментируемому пункту досрочный возврат по общему правилу невозможен, если только такое право не закреплено в договоре или на такой возврат не получено отдельное согласие займодавца. Этот подход применим к займам и кредитам, которые получают любые юридические лица, а также индивидуальные предприниматели, привлекающие заем в коммерческих целях. Но он также применим к займам, получаемым физическими лицами в целях финансирования своего бизнеса, покупок на фондовом рынке и т.п.

Как представляется, данное положение вполне корректно. Если стороны такого договора хотят установить право на произвольный досрочный возврат займа, у них есть такое право, но по общему правилу оно не подразумевается, и у заемщика нет права произвольно в одностороннем порядке поменять условия заключенного договора.

Если заемщик неправомерно пытается досрочно вернуть заем (кредит), займодавец вправе его не принимать.

Что же следует делать займодавцу (банку), если заемщик, не имея к тому оснований в договоре и не заручившись согласием займодавца, все же умудряется произвольно досрочно погасить свой долг. Это возможно в тех случаях, когда для погашения долга участие займодавца не требуется (например, в случае погашения денежного долга безналичным переводом на известный заемщику счет займодавца). Абсолютно однозначно в такой ситуации займодавец вправе отказаться от договора в связи с его существенным нарушением и потребовать возмещения убытков, включая всю упущенную выгоду по правилам ст. 393 и 393.1 ГК РФ (например, взыскав разницу между процентной ставкой в расторгнутом договоре и рыночной ставкой процента на момент отказа от договора, если за время, прошедшее с момента заключения договора, рыночная ставка упала). Можно представить себе также и установление в договоре неустойки на случай расторжения договора займодавцем в случае неправомерного досрочного погашения займа.

Но может ли займодавец пойти иным путем и вернуть заем заемщику (например, тем же безналичным образом) или депонировать возвращенные ему деньги или ценные бумаги на депозите нотариуса и после этого продолжать начислять на заемщика проценты? Вопрос этот пока в полной мере не прояснен в нашей судебной практике. Думается, что такое право займодавца можно признать. Иначе сле-

довало бы признать, что заемщик фактически может принудить займодавец разорвать договор при условии готовности возмещать ему убытки. Это, как представляется, противоречит идее священности договорных обязательств и стимулирует заемщиков на оппортунизм и приводит к тому, что стимулируется нарушение договора. Цивилизованный заемщик, почему-то пожелавший выйти досрочно из заемного правоотношения, но, не имея к этому права по закону или договору, должен вступать в переговоры с займодавцем и уговаривать его согласиться на досрочный возврат по соглашению сторон, предлагая ту или иную плату за такое согласие по правилам п. 3 ст. 310 ГК РФ. Такая плата, если на нее согласится займодавец, гарантированно покроем его убытки. Если же мы будем поощрять так называемое эффективное нарушение и потворствовать недобросовестному игнорированию заемщиком своих обязательств, перекладывая на займодавца бремя доказывания в суде *ex post* своих убытков, вполне вероятно, что все такие убытки займодавец доказать не сможет с учетом известных проблем в доказывании убытков, и в итоге отношения будут разорваны, права займодавца — нарушены, а его позитивный интерес — не в полной мере защищен. Поэтому было бы логично, чтобы займодавец, решивший настаивать на реальном исполнении договора, мог сначала выразить свой протест против такого развития событий и попытаться вернуть имущество заемщику, а при уклонении от получения или повторного возврата имел право на депонирование имущества у нотариуса по правилам ст. 327 ГК РФ. Впрочем, следует признать, что данный вопрос достаточно дискусионен. Вряд ли какой-нибудь разумный займодавец будет так поступать, за исключением случаев, когда платежеспособность заемщика не вызывает никаких сомнений.

2.4. Плата за досрочный возврат займа. Как следует из п. 3 ст. 310 ГК РФ, договор может предусматривать обязанность стороны, осуществившей право на одностороннее изменение условий договора, уплатить другой стороне некую сумму в качестве платы за реализацию такого секундарного (преобразовательного) права. То же касается и права заемщика досрочно вернуть заем и кредит.

Но такая возможность заблокирована, когда право на произвольный возврат займа закреплено в законе императивно (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Поэтому в договоре, по которому гражданин берет заем (или кредит) в личных, некоммерческих целях, установить такую плату юридически невозможно. Такое условие будет ничтожно, что в целом логично.

Применительно же к остальным займам и кредитам, где само право на досрочный возврат законом не предусмотрено, но может быть вве-

дено в договоре (процентный заем, получаемый юридическим лицом или гражданином в коммерческих целях), или предусмотрено законом, но диспозитивно и может поэтому быть исключено договором (беспроцентный заем, привлекаемый юридическими лицами, а также индивидуальными предпринимателями в коммерческих целях), п. 3 ст. 310 ГК РФ позволяет сторонам согласовывать заранее плату за изменение срока договора. В банковской практике такая плата обычно предстает в форме комиссии за досрочный возврат кредита. Данная комиссия признавалась в судебной практике ВАС РФ и ранее, до появления п. 3 ст. 310 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 октября 2013 г. № 6764/13). С появлением в ГК РФ нормы п. 3 ст. 310 ГК РФ эта договорная практика однозначно легализована.

Здесь следует обратить внимание на один нюанс. Пункт 3 ст. 310 ГК РФ прямо говорит о возможности согласования платы за отказ от договора или его одностороннее изменение в договоре, заключенном между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Эту норму следует толковать расширительно и допускать установление платы за досрочный возврат займа в тех случаях, когда заемщик пусть и не является лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, но заключает договор не в личных, бытовых целях, а в целях извлечения дохода. Поэтому если гражданин берет заем от партнера на финансирование своего бизнеса, покупки большого пакета биткоинов в расчете на рост их стоимости или игры на бирже, установление платы за досрочный возврат такого займа следует допускать, пусть заемщик формально и не является лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, т.е. не зарегистрирован как индивидуальный предприниматель.

Кроме того, данную норму в контексте заемных отношений следует толковать таким образом, что установление платы за досрочный возврат законно в тех случаях, когда заемщиком является лицо, осуществляющее коммерческую деятельность, а займодавцем — лицо, такую деятельность не осуществляющее (например, когда гражданин дает заем своему знакомому для целей финансирования коммерческой деятельности последнего). В силу комментируемого пункта в договоре займа с таким субъектным составом право на досрочный возврат займа у заемщика отсутствует. Соответственно, стороны могут его включить в договор по своей воле и тут же оговорить уплатой определенной суммы.

Иначе говоря, норму п. 3 ст. 310 ГК РФ следует применительно к заемным договорам толковать расширительно и допускать установление подобной платы и в иных случаях, кроме тех, в которых заемщик

имеет право на досрочный возврат займа в силу императивных норм комментируемого пункта.

По умолчанию, если иное не предусмотрено договором, внесение такой платы производится после осуществления права на изменение договора. Заемщик заявляет о досрочном возврате займа, а затем уплачивает согласованную сумму (п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Плата за одностороннее изменение договора (и в частности, плата за досрочный возврат займа или кредита) может быть уменьшена судом. В п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на сей счет указано: «Если будет доказано очевидное несоответствие размера этой денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства или изменением его условий, а также заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать в ее взыскании полностью или частично (пункт 2 статьи 10 ГК РФ)». ВАС РФ чуть ранее в Постановлении Пленума от 14 марта 2014 г. № 16 допускал снижение явно несоразмерной платы за отказ от договора только в ситуации, когда она была навязана слабой стороне договора. В указанных разъяснениях ВС РФ 2016 г. критерий слабой стороны заменен на ряд иных критериев: «недобросовестность требования согласованного размера» и «в исключительных случаях». Нам представляется правильным раскрывать эти критерии именно через фактор явного неравенства переговорных возможностей. Иначе говоря, при согласовании такой платы равноправными коммерсантами, никто из которых не являлся очевидно слабой стороной договора, снижение согласованной платы судом не должно допускаться, за исключением тех случаев, когда размер согласованной платы настолько аномален, что впору говорить о притворности сделки или ином пороке сделки. Тем не менее следует иметь в виду, что некоторые определения ВС РФ, опубликованные уже после вступления в силу Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, демонстрируют готовность Суда снижать плату за отказ от договора даже тогда, когда она согласована абсолютно равноправными крупными коммерсантами (Определение КЭС ВС РФ от 28 июня 2017 г. № 309-ЭС17-1058). Видимо, тот же подход может применяться и к плате за одностороннее изменение условий договора. С таким развитием событий согласиться сложно. Суды не могут вмешиваться в коммерческие условия контрактов, заключенных профессиональными коммерсантами, действующими в обороте на свой риск, если только при заключении договора не наблюдалось недобросовестное использование явного неравенства переговорных

возможностей, не было иных пороков процесса заключения договора и отсутствуют иные основания для недействительности. Иное означает неконституционное попрание экономической свободы и неоправданную дестабилизацию коммерческих отношений.

Наконец, последнее, на что стоит обратить внимание, это возможность согласования платы за отказ не *ex ante*, в момент заключения договора, а *ex post*, при согласовании досрочного возврата долга. Нередко заемщик ни в силу норм комментируемого пункта, ни в силу положений договора не имеет права на досрочный возврат займа, но тем не менее у него может возникнуть интерес в таком возврате (например, он нашел более дешевый способ рефинансировать свой долг). В этом случае он вступает в переговоры с займодавцем о заключении соглашения о добровольном сокращении срока займа и досрочном его возврате, и в качестве элемента достигнутого консенсуса сторон по данному вопросу может выступать уплата заемщиком некой платы за согласие займодавца освободить заемщика от изначально согласованного срока погашения займа и принять досрочный возврат. Внесение такой платы является встречным предоставлением за согласие займодавца свернуть заемное правоотношение досрочно и лишиться гарантированных процентных начислений на будущее. Как представляется, суд не вправе снижать таким образом согласованную *ex post* плату. Если в пользу вторжения судов в вопрос о соразмерности платы за отказ, согласованной заранее, могут быть приведены какие-то пусть и не кажущиеся нам убедительными аргументы патерналистского толка о том, что заемщик-коммерсант мог не предвидеть того, что эта заранее согласованная плата окажется впоследствии явно несоразмерной, то проявление такого же патернализма в ситуации согласования цены выхода из сделки *ex post* кажется совсем неприемлемым. Иначе будет происходить грубое и ничем не оправданное вторжение в сферу правовой автономии сторон. Ставить под сомнение соглашение о размере такой платы возможно только тогда, когда наблюдаются известные закону основания для аннулирования сделки (например, обман или насилие по ст. 179 ГК РФ, притворность по ст. 170 ГК РФ, сговор представителей или заключение представителем заемщика такого соглашения, несмотря на наличие очевидной займодавцу невыгодности сделки для заемщика, по п. 2 ст. 174 ГК РФ, банкротные основания оспаривания и т.п.). При отсутствии оснований для применения указанных составов недействительности вторжение судов возможно в самых исключительных случаях, когда плата настолько аномальна и абсурдна, что разумно предполагать, что соглашение подвержено какому-то скрытому пороку или просто противоречит

основам нравственности (например, когда согласованная сторонами плата за согласие выпустить заемщика из заемной сделки значительно превышает сумму процентов, которая была бы начислена по займу, если бы не было досрочного возврата займа).

3. Момент возврата займа. Согласно комментируемой норме возврат займа происходит по общему правилу в момент возврата имущества займодавцу. Это вполне логичное правило.

3.1. Момент возврата денежного займа при безналичном переводе. При погашении денежного займа безналичным переводом заем считается погашенным при зачислении средств на счет займодавца, если заемщик и займодавец обслуживаются в общем банке (это следует из ч. 9 ст. 5 Закона о национальной платежной системе и п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

При обслуживании сторон договора займа в разных банках заем должен считаться погашенным в момент зачисления денег на корреспондентский счет банка займодавца. На последнее сделано прямое указание в комментируемой норме в редакции, вступившей в силу 1 июня 2018 г. Это решение отражает то понимание оптимального распределения рисков банкротства выбранных сторонами банков, которое утвердилось в последние годы и нашло отражение в п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 и ч. 9–10 ст. 5 Закона о национальной платежной системе. До этого действовала куда менее удачная редакция, согласно которой сумма займа считается возвращенной при зачислении денег на банковский счет самого займодавца. Эта редакция, возможно казавшаяся логичной в середине 1990-х гг., пришла в противоречие с консенсусом в науке и судебной практике, в силу которого безналичный перевод считается осуществленным в момент зачисления денег на основании надлежаще оформленного платежного поручения на корреспондентский счет банка кредитора (при обслуживании сторон разными банками), а момент зачисления денег на счет самого кредитора должен иметь значение лишь в тех случаях, когда перевод происходит внутренней проводкой общего для сторон банка. Такой подход утвердился в практике и науке еще в начале 2000-х гг. (косвенно на это указывал, например, п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5, также см. п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146). Так что еще до появления Закона о национальной платежной системе, в котором был подтвержден указанный консенсус, старая редакция п. 3 ст. 810 ГК РФ выглядела некорректно. Новая редакция п. 3 ст. 810 ГК РФ снимет это противоречие.

Эта утвердившаяся в законе и судебной практике позиция куда более справедливо и экономически эффективно распределяет риски банкротства выбранных сторонами банков. При этом перенесение риска незачисления банком кредитора поступивших на корсчет банка денег на счет самого кредитора на плательщика выглядит настолько нелепо, несправедливо и неэффективно, что, думается, были основания и в период действия старой редакции нормы п. 3 ст. 810 ГК РФ толковать *contra legem*. Поэтому подход, отраженный в новой редакции комментируемого пункта, как представляется, может применяться и к договорам, заключенным и до 1 июня 2018 г., и даже до вступления в силу Закона о национальной платежной системе.

Сама комментируемая норма в силу прямого в ней указания является диспозитивной. Но означает ли это, что стороны могут в договоре по-иному распределить между собой риски банкротства выбранных ими банков (при обслуживании сторон разными банками) и указать, например, что заем считается погашенным в момент списания банком заемщика соответствующей суммы со счета заемщика или в момент зачисления денег на счет займодавца? Этот вопрос пока в судебной практике не разрешен. Как представляется, такие условия вполне можно было бы разрешать в договорах между профессиональными коммерсантами с сопоставимыми переговорными возможностями, но, как уже отмечалось, в подп. «г» п. 1.3 комментария к ст. 807 ГК РФ в пользу обратного решения могут быть также приведены определенные аргументы.

В случае погашения кредита со счета, открытого заемщиком в том же банке, который и выдал кредит, разумно считать кредит погашенным в момент списания денег со счета заемщика на основании распоряжения заемщика или в безакцептном порядке самим банком. О ситуации, когда банк безосновательно не производит такое списание, а затем впадает в банкротство, см. п. 1.5 комментария к настоящей статье.

В случае погашения банковского кредита путем перечисления денег со счета заемщика, открытого в другом банке, или со счета третьего лица, осуществляющего погашение долга за заемщика в порядке ст. 313 ГК РФ, разумно считать кредит погашенным в момент зачисления денег на корреспондентский счет банка-кредитора. Это, в частности, следует из п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146).

3.2. Возврат движимых вещей и ценных бумаг. При передаче в заем движимых вещей, определяемых родовыми признаками, моментом возврата является момент передачи аналогичных вещей того же ко-

личества займодавцу (ст. 223–224 ГК РФ). Если объектом предоставления по договору займа являются бездокументарные ценные бумаги, моментом их возврата будет переоформление прав на данные бумаги на займодавца в соответствующих реестрах (ст. 149.2 ГК РФ).

3.3. Возврат займа указанному кредитором лицу. Ничто не блокирует возможность согласовать в договоре, что возврат займа будет осуществляться путем передачи имущества (например, перечисления денег) не кредитору, а иному лицу. Но даже если это в договоре прямо не предусмотрено, займодавец всегда может попросить заемщика перевести его долг на счета третьих лиц (например, кредиторов самого займодавца в погашение долга займодавца перед ними). Здесь будет иметь место так называемая переадресация исполнения обязательства. Несмотря на то что возвращаемое имущество в таком случае не попадет в собственность займодавца, заем будет считаться погашенным. Единственное, что должно заботить заемщика, — это наличие подписанного уполномоченным лицом от имени займодавца или самим займодавцем-гражданином лично письма, в котором займодавец возлагает исполнение своего обязательства перед своим кредитором на заемщика по правилам ст. 313 ГК РФ либо по иным основаниям просит произвести платеж в рамках погашения заемного долга в пользу третьего лица.

Но здесь следует иметь в виду, что при отсутствии положений на этот счет в договоре займодавец не может *обязать* заемщика осуществлять погашение своего денежного долга путем перечисления третьему лицу. Заемщик будет в своем праве, если проигнорирует просьбу о переадресации исполнения и произведет платеж на счет самого займодавца.

Кроме того, следует помнить, что в силу п. 2 и 5 ст. 313 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 1 июня 2015 г., если долг заемщика носит денежный характер и оказался просроченным, любое третье лицо, даже без возложения со стороны заемщика и без согласия со стороны займодавца, может произвести легальную интервенцию в обязательственные отношения по займу, погасить этот заемный долг вместо заемщика и приобрести автоматически указанное право требования возврата займа в порядке суброгации. В подобной ситуации займодавец обязан принять платеж от третьего лица, даже будучи уверен в том, что никакого возложения не было и третье лицо действует самочинно. Судебная практика допускает такое развитие событий, но предусматривает ряд ограничений (см. подробнее п. 1.4 комментария к настоящей статье).

3.4. Документальное оформление возврата займа. В силу п. 2 ст. 408 ГК РФ займодавец, принимая передаваемое в счет долга заемщика

имущество, обязан по требованию заемщика выдать ему расписку в получении исполнения полностью или в соответствующей части. Это может быть не только расписка, но и акт о получении имущества или иной подобный документ.

Если заемщик в свое время при получении займа выдавал займодавцу в удостоверение обязательства долговой документ (как правило, расписку о получении займа), то займодавец, принимая погашение заемного долга, должен вернуть заемщику этот долговой документ. Расписка о получении займодавцем имущества в счет погашения долга заемщика может быть заменена надписью на возвращаемой заемщику его собственной расписке о получении займа. При невозможности возвращения заемщику его расписки о получении займа (например, в случае ее утери) займодавец обязан указать на это в собственной расписке о получении от заемщика имущества в счет его долга.

При этом согласно тому же п. 2 ст. 408 ГК РФ нахождение расписки заемщика о получении займа у самого заемщика является доказательством того, что его долг погашен. Но иное может быть доказано займодавцем (в частности, он может представить доказательства кражи данной расписки) (см., например, определения КГД ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 5-КГ15-135 и от 11 ноября 2014 г. № 5-КГ14-99).

Наконец, в силу п. 2 ст. 408 ГК РФ при отказе займодавца выдать расписку о получении исполнения от заемщика, вернуть расписку заемщика о получении займа или отметить в выдаваемой расписке невозможность возврата расписки самого заемщика последний вправе задержать исполнение, а кредитор считается просрочившим с применением правил п. 3 ст. 405 ГК РФ, ст. 406 ГК РФ и ст. 327 ГК РФ. Это, в частности, значит, что проценты по займу, проценты в связи с просрочкой или пени перестают течь, заемщик получает право требовать от займодавца возмещения убытков, а также может депонировать деньги или ценные бумаги (если они являются объектом его обязательства) у нотариуса.

Вопрос о диспозитивной или императивной природе указанных норм п. 2 ст. 408 ГК РФ о документальном оформлении процесса возврата займа может вызывать дискуссии, но практической потребности в исключении применения таких норм не наблюдается. При этом исключить договором применение норм п. 3 ст. 405 и п. 1 ст. 406 ГК РФ об отсутствии просрочки должника при возникновении просрочки кредитора стороны не могут, так как эти нормы воспринимаются в судебной практике в качестве императивных (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 12945/13).

Статья 811. Последствия нарушения заемщиком договора займа

1. 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 пунктом 1 статьи 395 настоящего Кодекса, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных пунктом 1 статьи 809 настоящего Кодекса.

2. Если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, займодавец вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с процентами за пользование займом, причитающимися на момент его возврата.

Комментарий

1. Начисление процентов годовых по правилам ст. 395 ГК РФ при просрочке. Если заемщик не погашает вовремя свое обязательство по возврату денежного займа, имеет место просрочка исполнения денежного обязательства, а следовательно, подлежит применению ст. 395 ГК РФ о процентах за просрочку. С момента просрочки заемщик (как и любой иной должник, просрочивший оплату) становится обязанным платить на сумму долга проценты годовые. Эти проценты начисляются параллельно с начислением процентов за пользование займом. В отличие от процентов за пользование займом, являющихся ценой договора процентного займа, проценты за просрочку выступают в качестве меры договорной ответственности (п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

Правило о процентах годовых, начисляемых в связи с просрочкой, применяется исключительно к денежным займам. В случае с предоставлением в заем иного имущества проценты годовые при просрочке не начисляются, но могут начисляться согласованные в договоре пени.

1.1. Порядок начисления процентов за просрочку. Проценты годовые начисляются по рублевым займам по ключевой ставке Банка России за период просрочки начиная с 1 августа 2016 г. За период просрочки с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г. проценты начисляются по средней ставке по вкладам физических лиц в месте нахождения кредитора, а за период просрочки, имевшей место до 31 мая 2015 г. включительно, проценты начисляются по ставке рефинансирования Банка России. Эти изменения связаны с несколькими этапами реформы ст. 395 ГК РФ

в последние годы (см. также п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Если просроченная задолженность носит валютный характер или представляет собой рублевый эквивалент некоей валютной суммы долга с пересчетом в рубли по курсу Банка России на момент оплаты, проценты годовые по ст. 395 ГК РФ начисляются за период до 31 мая 2015 г. включительно по средним ставкам по краткосрочным кредитам в соответствующей иностранной валюте, предоставляемым в месте нахождения кредитора, с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г. включительно — по средним ставкам по вкладам физических лиц в соответствующей валюте в месте нахождения кредитора, а с 1 августа 2016 г. по настоящее время — вновь по средним ставкам по краткосрочным кредитам в соответствующей иностранной валюте (п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Обзор судебной практики ВС РФ № 1 (2017), а также п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

Первым днем, за который начинают причитаться проценты, является первый день просрочки, т.е. день, следующий после последнего дня срока платежа. В самой комментируемой норме указано на день, в который сумма займа должна была быть возвращена, но, как представляется, эта формулировка не вполне корректна и не должна пониматься буквально. Иначе получится абсурдный вывод о том, что штрафная санкция начнет начисляться в тот день, в который по условиям договора должен быть возвращен заем, или последний день того периода, который был отведен договором для оплаты, т.е. за тот день, когда еще не было нарушения договора. Проценты же годовые по ст. 395 ГК РФ начисляются на просроченный долг.

Последним днем, за который причитается начисление процентов, является день фактического платежа (п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 13222/13).

Согласно ст. 395 ГК РФ в редакции, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., применимая ставка процента является плавающей. К соответствующему отрезку времени, в который действует утвержденная Банком России ключевая ставка, применяется эта ставка; если впоследствии ставка меняется, то при продолжении просрочки для расчета процентов за этот новый отрезок времени применяется уже новая ставка. До 1 июня 2015 г. согласно прежней редакции ст. 395 ГК РФ действовал несколько иной и менее удачный подход: применимая процентная ставка определялась на момент добровольного погашения долга или при взыскании долга в судебном порядке — на момент

подачи иска (или на момент вынесения судебного решения), и эта единая ставка применялась ко всему периоду просрочки, имевшему место до момента добровольного погашения долга (либо подачи иска или вынесения судебного решения при взыскании долга по суду). Новый подход лучше учитывает вариативную стоимость денег в экономике в различные отрезки времени. Эта вариативность возникает прежде всего в связи с разными темпами инфляции, которые могут наблюдаться в разные отрезки времени в период просрочки. Если просрочка имела место в течение трех лет и в течение практически всего этого периода инфляция была высока, равно как и ключевая ставка, а впоследствии к моменту погашения долга инфляция и ключевая ставка упали, было бы крайне несправедливо и экономически нерационально применять эту упавшую ставку ретроспективно ко всему периоду просрочки.

Так как проценты годовые за просрочку начисляются вплоть до момента фактического погашения долга, если долг не погашен и займодавец взыскивает его в судебном порядке, он может требовать взыскания процентов годовых за период с момента начала просрочки и до момента подачи иска в твердой сумме начисленных за этот период процентов, а также со следующего дня после даты подачи иска и вплоть до момента фактического исполнения судебного решения о взыскании долга по формуле с учетом действующих в соответствующие отрезки периода просрочки ключевых ставок. Может он поступить и проще и потребовать в просительной части иска взыскания процентов годовых по формуле за период с момента начала просрочки и до момента фактического исполнения судебного решения о взыскании основного долга. Окончательный подсчет подлежащих уплате процентов с учетом плавающей и, возможно, периодически меняющейся в период просрочки ключевой ставки в таких ситуациях будут производить на момент исполнения решения суда о взыскании долга пристав-исполнитель или банк, осуществляющий списание денег со счета ответчика на основании исполнительного листа. Эта возможность взыскания процентов годовых «на будущее» закреплена в п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, но она и ранее неоднократно признавалась в практике ВС РФ и ВАС РФ (п. 1 уже отмененного сейчас Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22, ныне отмененный п. 51 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 7 июля 1996 г. № 6/8, постановления Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. № 8447/98 и от 23 октября 2001 г. № 777/01). Государственная пошлина в такой ситуации подлежит определению с учетом суммы процентов, «набежавших» к моменту подачи иска в суд (эта позиция была за-

креплен в п. 1 отмененного впоследствии Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22, но, как представляется, в силу своей очевидности должна применяться и сейчас).

Диспозитивная оговорка в п. 1 ст. 811 ГК РФ прямо указывает на то, что в договоре займа начисление процентов годовых по ст. 395 ГК РФ в связи с просрочкой может быть исключено. Теоретически займодавец не остается без защиты, так как нарушение договора налицо, и он может требовать возмещения убытков по правилам ст. 393 ГК РФ, но практически доказывание убытков в связи с неполучением денег крайне затруднительно с точки зрения установления причинно-следственной связи. Но истец может доказывать убытки в такой ситуации с опорой на абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ и требовать взыскания дохода, который извлек ответчик в результате неправомерного пользования причитающимися истцу денежными средствами (подробнее см. п. 1.6 комментария к настоящей статье).

1.2. Неустойка в связи с просрочкой. Договор может содержать указание на пени, которые уплачиваются на просроченную сумму вместо процентов годовых по ст. 395 ГК РФ. Естественно, пени могут быть согласованы и на случай просрочки в возврате неденежного займа.

Пени, как и проценты за просрочку, могут взыскиваться вместе со взысканием основного долга «на будущее», т.е. по формуле с определением финальной взыскиваемой суммы пеней на момент исполнения решения суда о взыскании основного долга (сейчас это закреплено в п. 65 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, но ранее эта позиция выводилась в п. 1 сейчас уже отмененного Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22).

Установление в договоре пени по общему правилу исключает начисление процентов годовых по ст. 395 ГК РФ (п. 4 ст. 395), и это вполне логично, так как проценты по ст. 395 ГК РФ, по сути, в российской практике воспринимаются как законная диспозитивная неустойка: раз диспозитивная, то установление в договоре пени исключает необходимость обращения к диспозитивно установленной в ст. 395 ГК РФ санкции. Но договор в силу указания в п. 4 ст. 395 ГК РФ может содержать прямое указание на начисление в связи с просрочкой как процентов годовых по ст. 395 ГК РФ, так и пени: по сути, это равнозначно установлению в договоре единой формулы пени, состоящей из двух элементов, один из которых носит переменный характер и привязан к текущей ключевой ставке Банка России. Кроме того, в п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 имеется намек на то, что, если в договоре были установлены пени в виде штрафной неустойки, взыскиваемой в полной сумме вместе с убытками, такая

неустойка может взыскиваться кумулятивно не только с убытками, но и с процентами годовыми по ст. 395 ГК РФ. Насколько ВС РФ готов последовательно реализовывать эту идею, пока не вполне ясно.

Нет оснований сомневаться и в том, что в договоре займа может быть установлено взыскание не пени за каждый день просрочки, а фиксированного штрафа, уплачиваемого за сам факт того, что заемщик допустил просрочку, а также сочетание двух указанных видов неустоек. В последнем случае следует говорить об одной неустойке, состоящей из двух элементов (фиксированной суммы и периодического начисления), такое проявление свободы договора вполне законно (п. 80 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В силу ст. 333 ГК РФ согласованная в договоре займа (кредита) неустойка может быть снижена судом при ее явной несоразмерности последствиям нарушения. Если заемщик является коммерческой организацией, индивидуальным предпринимателем или некоммерческой организацией в рамках осуществления ею приносящей доход деятельности, такое снижение неустойки возможно только в самых исключительных случаях и только по ходатайству заемщика. В остальных случаях суд может снизить неустойку и по собственной инициативе (*ex officio*). Подробнее о снижении неустойки см. п. 69–81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и Постановление Пленума ВС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81.

При этом в силу п. 73 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 наличие у заемщика обязанности по уплате процентов за пользование денежными средствами само по себе не может служить основанием для снижения неустойки. В то же время в силу п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 необычно высокий размер процентов за пользование займом может быть фактором, влияющим на снижение согласованной в договоре займа неустойки.

1.3. Соотношение процентов по ст. 395 ГК РФ и пеней с процентами за пользование займом. Согласно комментируемому пункту проценты за просрочку начисляются одновременно с процентами за пользование займом. То же соотношение имеют проценты за пользование займом и согласованные в договоре пени за просрочку. Иначе говоря, если заем был процентным, по нему проценты за пользование займом по общему правилу начисляются с момента предоставления займа и до момента его фактического погашения, но с момента просрочки в возврате займа к продолжающим начисляться процентам за пользование добавляются проценты годовые по ст. 395 ГК РФ за просрочку или согласованные в договоре пени, и далее эти два вида процентов начисляются кумулятивно до момента фактического погашения долга.

Буквально комментируемая норма говорит о том, что проценты годовые по ст. 395 ГК РФ начисляются на тело основного долга. Тем не менее очевидно, что проценты годовые по ст. 395 ГК РФ или пени подлежат начислению не только на тело основного просроченного долга (или соответствующую просроченную его часть в рамках согласованного в договоре графика погашения), но и на начисленные и вовремя неуплаченные проценты за пользование займом (кредитом). Это следует из общего правила ст. 395 ГК РФ: ведь начисленные проценты представляют собой денежное обязательство, а при просрочке в погашении денежного обязательства в силу ст. 395 ГК РФ подлежат начислению проценты годовые. Кроме того, это абсолютно логично с содержательной точки зрения, ибо проценты за пользование займом являются, по сути, ценой договора займа (кредита) и представляют собой встречное предоставление, которое займодавец получает за предоставление займа (кредита) и ради получения которого большинство займодавцев и решается на принятие на себя серьезного кредитного риска. Позволять заемщику фактически безнаказанно задерживать погашение этой цены просто нелепо и несправедливо.

Но вопрос о том, как относится к этому очевидному выводу судебная практика, не столь прост. В 1998 г. в п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 было указано, что по общему правилу проценты годовые по ст. 395 ГК РФ на невыплаченные проценты по займу (кредиту) не начисляются, если только в договоре прямо не указано на обратное. Начисление же пеней на сумму невыплаченных процентов по займу (кредиту) судебная практика допускала почему-то только тогда, когда в договоре прямо указано на то, что пени начисляются на сумму невыплаченных вовремя процентов; простого указания на начисление пеней в случае несвоевременного погашения денежных обязательств заемщика считалось, видимо, недостаточным (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. № 9423/12). Оба эти вывода кажутся не вполне логичными.

В связи с этим радуется, что в п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 подход вроде бы был изменен: «Если иное не установлено законом или договором, за просрочку уплаты процентов, являющихся платой за пользование денежными средствами, кредитор вправе требовать уплаты неустойки или процентов, предусмотренных статьей 395 ГК РФ». Иначе говоря, теперь проценты годовые за просрочку начисляются на не выплаченные вовремя проценты за пользование займом по умолчанию. Кроме того, в такой ситуации, видимо, теряет основание и вывод о необходимости какого-то специального указания на начисление пеней именно на невыплаченные

проценты: может оказаться вполне достаточным указать в договоре на начисление пеней на сумму просроченных денежных обязательств заемщика по договору. Но при этом положение п. 15 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 об обратном не было отменено. Впрочем, думается, конфликт двух прямо противоречащих друг другу действующих разъяснений следует разрешать в пользу более позднего, что позволяет обосновать две разумные позиции: а) о начислении процентов годовых по ст. 395 ГК РФ на сумму просроченных процентов за использование займа по умолчанию, а также б) об отсутствии необходимости прямого указания на начисление договорных пеней именно на сумму просроченных процентов за пользование займом и достаточности указания на начисление пеней на все просроченные денежные обязательства заемщика по договору.

Остается разобраться с одним крайне важным вопросом. Из текста комментируемой нормы следует, что проценты за просрочку по ст. 395 ГК РФ (или договорные пени) начисляются на просроченный основной долг с момента просрочки кумулятивно с процентами по займу, которые начислялись с момента предоставления займа. Но что, если заем был беспроцентным? Согласно традиционному взгляду, в такой ситуации с момента просрочки начисляются лишь проценты по ст. 395 ГК РФ (или согласованные пени): беспроцентный заем остается беспроцентным и в период просрочки. Но этот подход можно поставить под сомнение. Займодавец предоставлял заемщику беспроцентный заем (т.е. совершал безвозмездную сделку) на определенный срок или рассчитывал на то, что заем будет погашен своевременно после востребования возврата. Логично ли исходить из того, что займодавец был готов на безвозмездность пользования деньгами и за период, когда заемщик нарушил свое обязательство вернуть заем? Как представляется, нет. Конечно, юридически грамотные займодавцы могут настоять на указании в договоре начисления процента за пользование займом в период просрочки (такое условие законно, см. Определение КГД ВС РФ от 29 марта 2016 г. № 83-КГ16-2), но беспроцентные займы чаще всего предоставляют простые граждане, не искушенные в юридических вопросах и склонные к избыточному оптимизму, переоценке честности своих контрагентов и недооценке вероятности невозврата займа. Как представляется, если бы право исходило из того, что в случае просрочки заем трансформируется по умолчанию в процентный с начислением процента по правилам ст. 809 ГК РФ за период просрочки исходя из ключевой ставки Банка России, оно бы угадало то решение, которое большинство участников таких сделок признало бы справедливым и экономически уместным. К сожалению, ГК РФ

об этом прямо не говорит. Но это не мешает судам вывести такое правило из общих принципов права. Нормативным основанием для такого вывода может быть норма п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которой никто не вправе извлекать выгоду из своего правонарушения.

1.4. Скрытые штрафные санкции. Нередко стороны выражают в договоре свою волю на установление неустойки за просрочку в исполнении своих обязательств несколько витиевато, не говоря прямо о пени или штрафе, а предусматривая условия о неких автоматических модификациях ценовых условий сделки, которые а) обусловливаются нарушением договора и при этом б) влекут увеличение финансового бремени нарушителя договора (в виде возникновения у него дополнительных денежных обязательств или лишения нарушителя принадлежащих ему денежных требований в отношении пострадавшего)¹. Возможны и варианты, при которых нарушение договора является условием для реализации пострадавшим секундарного права на изменение договора, влекущего аналогичные неблагоприятные для нарушителя финансовые «невыгоды». Эти тезисы в полной мере справедливы и в отношении договора займа.

Означает ли сказанное, что, если договор предусматривает, что в случае попадания заемщика в просрочку процентная ставка за пользование займом (кредитом) автоматически повышается или может быть в одностороннем порядке повышена на ту или иную величину, речь, по сути, идет о начислении неустойки в виде разницы между изначальной и повышенной ставками?

С одной стороны, для этого вывода вроде бы имеются все основания. Если держаться такой позиции, разница, на которую повышается процентная ставка, является своеобразной формой установить пени. При этом договор одновременно может содержать еще и указание на пени за ту же просрочку, что, как представляется, вполне закономерно: просто следует исходить из того, что в такой ситуации мы имеем дело с двумя элементами единой неустойки за просрочку. Но нужно учитывать, что в судебной практике распространено мнение, что такое увеличение следует рассматривать в качестве установления в договоре иного размера процентов по ст. 395 ГК РФ (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14, п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Такой подход кажется неверным. Очевидно, что иной размер

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 224–225 (автор комментария к ст. 330 – А.Г. Карапетов).

процентов по ст. 395 ГК РФ, установленный в договоре, — это не что иное, как договорные пени. Соответственно, при наличии в договоре и обычных пеней за просрочку, и пеней в виде дельты, на которую повышается в связи с просрочкой процентная ставка за пользование кредита (займа), следует исходить из того, что мы имеем дело с одной двухэлементной неустойкой.

«Неустоечная» квалификация открывает возможность применять в отношении этой меры общие правила о договорной ответственности в целом и неустойке в частности. Например, заемщик, получавший заем (кредит) не в связи с предпринимательской деятельностью, может возражать против такого повышения со ссылкой на отсутствие вины в допущенной просрочке по правилам п. 1–2 ст. 401 ГК РФ; возможно выдвигание возражения о явной несоразмерности неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ; кроме того, само это требование об уплате разницы между процентной ставкой за пользование займом до и после просрочки подлежит учету в реестре требований кредиторов при банкротстве заемщика наравне не с процентами за пользование капиталом, а с иными штрафными санкциями.

С другой стороны против квалификации повышения процентной ставки в связи с просрочкой в качестве меры ответственности (неустойки или иного размера процентов по ст. 395 ГК РФ, что, по сути, одно и то же) может быть выдвинут интересный контраргумент. Такое повышение может рассматриваться как приведение ставки процента за пользование займом в соответствии с выросшим в связи с переходом долга в разряд проблемного уровнем кредитного риска. Процент, как известно, отражает уровень кредитного риска; если заемщик уже в просрочке, вероятность банкротства заемщика намного повышается, и повышение процентной ставки может рассматриваться как соразмерное увеличение цены договора. В пользу такого аргумента можно привести следующее: ВАС РФ, квалифицируя в качестве меры ответственности повышение процентной ставки в связи с просрочкой, одновременно указывал на то, что повышение процентной ставки в связи с ухудшением условий обеспечения или отпадением обеспечения мерой ответственности не является (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Настолько ли принципиальна разница между ростом кредитного риска в связи с просрочкой и в связи с нарушением заемщиком своей обязанности предоставить новое обеспечение взамен утраченного или обеспечить сохранность предмета залога, чтобы право столь по-разному относилось к квалификации механизма повышения процента? Вопрос этот не из простых. А ставки достаточно высоки. Если повышение процента

не мера ответственности, то общие правила об ответственности не применяются, отсутствие вины не освобождает от повышения процента, суд не может снизить ответственность по ст. 333 ГК РФ, мораторные убытки не идут в зачет с суммой, образующейся в результате такого повышения, а при банкротстве эта сумма оказывается в реестре требований кредиторов на равных с обычными необеспеченными требованиями.

Другой ракурс той же проблемы можно обнаружить в Определении КГД ВС РФ от 29 марта 2016 г. № 83-КГ16-2. По факту данного дела, был предоставлен беспроцентный заем, но на случай просрочки в возврате займа было предусмотрено начисление с момента просрочки процента за пользование займом в размере более 547,5% годовых. Суд не признал запуск начисления процентов по изначально беспроцентному займу на случай просрочки мерой ответственности, указанное включение процентов определил все-таки как процент за пользование займом, но предписал снизить его на основании ст. 10 ГК РФ. Очевидно, что триггером для увеличения финансового бремени заемщика была просрочка, и, казалось бы, есть основания для переквалификации этого механизма в неустойку, но Суд не пошел по этому пути. Как указывалось в п. 1.3 комментария к настоящей статье выше, стороны могут установить, что беспроцентный заем с момента просрочки трансформируется в процентный (более того, есть аргументы в пользу того, чтобы такая трансформация происходила по умолчанию). Но не является ли этот механизм увеличения финансового бремени заемщика на самом деле неустойкой? Вопрос спорный в силу туманности границы между неустойкой и условиями о корректировке цены.

Могут встречаться и иные примеры пограничных договорных конструкций. Например, договор может предусматривать, что в случае просрочки в погашении займа начисленные ранее проценты за пользование займом автоматически капитализируют тело основного долга с последующим начислением процентов за пользование займом на это увеличенное тело долга. Это, по сути, означает, что в случае просрочки в погашении займа вновь начисляемые проценты за пользование займом начнут начисляться на ранее начисленные проценты того же рода (сложные проценты). Такое условие договора, в частности, рассматривалось в Определении КГД ВС РФ от 13 декабря 2016 г. № 44-КГ16-30, и Суд увидел здесь скрытую неустойку, что обусловило вывод о возможности применения ст. 333 ГК РФ. В свете того, что сейчас после 1 июня 2015 г. правило п. 2 ст. 317.1 ГК РФ допускает установление в договоре условия о начислении процентов за пользование капиталом на не выплаченные в срок проценты той же при-

роды (сложные проценты) в договорах между предпринимателями, как минимум в контексте таких договоров подобное условие вполне законно, но, так как оно в качестве триггера для такой капитализации процентов, увеличивающей финансовое бремя заемщика, предусматривает нарушение им договора, встает вопрос о квалификации такой конструкции в качестве неустойки. Суд здесь увидел неустойку, но в предыдущем примере с «включением» процентов за пользование займом по ранее беспроцентному займу в период просрочки в его возврате он неустойку не увидел. Насколько эта практика последовательна? В этом есть сомнения¹.

Ответ на поставленный вопрос пока не вполне очевиден, так как затрагивает глубинную неопределенность в вопросе о природе неустойки. Возможное компромиссное решение состоит в том, что в той степени, в которой повышение процентной ставки может быть экономически объяснено повышением кредитного риска, такое повышение действительно не стоит рассматривать в качестве штрафной санкции. В части же, превышающей этот уровень, мы имеем дело с неустойкой в чистом виде. Впрочем, против этого можно возразить, что определить рыночную стоимость кредитования заемщика, который уже находится в просрочке, крайне затруднительно. В общем и целом вопрос требует дополнительного изучения.

В этих условиях, возможно, наиболее простым в применении (пусть и не всегда точным) критерием разграничения тех случаев повышения процентной ставки или иного увеличения процентного бремени, которые представляют собой неустойку, от тех случаев, когда о неустойке не стоит говорить, является характеристика того обстоятельства-триггера, которое запускает неблагоприятное для должника изменение финансовых параметров сделки. Если таким обстоятельством является нарушение договора заемщиком, следует говорить о неустойке. Но следует прямо сказать, что полной уверенности в корректности такого упрощенного подхода у нас нет.

1.5. Штрафные санкции и ст. 319 ГК РФ. Проценты за просрочку по ст. 395 ГК РФ, или договорные пени, подлежат погашению при

¹ Отметим, что в тех ситуациях, когда заемщиком является лицо, не выступающее в качестве предпринимателя, ответ на вопрос о возможности такой автоматической капитализации, привязанной к факту просрочки, становится более проблематичным в силу того, что п. 2 ст. 317.1 ГК РФ включение в такого рода договор условия о капитализации процентов в принципе жестко запрещает, и есть основания думать, что этот запрет распространяется и на те ситуации, когда триггером для капитализации является нарушение заемщиком-некоммерсантом договора. Впрочем, полной ясности по данному вопросу нет.

недостаточности переведенной заемщиком суммы для покрытия всех вытекающих из договора займа и созревших денежных обязательств в последнюю очередь, после погашения процентов за пользование займом и тела основного долга. При этом судебная практика исходит из того, что данная выведенная в рамках судебного правотворчества правовая позиция является императивной и не может быть изменена в договоре (п. 1–2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Определение КГД ВС РФ от 25 апреля 2017 г. № 46-КГ17-4). Об особенностях решения той же проблемы определения очередности погашения штрафных санкций, начисленных по договору потребительского кредита (займа), см. императивные нормы ч. 20 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе).

При этом согласно п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «положения статьи 319 ГК РФ не лишают кредитора права до погашения основной суммы долга предъявить иск о взыскании с должника неустойки или процентов, взыскиваемых на основании статьи 395 ГК РФ». Иначе говоря, ВС РФ, по сути, позволяет кредитору (в том числе займодавцу) несколько переиграть указанную очередность, если он готов взыскивать начисленные штрафные санкции до погашения основного долга. Получается, если займодавец взыщет начисленные, скажем, за год пени, но почему-то воздержится от обращения в суд за взысканием основного долга, присужденная судом к уплате сумма при ее фактическом взыскании приведет к приоритетному погашению начисленных штрафных санкций.

Запрет на согласование в договоре иного порядка определения очереди погашения штрафных санкций при недостаточности платежа (в первую очередь согласование приоритетного по отношению к телу долга или даже процентам по займу погашения штрафных санкций) может быть оправдано в контексте потребительских договоров и только в отношении платежей, которые осуществляет потребитель. Вряд ли такое ограничение свободы договора обосновано в отношении платежей, которые осуществляет коммерсант в отношении потребителя (например, платежа, посредством которого банк выдает кредит, и штрафных санкций за просрочку в его выплате), а также в отношениях сторон по сугубо коммерческим договорам. Если банк и, скажем, крупная нефтяная компания договариваются, что в их отношениях поступающие от нефтяной компании платежи в случае образования просрочки пойдут в первую очередь в счет погашения начисленных пеней, каковы конституционные основания

блокировать это условие их контракта? Как представляется, таковых не имеется.

1.6. Мораторные убытки. Просрочка в оплате является нарушением договорного обязательства, а следовательно, влечет возникновение у займодавца права на взыскание убытков, вызванных такой просрочкой (так называемые мораторные убытки). В силу зачетного по умолчанию соотношения процентов годовых по ст. 395 ГК РФ (п. 2 ст. 395 ГК РФ) и неустойки (п. 1 ст. 394 ГК РФ) по отношению к таким убыткам займодавец вправе требовать в случае просрочки возмещения убытков лишь в сумме, превышающей сумму начисленных процентов за просрочку или неустойки.

Впрочем, на практике доказать наличие причинно-следственной связи между просрочкой и убытками займодавца крайне проблематично. Поэтому в подавляющем числе случаев взыскать убытки в сумме, превышающей уровень процентов по ст. 395 ГК РФ или договорных пеней, у займодавца не получится, если сам заем был процентным и уровень этих процентов за пользование займом был таков, что при суммировании с процентами за просрочку (или пенями) полученная величина превышает уровень средних ставок по кредитам в экономике.

Если заем был беспроцентным, а сам размер пеней за просрочку небольшим, ниже средних ставок по кредитам, или пени в договоре вовсе не были установлены и применялась лишь ключевая ставка Банка России по правилам ст. 395 ГК РФ, которая также значительно ниже рыночных ставок по необеспеченным кредитам, ситуация несколько меняется. Суммарное процентное бремя, которое заемщик несет в такой ситуации в период просрочки, может оказаться ниже средних ставок по кредитам в экономике. В итоге у заемщика может не оказаться достаточных стимулов соблюдать договор, возвращать заем вовремя и добровольно. Впрочем, острота этой проблемы применительно к беспроцентным займам снимается, если судебная практика примет то предложение, которое было озвучено в п. 1.3 комментария к настоящей статье: суть его, напомним, в том, что беспроцентный заем должен в период просрочки по умолчанию трансформироваться в процентный с начислением процентов по ключевой ставке Банка России согласно правилам ст. 809 ГК РФ. Суммирование таких процентов и процентов по ст. 395 ГК РФ (или пеней) может поднять уровень процентного бремени для заемщика на относительно приемлемый уровень.

Если заем был процентным, но ставка была достаточно низкой, или в договоре было исключено начисление процентов по ст. 395 ГК РФ в период просрочки, или согласованы пени на уровне значительно ниже ключевой ставки, может сложиться такая ситуация, когда сум-

марное процентное бремя, которое несет заемщик в период просрочки, оказывается ниже средних ставок по кредитам в экономике той же степени обеспеченности или ниже тех ставок, по которым данный конкретный заемщик мог бы привлечь кредитное финансирование с учетом уровня своей кредитоспособности. В такой ситуации получается, что право не стимулирует должника вовремя погашать свой долг и поощряет правонарушение, что противоречит правилу п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не вправе извлекать выгоду из своего правонарушения. Как представляется, займодавец в такой ситуации вправе претендовать за период просрочки как минимум на то, что заемщик платил бы банку, если бы привлек указанные средства по кредитному договору с той же степенью обеспеченности. Соответственно, если в результате начисления за период просрочки различных процентов займодавец получает меньше, чем средняя ставка, по которой он мог бы привлечь кредит, есть основания для взыскания мораторных убытков в соответствии с правилом абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ в виде разницы между этими показателями, исключив тем самым извлечение заемщиком неправомерного дохода в виде экономии на процентах. Распространение такой практики создаст верные стимулы к добровольному погашению своих долгов и позволит избежать абсолютно неприемлемой, но наблюдаемой сейчас картины: должнику выгоднее свои долги добровольно не погашать, а ждать исполнительного листа в ситуации, когда ему очевидно, что на кредитном рынке он не получит столь низких ставок, по которым нынешняя судебная практика позволяет ему неправомерно пользоваться причитающимися кредитору деньгами.

1.7. Основания освобождения от ответственности. В силу того, что проценты, начисляемые в соответствии со ст. 395 ГК РФ, воспринимаются в российской судебной практике в качестве меры ответственности, взыскание таких процентов исключается, если заемщик, получивший заем не в связи с осуществлением коммерческой деятельности, допустил просрочку не по своей вине, и отсутствие вины было заемщиком доказано (п. 1–2 ст. 401 ГК РФ). Данный тезис находит свое подтверждение и в судебной практике. Так, п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 указывает следующее: «Поскольку смерть должника не влечет прекращения обязательств по заключенному им договору, наследник, принявший наследство, становится должником и несет обязанности по их исполнению со дня открытия наследства (например, в случае, если наследодателем был заключен кредитный договор, обязанности по возврату денежной суммы, полученной наследодателем, и уплате процентов на нее). Проценты,

подлежащие уплате в соответствии со статьей 395 ГК РФ, взимаются за неисполнение денежного обязательства наследодателем по день открытия наследства, а после открытия наследства за неисполнение денежного обязательства наследником, по смыслу пункта 1 статьи 401 ГК РФ, — по истечении времени, необходимого для принятия наследства (приобретения выморочного имущества)». Эта позиция обусловлена восприятием в российской судебной практике процентов годовых по ст. 395 ГК РФ в качестве меры ответственности, к которой применяются общие правила об основаниях освобождения от ответственности. Логика ВС РФ, видимо, такова: если наследник заемщика в течение некоторого времени после открытия наследства никак не мог расплатиться по долгу заемщика, так как еще сам не знал, в каком объеме и какой долг заемщика к нему перейдет, считать его виновным в продолжении просрочки нельзя, а раз речь идет об обычном гражданине, то при отсутствии вины он освобождается от ответственности (п. 1–2 ст. 401 ГК РФ).

Если же заем был получен в связи с осуществлением заемщиком предпринимательской деятельности, освобождение от взыскания таких процентов согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ возможно только в случае непреодолимой силы (например, если перевод денег займодавцу был запрещен в силу принятия соответствующих публично-правовых запретов, санкций и т.п., обладающих необходимыми признаками непреодолимой силы). Те же выводы касаются и взыскания иных штрафных санкций в связи с просрочкой: неустойки, а также мораторных убытков. При этом, естественно, наличие оснований для освобождения от ответственности не освобождает заемщика от уплаты процентов за пользование займом.

2. Право на досрочное истребование займа при нарушении графика погашения долга. Согласно норме п. 2 ст. 811 ГК РФ, если заем погашается в силу договора по частям, нарушение заемщиком сроков внесения очередных платежей дает займодавцу право потребовать досрочного погашения всего заемного долга (т.е. акселерация долга) с уплатой начисленных по день фактического возврата долга процентов.

Положения данного пункта (в отличие от нормы п. 1 комментируемой статьи) применяются как к денежным, так и иным видам займа.

2.1. Концептуальные проблемы. В целом возможны два подхода к объяснению права займодавца досрочно прекратить договорное правоотношение с заемщиком.

Согласно первому, мы имеем дело с расторжением договора. Займодавец, столкнувшись с нарушением договора заемщиком (в том числе

теми самыми просрочками в исполнении финансовых обязательств), заявляет об отказе от договора, а требование о досрочном возврате займа или кредита является следствием такого расторжения, так же как и прекращение обязательств займодавца (банка) предоставлять следующие «порции» соответствующего имущества по консенсуальному договору займа или кредитному договору в будущем (например, в рамках кредитной линии). Если же договор не предусматривал в будущем выделения новых займов, то расторжение в рамках такого подхода проявляется только в досрочном истребовании выданного займа (кредита). Сложность с такой концепцией состоит в следующем. Во-первых, если в будущем никакое кредитование или выделение заемных средств не предполагалось и расторжение сводится к досрочному возврату ранее выданного займа, такой правовой эффект крайне сложно отнести к расторжению, ибо расторжение по терминологии ГК РФ — это инструмент прекращения обязательств (ст. 453 ГК РФ). Если у займодавца или банка больше нет обязательств, то не вполне ясно, какое обязательство такое расторжение прекращает. Иногда ранее встречались решения, в которых суды считали, что такое расторжение прекращает долг заемщика вернуть кредит или заем, этот долг остается на заемщике, но трансформируется в какой-то внедоговорный долг по возврату неосновательного обогащения (с отсечением права начислять договорные проценты до момента возврата займа или кредита или договорные пени после расторжения, а также с отпадением обеспечений и иных правовых «аксессуаров» договорного характера долга). Более нелепой концепции трудно себе представить. Очевидно, что заявление о досрочном возврате займа не прекращает само договорное обязательство вернуть заем, а лишь меняет его срок. Но тогда и встает тот самый вопрос о том, зачем говорить о расторжении, если ни одно из договорных обязательств в момент отказа от договора не прекращается. Во-вторых, если взять в фокус внимания договоры кредитной линии и иные договоры, предполагающие предоставление займа или кредита по частям, то тут действительно обнаруживается обязательство, которое может прекращаться путем того самого расторжения, — это обязательство банка или займодавца предоставить новые части займа или кредита. Но вполне мыслимо себе представить, что банк (или займодавец), столкнувшись с каким-то нарушением обязательств со стороны заемщика, пожелает отказаться от дальнейшего кредитования в будущем, не желая при этом досрочно истребовать ранее выданный заем или кредит. Соответственно, единое право на расторжение, если пытаться его здесь сформулировать, начинает распадаться на два разных средства защиты: право на досрочное

истребование долга и право на прекращение своего обязательства выдавать займы или кредитные транши в будущем.

Согласно второму подходу, мы видим два разных средства защиты. Отказ от договора (расторжение) в строгом соответствии с ГК РФ — это способ защиты, направленный на прекращение обязательств. Отказ от договора нацелен на будущее и прекращает правовую основу для дальнейшего обращения заемщика с требованиями к займодавцу о выдаче займа или кредита. Отказ от договора востребован займодавцем (банком) тогда, когда заем или кредит еще не выдавался, но заемщик уже нарушил те или иные обязанности или возникла реальная угроза нарушения в будущем, а также тогда, когда у займодавца или банка, выдавшего заем или кредит, сохраняются обязательства выдавать новые займы или кредитные транши в будущем (т.е. тогда, когда у займодавца имеются неисполненные обязательства, которые есть смысл прекращать). Акселерация же долга — это самостоятельный способ защиты, представляющий собой право займодавца или банка на одностороннее изменение срока исполнения заемного обязательства (в данном случае — заемщика). Этот способ защиты используется тогда, когда уже выдан заем или кредит, и займодавец желает в ответ на допущенное заемщиком нарушение обязательств принудить заемщика к досрочному исполнению своего заемного обязательства. Оба способа защиты могут использоваться как вместе, так и по отдельности, в зависимости от сложившихся обстоятельств и интереса займодавца. Иначе говоря, мы не пытаемся эти правовые эффекты представить как два проявления некоего единого института расторжения договора займа (кредита), а видим здесь два разных способа защиты, которые займодавец или банк могут использовать как вместе, так и врозь.

Судебная практика высших судов в последние годы в целом склонилась к последнему подходу и рассматривает право требовать досрочного погашения заемного долга (так называемая акселерация долга) как особое секундарное (преобразовательное) право на одностороннее изменение условия договора о сроке погашения долга (п. 7–8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, определения ВС РФ от 7 февраля 2017 г. № 5-КГ16-228, от 8 сентября 2015 г. № 5-КГ15-91, от 10 марта 2015 г. № 20-КГ14-18). Акселерация долга не прекращает обязательство заемщика, а лишь меняет срок его исполнения. Соответственно, при акселерации долга до момента фактического возврата долга продолжают начисляться согласованные проценты по займу, согласованные пени за просрочку возврата той части займа, своевременный невозврат которой и спровоцировал акселерацию, а также начинают начисляться согласованные пени за просрочку

возврата той части займа, которая по изначальному графику погашения приходилась на будущее (в силу акселерации срок возврата этих частей займа наступает досрочно). Кроме того, поскольку заемный долг при акселерации сохраняется, а меняется лишь срок его возврата, сохраняют силу и все обеспечения (залог, поручительство и т.п.) (см.: п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, Определение КГД ВС РФ от 8 сентября 2015 г. № 5-КГ15-91). Отказ же от договора воспринимается востребованным тогда, когда займодавец или банк желает прекратить свои обязательства выдавать займы по консенсуальному договору или кредитные транши по кредитному договору в будущем.

Разграничение права на расторжение договора и права на акселерацию долга прослеживается и в ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе). В целом такой подход сейчас представляется с формально-догматической точки зрения логичным. Трудно назвать заявлением об отказе от договора (расторжением договора) то, чьим правовым эффектом является не прекращение обязательств, как то следует из правил ст. 453 ГК РФ, а изменение срока исполнения одного из договорных обязательств с сохранением в силе самих обязательств.

Следует, впрочем, сказать, что ранее судебная практика не всегда последовательно разграничивала право на акселерацию и право на расторжение договора займа или кредита (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 9 ноября 2004 г. № 9929/04). Да и на практике нередко займодавец и даже банки ошибаются, когда при столкновении с просрочками заемщика в погашении выданного займа (кредита) в рамках обычного дискретного договора займа (кредита), не предполагающего выделение каких-то новых траншей финансирования в будущем, они зачем-то сопровождают заявление о досрочном возврате займа еще и заявлением о расторжении договора, а нередко и в суд подают иски о расторжении договора и досрочном возврате займа или кредита.

Казалось бы, вопрос решен. Тем не менее ситуация не столь проста. И в п. 2 ст. 811 ГК РФ, и в ст. 813 ГК РФ (на случай отпадения обеспечений, ухудшения их условий или неисполнения обязательств обязанностей по обеспечению долга), которые дают займодавцу право на акселерацию долга, закон не упоминает о праве на отказ от договора. И при этом на случай нарушения обязанностей целевого использования займа или кредита нормы ст. 814 ГК РФ и п. 3 ст. 821 ГК РФ дают займодавцу или банку не только право на акселерацию долга, но и право на отказ от дальнейшего выделения займов или кредитных траншей по договору. Назвать эту ситуацию логичной никак нельзя. Очевидно,

что там, где закон дает займодавцу или банку право на акселерацию, он подразумевает и право указанных лиц на отказ от дальнейшего исполнения своих обязательств по выдаче новых займов или кредитных траншей. Здесь должен действовать принцип *a fortiori*: если займодавцу позволено большее, то тем более позволено и меньшее. Эта проблема вполне решаема с точки зрения телеологического толкования закона, но само ее наличие свидетельствует о том, что при составлении законодательного регулирования законодатель не всегда вспоминал о наличии двух указанных средств защиты и их разной природе.

Другая проблема состоит в том, что закон упоминает лишь ряд нарушений договора со стороны заемщика, которые дают займодавцу или банку право на акселерацию, а иногда и отказ от договора (просрочку в погашении основного долга, нецелевое использование и нарушение обязанностей по предоставлению обеспечений, ухудшение условий обеспечения или полное его отпадение). Но у заемщика по договору может быть и множество иных обязанностей (в том числе по уплате процентов, раскрытию той или иной информации, по воздержанию от определенных действий, по оплате законных комиссий и т.п.). Очевидно, что при существенном нарушении и таких обязанностей займодавец или банк могут иметь право на отказ от договора. Да, общее правило п. 2 ст. 450 ГК РФ, дающее кредитору право требовать расторжения договора в судебном порядке при существенном нарушении, отчасти снимает напряжение, но специфика таких динамичных финансовых сделок, как заем и кредит, просто не вяжется с такой бюрократической и долгой процедурой, как судебное расторжение договора. Проблему можно попытаться решить за счет нахождения правового основания для отказа от договора в правилах п. 2 ст. 405 ГК РФ или п. 2 ст. 328 ГК РФ, а также на уровне договорной практики за счет включения в договор соответствующих условий о праве на отказ при указанных нарушениях. Но далеко не всегда буквальное применение п. 2 ст. 405 ГК РФ и п. 2 ст. 328 ГК РФ может помочь, и потребуются их расширительное толкование, а тактика включения в договор условия о праве на отказ наталкивается в контексте сделок, в которых заемщиком является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность, на запрет согласования права на односторонний отказ в таких сделках, вытекающий из положения п. 2 ст. 310 ГК РФ. Подробнее об этих проблемах см. п. 2.7. комментария к настоящей статье.

Но даже если мы выведем из правил п. 2 ст. 405 и п. 2 ст. 328 ГК РФ для всех этих не упомянутых в законе, но объективно существенных нарушений договора заемщиком право займодавца на отказ от договора,

куда сложнее решить иную проблему: абсолютно непонятно, почему право на акселерацию долга не предусмотрено законом для некоторых из таких нарушений, в отношении которых оно представляется абсолютно уместным (например, акселерация на случай просрочки в погашении процентов). Эту проблему в ряде случаев придется решать путем расширительного толкования закона (подробнее см. п. 2.3 комментария к настоящей статье).

Подводя промежуточный итог, следует заметить, что регулирование средств защиты займодавца или банка на случай нарушения договора заемщиком в ГК РФ носит достаточно фрагментарный и не вполне последовательный характер. Так что здесь в ряде случаев требуется приложить достаточно серьезные усилия для того, чтобы путем телеологического толкования закона сформировать четкий и сбалансированный правовой режим. Далее попытаемся этот пазл собрать.

2.2. Функциональное назначение акселерации на случай просрочки в погашении долга. Просрочки могут свидетельствовать о неблагоприятном финансовом положении заемщика, увеличении кредитного риска займодавца и вероятности столкнуться в конце концов с банкротством заемщика. Соответственно, акселерация позволяет займодавцу не ждать окончания согласованного срока займа и не взыскивать просроченные платежи по частям, постоянно неся судебные издержки, а немедленно востребовать возврат всего выданного займа. Это может позволить вернуть деньги еще до того, как финансовые проблемы заемщика доведут его до окончательного краха, а в случае успешного оперативного возврата средств также разместить их заново, предоставив более надежному заемщику. Тем самым займодавец добивается искомого бесперебойного поступления процентов, которые ему могут быть крайне необходимы для финансирования своей повседневной коммерческой деятельности: в случае банков — для оплаты процентов по пассивам (вкладам, межбанковским кредитами т.п.), за счет которых этот проблемный кредит и был предоставлен заемщику, а в случае с гражданами-рантье — для обеспечения ими своих повседневных расходов.

Предоставление такого права займодавцу на случай срыва заемщиком графика платежей представляется вполне логичным.

2.3. Акселерация при просрочке в уплате процентов и нарушении иных обязательств заемщика. Не вполне, впрочем, понятно, почему норма говорит о праве потребовать досрочного погашения долга при просрочке в возврате части тела основного долга и умалчивает об аналогичной возможности применительно к ситуации, когда заемщик не допускает просрочки в отношении тела долга, но систематически не платит

начисляемые проценты. Например, договор может предусматривать ежемесячную уплату процентов и погашение тела долга одним платежом в конце срока займа. В подобной ситуации нет никаких сомнений в том, что у займодавца должно быть право потребовать досрочного погашения долга в ситуации *систематической* неуплаты начисленных процентов. На возможность заявления акселерации на случай просрочки в уплате процентов говорит и ч. 2 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе).

Договор может предусматривать и иные обязательства заемщика, в частности по оплате комиссии за поддержание кредитной линии (она же опционная премия), по информированию банка или займодавца об изменении своего финансового состояния, по воздержанию от определенных действий и т.п. Если такие обязанности заемщиком нарушены и при этом существенно, должен ли банк или займодавец иметь право на акселерацию долга в силу закона? Можно ли п. 2 ст. 811 ГК РФ толковать расширительно, так, чтобы эта норма применялась при существенном нарушении любых установленных в договоре обязательств заемщика?

Расширение сферы применения данного средства защиты на случай неуплаты процентов кажется абсолютно уместным. Достаточно применить по аналогии ч. 2 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе) в духе принципа *a fortiori*: если закон дает коммерсанту право на акселерацию долга при неуплате процентов *потребителем*, то тем более закон допускает такую акселерацию по договорам займа (кредита) и с иным субъектным составом, как минимум если просрочки носят действительно существенный характер. Ведь проценты — это цена договора займа и кредита. Оставлять займодавца без права истребовать назад выданные средства в ситуации, когда заемщик уклоняется от внесения цены договора, право не может и не должно. При этом здесь речь идет о секундарном праве на одностороннее изменение срока кредита или займа: если основания для акселерации имелись (нарушение обязательств по уплате процентов существенно), займодавец или банк могут заявить об акселерации и при условии доставки соответствующего извещения весь долг заемщика созревает и должен быть погашен досрочно.

То же, как представляется, должно относиться и к случаям существенного нарушения заемщиком иных финансовых обязательств, опосредующих встречное предоставление со стороны заемщика в счет финансирования, которое ему обеспечивает займодавец или банк (например, систематическая неуплата правомерных банковских комиссий, а также нестандартного встречного предоставления в тех случаях,

когда договор займа предусматривает вознаграждение займодавца не в проценте, а в некой иной форме).

Но вопрос о том, уместно ли выведение из творческого толкования закона права на аналогичную одностороннюю внесудебную акселерацию для случаев существенного нарушения не основных (опосредующих встречное предоставление), а дополнительных обязательств заемщика, требует более серьезного обоснования. Акселерация является достаточно радикальным средством защиты, реализация которого может подорвать финансовую устойчивость заемщика, разрушить его бизнес и планы на жизнь. Уместно ли допущение по умолчанию права займодавца (банка) на одностороннюю внесудебную акселерацию на случай, если заемщиком нарушены дополнительные обязательства (например, он вопреки договорным обязательствам перестает раскрывать банку свое финансовое состояние или продает основные активы)?

Казалось бы, нет столь уж насущной потребности в выведении права на акселерацию для случаев существенного нарушения таких не упомянутых в законе, но включенных в договор дополнительных обязательств, ибо стороны при желании всегда могут восполнить пробел в законе и прямо в договоре согласовать право на акселерацию на случай тех или иных нарушений. Но это не совсем так. Дело в том, что российский закон ограничивает стороны в праве согласования в договоре неизвестных закону правовых оснований для одностороннего изменения договора в ситуации, когда такое право предоставляется коммерсанту в договоре с физическим лицом, коммерческую деятельность не осуществляющим (п. 2 ст. 310 ГК РФ, ст. 821.1 ГК РФ, ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности). Соответственно, если мы не выводим универсальное право займодавца или банка на акселерацию долга в ситуации не упомянутых в законе существенных нарушений обязательств заемщика из толкования закона, нам придется *de lege lata* смириться с невозможностью включения условия о праве на акселерацию в сам договор при таком субъектном составе сторон договора займа или кредита. Иначе говоря, важно понять, есть ли у банка или займодавца такое право на акселерацию долга при существенном нарушении любых обязательств заемщика *по умолчанию*.

Вопрос этот в окончательном виде в судебной практике не решен. С одной стороны, возможно истолковать п. 2 ст. 811 ГК РФ еще более расширительно и допустить, что у займодавца (банка) по умолчанию есть право на внесудебную одностороннюю акселерацию долга на случай существенного нарушения любого обязательства заемщика.

С другой стороны, не исключено, что оправдан и следующий компромисс: такого права на одностороннюю внесудебную акселерацию

по умолчанию у банка или займодавца нет, но они вправе требовать акселерации в судебном порядке. Мотивировка может быть следующей. В п. 2 ст. 450 ГК РФ закреплено универсальное право пострадавшего от существенного нарушения договора контрагента требовать как расторжения, так и *изменения* нарушенного договора. На упоминание «изменения» в данной статье часто не обращают внимание, но, возможно, описанная ситуация как раз и представляет собой ту, когда в ответ на существенное нарушение договора оправданно судебное изменение договора. Из природы займа или кредита следует, что займодавец или банк, столкнувшиеся с существенным нарушением заемщиком своих обязательств, может требовать акселерации долга. Для некоторых случаев законодатель прямо установил право на внесудебную акселерацию (просрочка в погашении долга, нецелевое использование, отпадение или ухудшение условий обеспечения), в некоторых случаях логично расширительное прочтение этих норм (например, применительно к акселерации на случай систематической неуплаты процентов), но в остальных ситуациях при существенном нарушении договора заемщиком по умолчанию у займодавца (банка) есть право на судебное изменение договора в части срока погашения займа или кредита согласно п. 2 ст. 450 ГК РФ. Напомним, что разница между судебным и внесудебным вариантами акселерации проявляется в том, в какой момент созревает и объявляется просроченным весь заемный (кредитный) долг: в момент вступления в силу судебного решения об изменении договора или в момент доставки заявления об акселерации (подробнее см. п. 2.4 комментария к настоящей статье).

Судебная практика пока не прояснила этот вопрос. Участники коммерческих заемно-кредитных сделок должны в полной мере это осознавать и по возможности стараться прямо фиксировать в договоре право на акселерацию долга при существенном нарушении всех согласованных в договоре обязательств заемщика или отсутствие такого права для тех или иных случаев. Определенность в этом вопросе — один из краеугольных камней стабильности и предсказуемости финансовых отношений сторон.

2.4. Механика акселерации. С какого момента наступает акселерация (т.е. изменяется срок возврата займа)? Здесь многое зависит от того, как мы понимаем право на досрочное истребование займа. Если исходить из того, что это вторичное (преобразовательное) право на одностороннее изменение условий договора о сроке возврата займа, то ответ очевиден: с момента получения заемщиком извещения об акселерации (оно же требование о досрочном возврате). Такое извещение (требование) является односторонней сделкой изменения условий договора

и вступает в силу по общему правилу с момента доставки извещения заемщику по правилам ст. 165.1 ГК РФ, и с данного момента (точнее, со следующего дня после его доставки) срок возврата всего тела займа считается наступившим. Если заемщик после получения такого правомерного заявления об акселерации уклоняется от возврата всего тела займа, он несет ответственность за просрочку не только в отношении той части займа, чей невозврат в срок спровоцировал акселерацию, но и в отношении всего тела займа. Кроме того, банк получает право на безакцептное списание с открытого заемщиком в том же банке счета всего подвергнутого акселерации долга в целом (если такое право оговорено в договоре), а также предъявление требований к поручителю на всю сумму заемного долга и внесудебное обращение взыскания на предмет залога с учетом опять же всей суммы выданного займа.

Если же считать, что в данном случае речь идет о праве займодавца лишь потребовать изменения условия о сроке в судебном порядке по правилам п. 2 ст. 450 ГК РФ, то акселерация происходит не в момент получения извещения об акселерации, а в момент вступления в силу решения суда о досрочном истребовании займа (п. 3 ст. 453 ГК РФ). При таком подходе до момента вступления преобразовательного решения суда об изменении договора в силу срок возврата займа не наступает, а следовательно, не начинается просрочка в возврате всего тела займа, равно как не наступают иные последствия, связанные с просрочкой всего объема заемного долга.

В контексте толкования упомянутых в законе случаев акселерации (комментируемый п. 2 ст. 811, ст. 813, 814 ГК РФ и т.п.) представляется правильным первый подход. Срок возврата займа (кредита) считается измененным в сам момент доставки заемщику внесудебного или сразу судебного требования о досрочном возврате займа (если, конечно, такое досрочное востребование займа или кредита правомерно). Дождаться вступления решения суда в силу для начала начисления пеней в отношении всей суммы подвергнутого акселерации долга, а также для начала исчисления срока на обращение с требованием к поручителю в отношении всей суммы такого долга необязательно. В пользу такого решения говорит и устойчивая судебная практика (п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42; Обзор судебной практики ВС РФ № 2(2015), утвержденный Президиумом ВС РФ 26 июня 2015 г.; определения КГД ВС РФ от 27 февраля 2018 г. № 78-КГ17-105, от 8 августа 2017 г. № 74-КГ17-12, от 7 февраля 2017 г. № 5-КГ16-228, от 1 ноября 2016 г. № 127-КГ16-10, от 29 сентября 2015 г. № 5-КГ15-108, от 8 сентября 2015 г. № 5-КГ15-91, от 10 марта 2015 г. № 20-КГ14-18 и от 23 июня 2015 г. № 5-КГ15-37).

Но означает ли немедленное наступление срока возврата всего займа, что просрочка в исполнении обязательств заемщика в отношении всех отложенных в силу графика погашения платежей наступает также немедленно? Представляется, что это не вполне справедливо и вряд ли соответствует ожиданиям большинства участников подобных сделок. Заемщику требуется некоторое время на то, чтобы аккумулировать соответствующие средства и перечислить их займодавцу. Поэтому в договоре логично устанавливать некий льготный период времени, в течение которого заемщик должен погасить долг, подвергнутый акселерации. Если такой период в договоре не установлен, такой льготный срок должен все равно выводиться либо из принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ), либо из применения аналогии закона (ст. 6 ГК РФ). Идея о необходимости в силу общего принципа добросовестности предоставления заемщику некоего разумного срока при одностороннем сокращении срока возврата займа (кредита) была закреплена в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147. Также как минимум в отношении договоров займа со сроком погашения шесть месяцев и более кажется вполне логичным применять по аналогии 30-дневный срок с момента востребования, отводимый п. 1 ст. 810 ГК РФ на возврат займа, предоставленного до востребования или без указания срока. Кроме того, тот же 30-дневный срок упомянут в ч. 2 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе) как срок на возврат займа (кредита) при его акселерации на случай нарушения договора со стороны заемщика по потребительскому займу (кредиту). По более краткосрочным займам (кредитам) из принципа добросовестности может вытекать более короткий льготный срок погашения долга, подвергнутого акселерации.

Соответственно, после получения заемщиком правомерного уведомления об акселерации у заемщика имеется некий выводимый из принципа добросовестности или из аналогии закона льготный срок на возврат всей суммы займа, а просрочка в отношении той части долга, которая подверглась акселерации, наступает на следующий день после истечения этого льготного срока. Именно после окончания такого срока должны начать рассчитываться на подвергнутую акселерации часть долга проценты годовые за просрочку или пени, и именно с указанного момента должна начинаться в отношении этой части долга течь исковая давность. Впрочем, данный подход пока не имеет однозначного подтверждения на уровне практики высших судов. Более того, имеется ряд актов, демонстрирующих, что исковую давность на взыскание всей суммы заемного долга при его акселерации суды готовы рассчитывать с момента получения заемщиком заявления об акселерации, а не с момента

истечения какого-либо льготного срока, что косвенно свидетельствует, что в данных актах суды исходили из того, что просрочка в отношении всего тела долга при досрочном востребовании займа начинается немедленно (Определение КГД ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 5-КГ15-108). С таким подходом согласиться нельзя.

Наконец, как было показано в п. 2.3 комментария к настоящей статье, в нашем праве не вполне ясно, как работает акселерация при существенном нарушении иных обязательств заемщика, не указанных в законе как основание для внесудебной акселерации. Один из возможных вариантов — применение здесь по аналогии механизма внесудебной акселерации, закрепленного в п. 2 ст. 811 ГК РФ, но имеется и альтернатива — судебное изменение договора (судебная акселерация) по правилам п. 2 ст. 450 ГК РФ. Как отмечалось, данный вопрос в праве в полной мере не прояснен. Но как минимум стороны сугубо коммерческого договора, а также договора займа, заключенного между гражданами, могут прямо в договоре согласовать внесудебный формат акселерации на случай существенного нарушения любых обязательств, тем самым устранив неопределенность (п. 2 ст. 310 ГК РФ).

2.5. Акселерация долга и основания освобождения от ответственности. Акселерация долга в случае просрочки не является мерой договорной ответственности, так как не возлагает на заемщика дополнительное финансовое бремя в связи с нарушением: заемщик лишь обязан досрочно вернуть существующий долг. Поэтому правила ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности к такой акселерации не применяется. Если заемщик, не осуществляющий предпринимательскую деятельность, допустил просрочку при отсутствии вины, это может заблокировать взыскание с него процентов по ст. 395 ГК РФ, пеней или мораторных убытков (т.е. мер договорной ответственности), но не блокирует право займодавца в одностороннем порядке сократить срок пользования займом. То же касается и случая, когда коммерсант допустил просрочку в связи с непреодолимой силой.

В ряде случаев это может привести к крайне несправедливым результатам. Например, представим, что платежеспособный гражданин-заемщик впал в кому и находился в ней несколько месяцев, затем поправился и готов погасить образовавшуюся задолженность и вернуться к соблюдению графика платежей, а займодавец тем не менее заявляет об акселерации. Если просрочка действительно не свидетельствует о падении кредитоспособности заемщика, попытка займодавца в подобных ситуациях произвести акселерацию может быть заблокирована по правилам п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете злоупотребления правом и п. 4 ст. 450 ГК РФ, согласно которому сторона, управомоченная

на одностороннее изменение условий договора, должна действовать добросовестно и разумно. В то же время, если просрочка наступила без вины, но свидетельствует о значительном падении кредитоспособности заемщика, акселерация возможна и не является злоупотреблением правом.

2.6. Существенность нарушения. К сожалению, п. 2 ст. 811 ГК РФ не содержит ясного указания на то, что акселерация долга возможна только тогда, когда допущенная заемщиком просрочка носит существенный характер. Очевидно, что пропуск заемщиком на один день срока внесения очередного платежа по графику по общему правилу несоразмерен такой крайне болезненной и нередко разрушительной для заемщика санкции, как акселерация всего заемного долга. Чувство справедливости, требующее соблюдения соразмерности между серьезностью проступка и тяжестью санкции, восстает против этого. Кроме того, с экономической точки зрения при отсутствии четкого регулирования данного вопроса в договоре диспозитивное правило должно пытаться уловить то решение, которое считало бы разумным и согласилось бы принять, будь данный вопрос поставлен на обсуждение при переговорах, большинство контрагентов. Вряд ли правило о праве на акселерацию долга при малейшем нарушении графика рассрочки соответствует не только справедливости и разумному балансу интересов сторон, но и ожиданиям большинства контрагентов. В конечном итоге пропустить срок платежа в рамках графика рассрочки на пару дней можно по абсолютно уважительным и чисто техническим причинам.

Поэтому здесь надлежит применять по аналогии п. 2 ст. 450 ГК РФ, согласно которому расторжение нарушенного договора возможно по общему правилу только при существенном нарушении. Тот же, по сути, вывод можно обосновать за счет применения правил п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете на злоупотребление правом.

При оценке просрочки на предмет существенности и пропорциональности такой мере, как акселерация, разумно учитывать само функциональное назначение последнего механизма как средства защиты. Чем сильнее допущенная просрочка с учетом всех сопутствующих обстоятельств повышает кредитный риск, тем больше оснований для признания нарушения существенным для целей акселерации. Например, одно дело техническая просрочка на два или даже 20 дней, допущенная в силу каких-то организационных недоразумений (например, неожиданной смерти директора объективно платежеспособного заемщика, единственного имевшего право подписи на платежных документах, и задержки в проведении общего собрания участников

для избрания нового директора), и совсем другое – пропуск двух или трех подряд этапов платежей тела долга и процентов в рамках согласованного в договоре графика платежей в сочетании с информацией об аресте основных активов заемщика и серьезных проблемах с другими кредиторами.

Но обратной стороной применения критерия существенности просрочки или запрета на злоупотребление правом является некоторая правовая неопределенность. Например, всякий ли суд признает пропуск срока очередного платежа по графику рассрочки на 30 дней в качестве основания для акселерации всего долга? Как уже отмечалось, многое здесь зависит от различных обстоятельств (например, наличия случаев аналогичных нарушений в прошлом, ежемесячного, ежеквартального или ежегодного интервалов в рамках графика рассрочки и др.). Поэтому во избежание правовой неопределенности сторонам рекомендуется четко прописывать в договоре критерии отнесения просрочки к категории существенной и дающей право на акселерацию долга. Если такие критерии в договоре закреплены и просрочка им соответствует, займодавец может относительно уверенно рассчитывать на то, что в случае возникновения споров суд признает акселерацию долга правомерно осуществленной.

В то же время в рамках потребительских кредитов (займов) суды должны подвергать тщательной проверке справедливость указанных критериев, блокируя малейшие злоупотребления неравенством переговорных возможностей при заключении договора. Это неравенство является следствием асимметрии профессионализма, ограниченной рациональности потребителя и ограниченного ресурса его внимания при изучении предложенной проформы кредитного договора. По договорам, заключенным до 1 января 2017 г., т.е. до вступления в силу Закона о потребительском кредите (займе), борьба с подобными злоупотреблениями может вестись за счет признания явно несправедливых условий о критериях существенности просрочки ничтожными согласно п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей. По договорам, заключенным с 1 января 2017 г., проблема не требует от судов проявления дискреции в оценке справедливости таких условий в силу появления ч. 2–3 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе).

Согласно ч. 2 ст. 14 данного Закона «в случае нарушения заемщиком условий договора потребительского кредита (займа) в отношении сроков возврата сумм основного долга и (или) уплаты процентов продолжительностью (общей продолжительностью) более чем шестьдесят календарных дней в течение последних ста восьмидесяти календарных дней кредитор вправе потребовать досрочного возврата оставшейся

суммы потребительского кредита (займа) вместе с причитающимися процентами и (или) расторжения договора потребительского кредита (займа), уведомив об этом заемщика способом, установленным договором, и установив разумный срок возврата оставшейся суммы потребительского кредита (займа), который не может быть менее чем тридцать календарных дней с момента направления кредитором уведомления». Если же нарушен заемщиком договор потребительского кредита (займа), заключенный на срок менее чем 60 календарных дней, согласно п. 3 той же статьи «по сроку возврата сумм основного долга и (или) уплаты процентов продолжительностью (общей продолжительностью) более чем десять календарных дней кредитор вправе потребовать досрочного возврата оставшейся суммы потребительского кредита (займа) вместе с причитающимися процентами или расторжения договора, уведомив об этом заемщика способом, установленным договором, и установив разумный срок возврата оставшейся суммы потребительского кредита (займа), который не может быть менее чем десять календарных дней с момента направления кредитором уведомления».

Таким образом, Закон о потребительском кредите (займе) установил четкие критерии существенности нарушения, дающего займодавцу (банку) право на досрочное истребование займа (кредита) в случае нарушения графика платежей. Потребительский договор может отступить от этих правил в сторону улучшения положения потребителя, но не может ухудшать его положение по сравнению с содержанием данных норм под страхом признания таких условий ничтожными по п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей.

Также следует обратить внимание на ст. 348 ГК РФ, которая указывает на то, какие конкретно нарушения сроков погашения долга дают кредитору по обеспеченному залогом требованию основания для обращения взыскания на предмет залога. Эти положения напрямую не применяются к ситуации акселерации самого долга, не сопровождающейся обращением взыскания на предмет залога. Но в контексте займов (кредитов), обеспеченных залогом, эти положения косвенно ограничивают возможности займодавца (банка) заявить акселерацию, ибо акселерация долга без реализации залоговых прав выглядит хотя и возможным, но достаточно экзотическим предприятием.

Если основанием для акселерации является нарушение иных обязательств заемщика, критерий существенности нарушения также должен применяться, так как принцип существенности нарушения, введенный в ГК РФ в контексте судебного расторжения или изменения нарушенного договора (п. 2 ст. 450 ГК РФ), носит универсальный характер

и применяется как ограничитель как для судебных, так и внесудебных механизмов прекратить или изменить договор в ответ на нарушение договора. В принципе, тот же вывод может быть обоснован и ссылкой на общий принцип добросовестности и запрет на злоупотребление правом (п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Остается только отметить, что не только акселерация долга, но и расторжение на будущее длящегося и предполагающего неоднократную выдачу займов (кредитных траншей) договора оправданно только тогда, когда нарушение является существенным. Подробнее см. п. 2.7 комментария к настоящей статье.

2.7. Соотношение с правом на расторжение нарушенного договора. Как уже отмечалось в п. 2.1 комментария к настоящей статье, акселерация долга не является формой расторжения договора, так как направлена на одностороннее изменение условий договора о сроке возврата займа, а не на прекращение заемного обязательства, в то время как расторжение договора является механизмом именно прекращения обязательств (п. 2 ст. 453 ГК РФ).

Расторжение договора в случае просрочки в погашении частичных платежей востребовано тогда, когда речь идет о длящемся договоре займа (или кредита), предусматривающем обязательства займодавца выдавать займы частями либо по согласованному графику, либо по мере востребования (опционная модель заемной или кредитной линии). В такой ситуации пострадавший от нарушения займодавец заинтересован не только в том, чтобы произвести акселерацию выданного ранее транша финансирования, но и в том, чтобы прекратить свое обязательство выдавать заемные средства в будущем. Кроме того, потребность в расторжении договора может возникнуть и тогда, когда отношения сторон были основаны на рамочном договоре, предусматривающем неоднократное согласование очередных траншей заемного финансирования и некоторые юридически значимые условия, которые действуют и до согласования очередных траншей займа или применяются в отношении порядка такого согласования (например, условие о том, что молчание займодавца в течение определенного срока в ответ на заявку заемщика равноценно акцепту такой заявки молчанием по правилам п. 2 ст. 438 ГК РФ). В подобных ситуациях договор порождал не только обязательства заемщика вернуть выданные займы, применительно к которым займодавец использует право на акселерацию, но и определенные правовые эффекты, которые займодавцу логично именно прекращать на будущее.

Если займодавец сочетает расторжение договора займа (кредита) на будущее и акселерацию выданных заемных средств, правопре-

крашающий эффект расторжения не затрагивает долг, подвергнутый акселерации. В силу природы данного обязательства и специфики отношений по расторжению такого рода договоров обязательство заемщика вернуть заем не прекращается, несмотря на расторжение. Последнее действует строго на будущее, а созревший в связи с акселерацией долг подлежит погашению как долг договорный, до момента его фактического погашения к нему применяются положения договора о процентах за пользование займом, о порядке осуществления платежей при возврате займа, начисляются согласованные пени, а также сохраняются все обеспечения. Эта абсолютно справедливая позиция закреплена в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, а также п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147. Возможность сохранения некоторых договорных обязательств при расторжении договора, когда это следует из существа обязательств, прямо предусмотрена в п. 2 ст. 453 ГК РФ, который в данной ситуации и подлежит применению. Кроме того, расторжение договора займа (кредита) на будущее не прекращает действия таких условий договора, как условие о подсудности споров, третейская оговорка, оговорка о применимом праве, которые подлежат применению к спорам о взыскании долга, подвергнутого акселерации (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35).

Если займодавец по договору займа, предполагающему неоднократное выделение заемных средств (например, кредитной линии), в ответ на просрочку со стороны заемщика намерен не только произвести акселерацию долга по возврату выданного займа, но и расторгнуть договор на будущее, в какой форме это расторжение должно впоследствии? Как известно, общим правилом в российском гражданском праве является расторжение нарушенного договора в судебном порядке (п. 2 ст. 450 ГК РФ), а односторонний отказ от договора возможен только в случаях, указанных в законе или договоре (п. 2 ст. 310 и п. 1 ст. 450.1 ГК РФ). Положения о займе и кредите молчат о праве на односторонний отказ от договора на случай просрочки в возврате займа и уплате процентов. В то же время, как представляется, в заемных отношениях уместен именно односторонний отказ от договора на будущее. Это вытекает из здравого смысла и системного толкования закона. Если закон дает займодавцу секундарное (преобразовательное) право на одностороннее изменение срока возврата займа, то просто нелепо предположить, что для прекращения обязательств по договору на будущее займодавцу требуется соблюдать процедуру судебного расторжения и ожидать вступления в силу решения суда о расторжении для того, чтобы добиться прекращения договорных прав и обязанностей.

Кроме того, право на односторонний внесудебный отказ от договора займа (кредита) на будущее в ответ на просрочку может быть выведено из расширительного толкования или применения по аналогии п. 2 ст. 328 ГК РФ, согласно которому при просрочке в исполнении обязательств одной из сторон договора контрагент вправе отказаться от осуществления своего встречного исполнения. Наконец, право на отказ от консенсуального и длящегося договора займа (кредита), предусматривающего неоднократную выдачу займов, в случае просрочки в возврате выданных ранее займов может быть выведено путем толкования п. 3 ст. 807 ГК РФ, согласно которому «если займодавец в силу договора займа обязался предоставить заем, он вправе отказаться от исполнения договора полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок». Логика здесь достаточно простая: просрочки, допущенные заемщиком в отношении ранее выданных займов, являются достаточно надежным индикатором того, что выданные впоследствии займы также могут быть не возвращены.

Во избежание сложностей контрагентам рекомендуется предусматривать право на внесудебный отказ от договора в самом контракте. Но представляется, что принципиальным является выведение права на внесудебный отказ от договора консенсуального займа (кредита), предусматривающего неоднократное выделение займов, именно из закона. Это связано с тем, что согласно п. 2 ст. 310 ГК РФ возможность установления в договоре оснований для одностороннего отказа от договора ограничена в случаях, когда такое право выговаривает себе коммерсант в отношениях с некоммерсантом. Также до сих пор в судебной практике нет ясности в отношении того, как п. 2 ст. 310 ГК РФ применяется к ситуациям, когда право на отказ от договора выговаривается в договоре между двумя лицами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность. Нет никаких сомнений в том, что в указанных случаях право на внесудебный отказ от договора у займодавца (банка) должно быть именно в силу закона.

При этом, как уже отмечалось, займодавец может не только сочетать отказ от договора на будущее и акселерацию, но и осуществить одно из этих прав, не осуществляя другое. В ряде случаев это с неизбежностью вытекает из существа сложившейся ситуации. Например, если заемщик допустил просрочку, но банк не готов производить акселерацию, боясь столкнуться с банкротством заемщика, он может ограничиться лишь отказом от кредитования в будущем.

Отказ от договора в ответ на просрочки со стороны заемщика возможен (как и акселерация долга) только при существенном нарушении.

Существенность нарушения применительно права на судебное расторжение нарушенного договора предусмотрена в п. 2 ст. 450 ГК РФ, но, безусловно, должна использоваться как критерий допустимости и внесудебной формы расторжения нарушенного договора (одностороннего отказа). Этот вывод можно обосновать как аналогией закона, так и за счет применения правил п. 4 ст. 450.1 ГК РФ о запрете на недобросовестное осуществление права на отказ от договора. В контексте специфики подобного рода договора существенность нарушения прежде всего предполагает такую длительность и (или) частоту допускаемых просрочек, что это в значительной степени подрывает доверие займодавца к способности заемщика соблюдать условия договора в отношении будущих траншей заемного финансирования.

При этом, естественно, стороны могут прямо согласовать в договоре критерии допустимости использования займодавцем права на отказ от договора в ответ на просрочку (например, могут установить пороговые значения длительности и (или) количества допущенных просрочек по ранее выданным займам, достижение которых дает займодавцу право на отказ от договора на будущее). Применительно к договорам потребительского кредита (займа) такие критерии равнозначны критериям допустимости акселерации, прямо закреплены в ч. 2–3 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе) и не могут быть изменены в договоре в ущерб потребителю под страхом ничтожности соответствующих договорных условий.

Все вышесказанное касается и случаев отказа от договора на случай существенных нарушений иных обязательств заемщика (например, по уплате процентов или комиссии за поддержание кредитной линии, нарушения условий о конфиденциальности, информационных обязанностей и т.п.). Иначе говоря, если право на акселерацию долга в силу своей повышенной деструктивности и экстраординарности выводится из закона только на случай просрочки в погашении тела основного долга и может, как указывалось в п. 2.3 комментария к настоящей статье, распространяться путем расширительного толкования до случаев существенного нарушения любых финансовых обязательств заемщика, то право на отказ от дальнейшего кредитования заемщика должно выводиться из закона на случай существенного нарушения любых обязательств заемщика.

2.8. Право приостановить выдачу новых займов. Если заемщик срывает согласованный график платежей по ранее выданным займам (кредитных траншей) в рамках консенсуального договора займа (или кредита), предусматривающего неоднократную выдачу различных заемных средств (например, договора кредитной линии), займодавец,

у которого наступает срок исполнения обязательства выдать новый заемный транш в рамках этого договора, должен иметь право вместо акселерации долга и отказа от договора на будущее приостановить исполнение своего обязательства выдать новый транш займа (кредита). Право приостановить исполнение своего обязательства в описанной ситуации может выводиться из несколько расширительного толкования п. 2 ст. 328 ГК РФ, предусматривающего право приостановить исполнение встречного обязательства по синаллагматическому договору. Кроме того, право приостановить исполнение в такой ситуации может выводиться из системного толкования законодательства. Из элементарных законов логики следует, что если закон позволяет большее, то тем более он допускает и меньшее (принцип толкования *a fortiori*). Если закон позволяет займодавцу отказаться от долгосрочного договора займа на будущее в случае существенных просрочек со стороны заемщика по выданным ранее займам, то тем более он допускает и приостановление исполнения такого обязательства.

При этом, как представляется, для приостановления исполнения обязательства в такой ситуации нет необходимости выяснять существенность просрочки. Достаточно, что к моменту, когда наступает срок для выдачи нового займа в рамках долгосрочного договора (например, кредитной линии), у заемщика имеется текущая просрочка по возврату ранее выданных займов.

Есть основания считать, что право на приостановление исполнения обязательства выдавать займы или кредиты должно выводиться из п. 2 ст. 328 ГК РФ на случай просрочки в уплате не только тела основного долга по ранее выданным по тому же договору займам или кредитам, но и процентов по ним, а также на случай иных длящихся существенных нарушений своих обязательств заемщика.

2.9. Активный отказ от права на акселерацию долга или права на отказ от договора на будущее. Займодавец, столкнувшийся с нарушением сроков внесения платежей и получивший право на акселерацию долга, а в случае с долгосрочным договором еще и права на отказ от договора на будущее, может совершить отказ от осуществления данных прав по правилам п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Такой отказ (*waiver*) может быть перманентным или носить временный характер. В первом случае займодавец уже никогда не сможет совершить акселерацию (или отказ от договора) в связи с теми конкретными фактическими обстоятельствами, которые спровоцировали возникновение права на акселерацию (или отказ). Во втором он не сможет в ответ на возникновение просрочки совершить акселерацию (или заявить об отказе) в течение определенного срока. При этом в обоих случаях речь не идет об из-

менении сроков исполнения обязательств на будущее, отмене факта состоявшегося нарушения и блокировании права взыскания неустойки (или процентов годовых) в связи с просрочкой.

Например, если заемщик сбился с графика платежей и у банка возникло право на досрочный возврат кредита, заемщик может оказаться в крайне уязвимом и неопределенном положении. Акселерация банком всей суммы заемного долга может привести к банкротству заемщика и запустить срабатывание ковенантов (о ковенантах см. п. 2.13 комментария к настоящей статье) по ряду других кредитов, привлеченных заемщиков. Заемщик может обещать банку до определенного числа погасить просроченные долги и вернуться в график платежей, но попросить у банка выразить свою волю на отказ от осуществления права на акселерацию всего долга под условием погашения образовавшейся просроченной задолженности в течение определенного срока. В такой ситуации, если банк заявляет временный отказ от осуществления права в течение отведенного периода, он не может пытаться производить акселерацию до истечения указанного срока. А если банк сопроводил свой временный отказ от права на акселерацию еще и перманентным отказом, поставленным под отлагательное условие погашения просроченных долгов в пределах этого срока, то при погашении просроченных долгов такой перманентный отказ окончательно вступает в силу, и заемщику уже не нужно бояться, что, вернувшись в график платежей, он столкнется с акселерацией долга.

Отказ от осуществления права является односторонней сделкой. Такой отказ требует восприятия и вступает по общему правилу в силу с момента доставки заемщику (ст. 165.1 ГК РФ).

Активный отказ от осуществления указанных прав в силу п. 6 ст. 450.1 ГК РФ возможен после того, как управомоченное лицо узнало или должно было узнать о возникновении оснований для их осуществления. Как представляется, возможен и предварительный отказ от осуществления права (т.е. отказ, осуществленный до возникновения оснований для его осуществления и поставленный под условие возникновения таких оснований), если само это право установлено диспозитивной нормой закона. Если считать, что право займодавца на акселерацию заемного долга установлено диспозитивно, оказывается возможным и предварительный отказ от такого права. Но вопрос о диспозитивности нормы п. 2 ст. 811 ГК РФ об акселерации не вполне однозначен (см. п. 2.15 комментария к настоящей статье). Если такое право считать императивно установленным и соглашение сторон о его исключении ничтожно, то предварительный отказ от его осуществления иметь юридической силы также не может.

Займодавец, столкнувшийся с просрочками и получивший права на акселерацию долга и (или) отказ от договора, иногда может обусловить свое согласие отказаться от осуществления данных прав выплатой ему заемщиком некой суммы в качестве своеобразной платы за согласие такой отказ осуществить (*waiver fee*). Такого рода практика встречается как минимум за рубежом. В такой ситуации между сторонами достигается соглашение: займодавец отказывается от осуществления права на отказ от договора и (или) акселерацию в обмен на внесение заемщиком определенной комиссии. Впрочем, вопрос о такого рода плате за отказ от осуществления права в российской судебной практике пока не вставал и заслуживает изучения.

Отказ от осуществления указанных вторичных прав согласно правилам п. 6–7 ст. 450.1 ГК РФ возможен только тогда, когда такой отказ заявляет лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Уместность такого ограничения вызывает сомнения. В частности, нет очевидных причин, в силу которых стоит запрещать возможность отказа займодавца-гражданина, предоставившего заем своему знакомому, от своего вторичного права на досрочное истребование выданного займа в связи с допущенной просрочкой. Впрочем, в ряде случаев займодавец (в том числе обычный гражданин) может утратить право на акселерацию после того, как он столкнулся с нарушением заемщиком договора, на основании правил о добросовестности и эстоппеле (п. 4–5 ст. 450.1 ГК РФ). Кроме того, право займодавца на акселерацию может быть заблокировано в силу того же эстоппеля, если он не реализует это право в течение разумного срока после того, как он узнал о возникновении оснований для акселерации (подробнее см. п. 2.10 комментария к настоящей статье).

2.10. Срок на реализацию права на акселерацию и запрет на противоречивое поведение. Если заемщик погасил свои долги после некоторого периода просрочки, право займодавца заявить об акселерации долга (равно как и его право отказаться на будущее от дящегося и предполагающего неоднократную выдачу займов договора) должно блокироваться, если займодавец, зная или имея основания знать о наличии оснований для реализации указанных мер, своим активным поведением дает заемщику разумные основания рассчитывать на продолжение взаимодействия на будущее и сохранение графика платежей (например, согласовывает новый транш кредита по данному договору), а также если это право не было реализовано займодавцем в разумный срок после того, как заемщик погасил свои долги.

Допустим, что займодавец столкнулся с тем, что заемщик допустил существенные просрочки, но затем погасил образовавшуюся у него

задолженность по периодическим платежам и «вернулся» в график платежей. После этого займодавец не реализует долгое время свое созревшее право на акселерацию (или отказ от договора), наблюдает, как заемщик продолжает обслуживать свой долг и платить очередные платежи по графику и создает тем самым у заемщика разумные основания надеяться на то, что ситуация исчерпана и разрыв отношений не предвидится. Далее представим, что такой займодавец затем абсолютно неожиданно для заемщика вспоминает о том, что у него год назад созрело право на акселерацию долга (или отказ от договора), и пытается это право реализовать. Нет никаких сомнений, что займодавец в такой ситуации ведет себя откровенно недобросовестно. Тем более это очевидно, если займодавец совершает активные действия, из которых конклюдентно следует его согласие с сохранением в силе условий договора.

На необходимость крайне пристального отношения судов к добросовестности осуществления одной из сторон договора своего права на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора законодатель посчитал необходимым специально указать в п. 4 ст. 450 ГК РФ и п. 4 ст. 450.1 ГК РФ, вступивших в силу 1 июня 2015 г. Более того, в соответствии с вступившим в силу тогда же п. 5 ст. 450.1 ГК РФ «в случаях, если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается». Данная норма говорит о праве на отказ от договора, но она по аналогии вполне применима и к ситуации акселерации долга.

Но тот же подход применим и к договорам, заключенным до 1 июня 2015 г. Так, к похожему выводу об утрате права на отказ в случае его нереализации в разумный срок после получения кредитором просроченных платежей применительно к ситуации расторжения арендодателем договора аренды после того, как арендатор, допустив просрочку в оплате, дающую арендодателю право на расторжение, все-таки погасил долг, пришел ВАС РФ еще до появления в ГК РФ п. 5 ст. 450.1 (п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73).

Остается, впрочем, не вполне проясненным в нашем праве вопрос о том, идет ли в таких ситуациях речь о блокировании права на акселерацию и отказ от договора на будущее на основании принципа эстоппель как частного случая запрета на злоупотребление правом (запрета на противоречивое поведение, *venire contra factum proprium*), или данное право просто утрачивается в силу конклюдентного отказа

от договорного права, т.е. сделочного волеизъявления (п. 6 ст. 450.1 ГК РФ). Дело в том, что в нашем праве вопрос о разграничении активно применяемого судами принципа эстоппель (т.е. блокирования права в силу противоречивого поведения) и отказа от осуществления договорных прав (т.е. утраты права в силу особой сделки) в полной мере не прояснен.

Не вполне проясненным является вопрос о том, может ли иметь силу встречающееся нередко на практике условие договора о том, что нереализация стороной договора каких-либо прав по договору (в том числе прав на акселерацию или отказ от договора займа на будущее) после возникновения оснований для их реализации не может восприниматься другой стороной как конклюдентный, подразумеваемый отказ от прав или влечь блокирование права в силу принципа эстоппель (так называемая *no-waiver clause*). Если исходить из сделочной природы подтверждения договора после возникновения права на его расторжение (или подтверждения сохранения в неизменности графика платежей после возникновения у займодавца права на акселерацию), то нет ничего невероятного в том, что договор устанавливает необходимость эксплицитного, прямо выраженного изъявления воли на отказ от подобных секундарных прав. Если же видеть в описанной блокировке реализацию принципа эстоппель и запрета на злоупотребление правом, вывод может быть обратным, ибо добросовестность и запрет на злоупотребление правом суть нормы императивные и не могут быть исключены по воле сторон договора. В то же время, даже если оставаться в рамках теории эстоппель, мыслим и такой контраргумент: в подобном условии договора стороны не ограничивают действие запрета на злоупотребление правом, а лишь устанавливают, что у заемщика на основе бездействия займодавца не должно возникать никаких разумных ожиданий в отношении нереализации последним в будущем прав на акселерацию или отказ от договора; если заемщик осведомлен об этом, то у него не могут возникать разумные ожидания, а ведь для защиты таких разумных ожиданий принцип эстоппель и блокирует формальное право. На первый взгляд данный контраргумент кажется несколько искусственным, но какую-либо однозначную позицию по данному вопросу пока выдвигать несколько преждевременно. Вопрос требует более серьезного изучения.

Также необходимо отметить, что из п. 7 ст. 450.1 ГК РФ следует, что в договоре может быть прямо оговорен срок, в течение которого займодавец (банк) может осуществить свои секундарные права на отказ или акселерацию после того, как он узнал или должен был узнать о возникновении оснований для осуществления таких прав; если эти

права не были осуществлены в указанный срок, такие права следует считать прекратившимися. По сути, эта норма реализует ту опцию, которая допущена в п. 3 ст. 158 ГК РФ: молчание управомоченной стороны в течение оговоренного в договоре срока будет расцениваться как сделочное волеизъявление (в данном случае — об отказе от права). Хотя п. 7 ст. 450.1 ГК РФ и устанавливает, что пассивность управомоченной стороны в течение согласованного срока означает отказ от осуществления права по п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, а последняя норма допускает отказ от осуществления права лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, есть все основания допускать ту же конструкцию и в остальных случаях. В конечном итоге п. 3 ст. 158 ГК РФ о возможности согласовать в ранее заключенном договоре сделочное значение молчания (так называемое нормирование молчания) является универсальным правилом, распространяющимся на сделки с любым субъектным составом.

2.11. Причитающиеся проценты. Действующая редакция п. 2 ст. 811 ГК РФ абсолютно корректно говорит о том, что при досрочном возвращении займа займодавцу должны быть уплачены проценты, рассчитанные по день фактического возврата займа. Редакция, действовавшая до 31 мая 2018 г., говорила о необходимости уплаты просто «причитающихся процентов». В принципе, эта формулировка вполне позволяла истолковать норму таким образом, что уплате подлежат проценты, причитающиеся на момент фактического возврата. Но в п. 16 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 высшие суды по какой-то неведомой причине указали следующее: «В случаях, когда на основании пункта 2 статьи 811, статьи 813, пункта 2 статьи 814 Кодекса займодавец вправе потребовать досрочного возврата суммы займа или его части вместе с причитающимися процентами, проценты в установленном договором размере (статья 809 Кодекса) могут быть взысканы по требованию займодавца *до дня, когда сумма займа в соответствии с договором должна была быть возвращена*» (курсив мой. — А.К.). Нелепость и несправедливость такого разъяснения абсолютно очевидна, так как оно позволяло займодавцу получить сумму, которая может во много раз превышать все возможные убытки, возникшие в связи с вынужденным изменением срока исполнения обязательства. Займодавец, по сути, мог получить огромное неосновательное обогащение: вернуть заем, выдать средства заново другому заемщику по той же или даже большей ставке, но при этом еще и взыскать с заемщика рассчитанные на будущее неполученные от него из-за досрочного возврата займа проценты.

Ситуацию попытался исправить ВАС РФ, видимо, осознав всю нелепость того разъяснения. Он указал в п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, что данная мера взыскания причитающихся в будущем процентов не может привести к взысканию в пользу займодавца суммы большей, чем убытки займодавца. Окончательно вопрос был решен в рамках редакции п. 2 ст. 811 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2018 г. Теперь проценты подлежат уплате при досрочном погашении займа за период до реального возврата займа, так как являются платой за фактическое пользование займом. Но это ни в коей мере не ставит под сомнение право займодавца потребовать возмещения убытков, вызванных вынужденным досрочным прекращением заемного правоотношения, включая упущенную выгоду (см. по данному вопросу п. 2.12 комментария к настоящей статье).

2.12. Убытки и неустойка за вынужденное досрочное сворачивание договорного правоотношения. Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 ст. 811 ГК РФ, если заемщик нарушает условия договора займа о сроках погашения займа, применяются общие правила ст. 393 ГК РФ о взыскании мораторных убытков (т.е. убытков, вызванных фактом просрочки).

Но если заем истребуется досрочно в связи с просрочкой в погашении долга заемщиком, у займодавца могут образоваться убытки, вызванные вынужденным досрочным прекращением договорного правоотношения. Здесь подлежит применению п. 2 ст. 393 ГК РФ о взыскании убытков в связи с нарушением обязательства, допускающий взыскание реального ущерба и упущенной выгоды в таком объеме, который должен поставить кредитора в то материальное положение, в котором он находился бы, если бы договор был надлежащим образом исполнен (правило о защите так называемого позитивного договорного интереса). Кроме того, подлежит применению и ст. 393.1 ГК РФ о взыскании убытков в виде конкретной или абстрактной ценовой разницы при досрочном прекращении договора в связи с его нарушением одной из сторон.

Теоретически возможно взыскание реального ущерба (каких-либо издержек, понесенных займодавцем в связи с прекращением договорного правоотношения), но они вряд ли будут сколько-нибудь значительны. Куда более важно, что здесь возможны несколько наиболее типичных вариантов расчета убытков в виде упущенной выгоды. Согласно первому, займодавец, профессионально и систематически предоставляющий займы (кредиты) и получивший возврат займа досрочно в связи с правомерной акселерацией по причине нарушений договора со стороны заемщика, может потребовать в качестве упущен-

ной выгоды возмещения процентов по договору за период с момента фактического возврата займа и до истечения некоего разумного срока, который необходим для повторного размещения возвращенных средств путем предоставления их в заем третьим лицам. В п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 Суд признал обоснованным взыскание в подобной ситуации процентов по согласованной в договоре ставке за один месяц после фактического досрочного возврата кредита.

Вторая модель расчета убытков, которая может сочетаться с первой, состоит в следующем. Банк или иной профессионально занимающийся предоставлением процентных займов, получивший от заемщика досрочное исполнение в связи с акселерацией по причине нарушения договора заемщиком, при повторном размещении средств путем предоставления их в заем третьему лицу с сопоставимой с заемщиком кредитоспособностью на примерно аналогичных условиях в разумный срок после возврата займа может столкнуться с тем, что процентная ставка по такой заменяющей сделке окажется ниже в связи с общим падением рыночной ставки процента за прошедшее с момента заключения первого договора время. Образующаяся разница в процентах подлежит взысканию в качестве упущенной выгоды с учетом срока, в течение которого заемщик-нарушитель должен был обслуживать заем, не произошли досрочное его истребование. При этом разумность процента, который был согласован займодавцем в новом договоре займа, презюмируется, обратное подлежит доказыванию заемщиком. Если неразумность процента в заменяющей сделке займа доказана заемщиком, суд может скорректировать размер убытков по правилам ст. 404 ГК РФ. Эти выводы следуют из разъяснений, закрепленных в п. 12–14 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в отношении ст. 393.1 ГК РФ. Впрочем, использование этой модели доказывания упущенной выгоды затруднено тем, что сложно доказать, какая из заключенных после досрочного возврата займа сделка по предоставлению займа (кредита) другому заемщику является заменяющей по отношению к нарушенному договору, по которому была произведена акселерация. Поэтому более перспективной выглядит третья модель доказывания убытков – абстрактные убытки.

Согласно третьему, абстрактному варианту расчета убытков, займодавец, не доказывая заключение конкретной заменяющей сделки, взыскивает с заемщика разницу между процентом по досрочно истребованному займу и средним рыночным процентом, по которому займы (кредиты) на аналогичных условиях предоставляются на мо-

мент досрочного возврата займа. Здесь заключать заменяющую сделку не требуется, и речь идет о так называемых абстрактных убытках. Эти выводы следуют из применения разъяснений, закрепленных в п. 11 и 14 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в отношении правил ст. 393.1 ГК РФ. Более того, возможность взыскания таких абстрактных убытков при акселерации долга именно по договору займа (кредита) была закреплена в практике ВАС РФ еще до появления в ГК РФ ст. 393.1 (т.е. до 1 июня 2015 г.). В п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 Суд отмечает, что «даже получив в свое распоряжение денежные средства, составляющие сумму кредита, банк не сможет разместить ее на тех условиях, которые были установлены кредитным договором с ответчиком, так как средние ставки по такого рода кредитам в настоящее время существенно снизились», и в связи с этим считает, что «разница между процентными ставками (ставкой, предусмотренной кредитным договором, и той, по которой в настоящее время банк выдает аналогичные кредиты) составляет упущенную выгоду банка, и эти убытки подлежат возмещению заемщиком».

Надо сказать, что, по нашим данным, активной практики предъявления банками подобных убытков к взысканию не наблюдается, несмотря на то что в последние годы имеется тенденция к снижению рыночных ставок процентов, а следовательно, упущенная выгода при акселерации не может не образовываться. Возможно, это обусловлено тем, что в принципе взыскание убытков в связи с нарушением договора в российских судах — явление экзотическое, и по данным на 2017 г. среди всех исков о нарушении договорных обязательств, рассматриваемых арбитражными судами, иски о взыскании убытков составляют менее 3%. В то же время с учетом того, что уровень «взыскиваемости» по предъявленным искам неуклонно растет в последние годы и достиг в 2017 г. уровня более 42% (т.е. в среднем из 100 заявленных к взысканию рублей убытков за нарушение договора российские арбитражные суды взыскивают 42 рубля), такая пассивность кредиторов в деле защиты своих прав не может быть рационально объяснена. Впрочем, возможно и иное объяснение: в большинстве случаев акселерация долга сопровождается крахом бизнеса заемщика и открытием против него дела о банкротстве; требования же о возмещении упущенной выгоды в рамках дела о банкротстве понижаются в очереди по отношению к иным денежным гражданско-правовым требованиям, что с учетом российских реалий банкротства практически исключает малейший шанс *de facto* получить такую компенсацию в ходе конкурсного производства.

Возникает интересный вопрос о возможности взыскания подобной упущенной выгоды, рассчитанной в виде проекции на будущее конкретной или абстрактной разницы в процентных ставках, в ситуациях, когда закон дает заемщику право на произвольное досрочное возвращение займа (например, когда заемщиком по процентному займу является гражданин, получивший заем в личных, некоммерческих целях). Тот же вопрос возникает и тогда, когда аналогичное право давал заемщику сам договор займа. Возможно, в такой ситуации указанные убытки взысканы быть не могут, за исключением суммы, равной тем процентам, которые могли бы начисляться в период, за который заемщик по условиям договора или закона должен был бы предупредить займодавца о желании вернуть заем досрочно, если бы заем возвращался в результате произвольного волеизъявления заемщика. Если же договор правомерно предусматривал некую плату за досрочный возврат кредита (займа) по воле заемщика, есть основания думать, что взыскиваемые с заемщика по правилам ст. 393.1 ГК РФ убытки не могут превысить уровень этой платы. Впрочем, данные вопросы пока в нашей судебной практике не разрешены.

Договор займа может предусматривать обязанность по уплате фиксированного штрафа на случай досрочного истребования займа по причине нарушения договора со стороны заемщика.

Остается отметить, что к взысканию подобного рода убытков и (или) штрафа применяются общие правила ст. 401 ГК РФ об освобождении от ответственности в случае доказанного заемщиком отсутствия вины в нарушении договора (а в ситуации, когда заемщиком являлся предприниматель, в случае доказанного наличия непреодолимой силы).

2.13. Ковенанты и возможность акселерации заемного долга и отказа от договора по основаниям, не связанным с просрочкой. Комментируемый пункт дает займодавцу право на досрочное истребование долга в случаях просрочки в оплате частичных платежей. Аналогичное право займодавца закреплено в законе на случай выявления нецелевого использования займа (ст. 814 ГК РФ) или отпадения обеспечений (ст. 813 ГК РФ). Расширительное толкование комментируемого пункта выше позволило нам прийти к выводу о том, что данное правило об акселерации применимо и в тех случаях, когда нарушено иное финансовое обязательство заемщика (например, по уплате процентов или законных комиссий) и это нарушение существенно. Более дискуссионной является возможность выведения из закона универсального права на акселерацию долга при существенном нарушении любых обязательств заемщика. Теоретически либо его можно помыслить как результат

применения п. 2 ст. 811 ГК РФ по аналогии закона, либо возможно выведение для таких случаев по умолчанию судебной акселерации по п. 2 ст. 450 ГК РФ (см. п. 2.3 комментария к настоящей статье), но вопрос однозначно в отечественном праве не разрешен, хотя и имеет важное практическое значение.

Дело в том, что, как будет показано в комментарии к ст. 821.1 ГК РФ, российский закон запрещает в договорах кредита, заключенных банком с гражданами, не осуществляющими коммерческую деятельность, согласовывать дополнительные основания для акселерации, не предусмотренные законом. Тот же, по сути, вывод следует из ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, а для договоров потребительского займа это следует из положений п. 2 ст. 310 ГК РФ. Если мы не выводим универсальное право займодавца на случай существенного нарушения заемщиком любых обязательств, то единственная возможность состоит в указании таких оснований в договоре, но в контексте потребительских займов и кредитов, которые коммерсанты предоставляют некоммерсантам, эта возможность в силу ст. 821.1 ГК РФ, а также ряда иных норм оказывается заблокирована.

В сугубо же коммерческих договорах стороны достаточно свободны в установлении дополнительных оснований для акселерации. Российская судебная практика в общем и целом давно стала допускать установление в сугубо коммерческих договорах займа (кредита) дополнительных оснований для акселерации долга и (или) отказа от договора на будущее (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). С появлением ст. 821.1 ГК РФ вопрос окончательно был решен положительно для сугубо предпринимательских по своему характеру кредитов. То же должно касаться и как минимум договоров займа, носящих сугубо коммерческий характер для заемщика.

В связи с этим на практике широко распространено включение в коммерческие заемные и кредитные договоры так называемых ковенантов, которые и фиксируют те самые дополнительные основания для досрочного истребования выданного займа по обстоятельствам, связанным с деятельностью заемщика. Это может быть и оговоренный уровень ухудшения финансовых показателей работы заемщика, отзыв у него каких-то лицензий, попадание в санкционный список, смена основных акционеров, изменение модели бизнеса или налогового режима, попадание в просрочку по другим кредитам или займам, выданным этим же или другими кредиторами (так называемый кросс-дефолт), предоставление своего имущества в залог третьим лицам (так называемый негативный залог), выплата значительных бонусов

топ-менеджменту или распределение дивидендов, осуществление тех или иных рискованных инвестиций, делистинг акций компании-заемщика и др.

Цель таких ковенантов состоит в том, чтобы предоставить займодавцу право на досрочное истребование заемного долга при повышении кредитного риска и самых первых признаках неблагополучия заемщика еще до того, как тот допустил просрочку по своим финансовым обязательствам. Кроме того, они позволяют займодавцу (как правило, банку) в определенной степени взять под контроль хозяйственную деятельность заемщика, предотвращая такие операции, которые могут привести к повышению кредитных рисков в будущем. Например, ковенанты могут предусматривать необходимость согласования тех или иных действий заемщика с займодавцем (банком), а при совершении таких действий без согласия как раз и устанавливать возникновение права на акселерацию и (или) отказ от договора.

Подробнее о разновидностях ковенантов, встречающихся в кредитных договорах, см. комментарий к ст. 821.1 ГК РФ. Все написанное там с необходимыми адаптациями применимо и к договорам займа.

Следует отметить, что стороны могут установить в договоре иные последствия нарушения ковенантов. Например, они могут предусматривать право займодавца вместо акселерации долга и (или) отказа от договора либо в качестве доступной займодавцу по его выбору альтернативы повысить процентную ставку на ту или иную величину. Возможно и включение в договор условий об автоматическом повышении процентной ставки. Так, например, согласно п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 было признано законным условие кредитного договора о повышении размера процентов в случае снижения закрепленных в договоре финансово-хозяйственных показателей деятельности заемщика. ВАС РФ здесь уточнил, что данное условие не может рассматриваться как условие об ответственности за нарушение обязательства по возврату кредита. Соответственно, по мнению ВАС РФ, ст. 333 ГК РФ к величине, на которую происходит повышение процентной ставки, применяться не может. Видимо, ВАС РФ исходил из того, что подобное условие имеет целью не покарать заемщика за те или иные нарушения, а привести цену договора (процент) в соответствие с изменившимся по сравнению с изначальным уровнем кредитного риска (подробнее о данном механизме см. п. 1.4 комментария к настоящей статье).

2.14. Диспозитивность правила об акселерации. Норма комментируемого пункта об акселерации долга при просрочке не содержит оговорки о праве сторон согласовать иное. Само по себе это не озна-

чает однозначную императивность данной нормы, так как природа нормы определяется путем ее телеологического толкования с учетом критериев, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах». Стоят ли за правом осуществить акселерацию долга в случае просрочки заемщика в погашении долга согласно графику платежей настолько серьезные политико-правовые соображения, что запрет на исключение такого права в договоре по воле сторон выглядел бы как конституционно обоснованное ограничение договорной свободы? Вопрос не вполне очевиден. Но на практике он почти не встречается, так как займодавец обычно выступает в качестве сильной стороны договора, в таких условиях встретить в договоре подобное условие маловероятно.

Статья 812. Оспаривание займа по безденежности

1. Заемщик вправе доказывать, что предмет договора займа в действительности не поступил в его распоряжение или поступил не полностью (оспаривание займа по безденежности).

2. Если договор займа должен быть совершен в письменной форме (статья 808), оспаривание займа по безденежности путем свидетельских показаний не допускается, за исключением случаев, когда договор был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы или стечения тяжелых обстоятельств, а также представителем заемщика в ущерб его интересам.

3. В случае оспаривания займа по безденежности размер обязательств заемщика определяется исходя из переданных ему или указанному им третьему лицу сумм денежных средств или иного имущества.

Комментарий

1. Безденежность займа и реальность договора. Заемщик может не признавать факт получения займа. В контексте реального договора займа непередача займа означает отсутствие заключенного договора, соответственно, здесь при предъявлении иска о погашении займа или иных требований, основанных на существовании заемного договора (например, об уплате процентов), заемщик может возражать против удовлетворения иска со ссылкой не только на отсутствие заемного долга, но и на отсутствие заключенного договора.

Эти выводы очевидны. При этом заемщик при желании может и обратиться в суд с иском о признании реального договора займа незаключенным. Когда комментируемая статья говорит об оспаривании

займа, она имеет в виду различные процессуальные формы отрицания факта получения займа в целом или в части (как в виде отдельного иска о признании отсутствия факта выдачи займа, так и в форме возражения на иск займодавца). Это следует из самого определения оспаривания займа, которое дано в комментируемом пункте. Какого-то особого вида иска об оспаривании займа не существует, и предъявления иска о признании договора займа незаключенным не требуется (Определение КГД ВС РФ от 9 октября 2018 г. № 5-КГ18-189).

Если заем не был предоставлен, договор займа не является оспариваемой сделкой по смыслу ст. 166 ГК РФ. Так что оспаривание здесь является не вполне удачной «фигурой речи».

Оспаривать заем по безденежности могут как сам заемщик, так и его наследники (Определение КГД ВС РФ от 13 февраля 2018 г. № 41-КГ17-39) или иные лица, к которым якобы существующий заемный долг перешел в порядке правопреемства, а также кредиторы заемщика при его банкротстве и установлении требования займодавца в реестре требований кредиторов (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 октября 2011 г. № 6616/11).

Не вполне понятно, затрагивает ли комментируемая статья, говорящая об «оспаривании займа», только ситуации отрицания факта заключения реального договора займа полностью или в части в связи с непередачей займа заемщику либо также распространяется на случаи отрицания факта получения займа по консенсуальному договору займа. Как мы уже отметили, «оспаривание» в контексте данной статьи никакого отношения к оспариванию сделки не имеет, означая, скорее, отрицание факта. В этом смысле можно говорить об «оспаривании» займа и тогда, когда отрицается факт получения займа по консенсуальному договору. Данный вопрос в судебной практике не разрешен, так как сама возможность заключения консенсуальных договоров займа была признана лишь 1 июня 2018 г. (см. комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ), но в целом логику законодателя можно реконструировать.

До 1 июня 2018 г. законодатель исходил из того, что оспаривание займа касается только реального договора, так как консенсуальный заем ГК РФ не предусматривал. Это видно, в частности, по тексту п. 3 ст. 812 ГК РФ в прежней редакции. Там было написано: «Если в процессе оспаривания заемщиком договора займа по его безденежности будет установлено, что деньги или другие вещи в действительности не были получены от займодавца, договор займа считается незаключенным». Но в новой редакции ст. 812 ГК РФ указание на незаключенность договора было устранено. Кроме того, если прежнее название статьи было «Оспаривание договора займа», то актуальное название —

«Оспаривание займа по безденежности». Эти изменения свидетельствуют о том, что законодатель скорректировал название и текст данной статьи, чтобы она могла охватить собой и случаи консенсуального займа. Так что есть все основания применять ст. 812 ГК РФ и в отношении консенсуального займа.

Возражение об отсутствии факта заемного предоставления не задвигается, как и большинство иных возражений. Это значит, что, когда бы займодавец ни предъявил иск к заемщику, последний всегда может возразить об отсутствии заемного долга. Что же касается иска о признании реального договора займа незаключенным или иска о признании суммы займа по консенсуальному займу непредоставленной (если заемщик за чем-то захочет в судебном порядке добиться констатации данных фактов), то к такому иску применяется общий трехлетний срок исковой давности. Теоретически есть основания ставить под сомнение идею о задвигании исков о признании (констатации) тех или иных состояний, направленных на устранение правовой неопределенности, но не направленных на принуждение оппонента к тому или иному предоставлению. Несколько странно, что возражение о незаключенности договора (как и возражение о ничтожности договора) не задвигается, но иск о признании договора ничтожным (или незаключенным) задвигается. В ряде стран не задвигаются ни возражения, ни иски о признании. Впрочем, вопрос выходит за рамки настоящего комментария. Здесь лишь достаточно констатировать, что российская судебная практика применяет трехлетний срок давности и к искам о признании ничтожной сделки недействительной (ст. 181 ГК РФ), и к искам о признании договора незаключенным, даже если такие иски не сопровождаются материальными требованиями о возврате какого-либо имущества и нацелены лишь на констатацию правового состояния и устранение правовой неопределенности.

1.1. Возможные доказательства непредоставления займа. Бремя доказывания факта заключения договора и предоставления займа лежит на займодавце. Поэтому если заемщик оспаривает заем, ему достаточно просто заявить о том, что заем ему не предоставлялся. Но если займодавец предъявил достаточные с точки зрения релевантного стандарта доказывания доказательства предоставления займа заемщику (например, расписку, подтверждающую получение займа), бремя представления доказательств в опровержение данного факта переносится на заемщика.

Заемщик может представлять в качестве доказательств неполучения займа различные доказательства. Например, он может представить

доказательства того, что в дату, в которую по данным займодавца заемщик получил наличные деньги в Москве, он находился в зарубежной командировке. Он также вправе представить суду аудио- или видеозапись разговора с займодавцем, из которых следует, что на самом деле заем заемщику не передавался или имущество передавалось не в заем, а на ином основании; ВС РФ допускает это даже тогда, когда сама запись делалась скрытым образом (определения КГД ВС РФ от 27 ноября 2018 г. № 44-КГ18-19 и от 14 апреля 2015 г. № 33-КГ15-6). Может заемщик подвергнуть сомнению подлинность своей подписи на расписке или иных документах, которые представил займодавец в подтверждение выдачи займа; в такой ситуации обычно спор решается за счет проведения соответствующей экспертизы (Определение КГД ВС РФ от 31 марта 2015 г. № 33-КГ15-3). Если заем предоставлялся путем перечисления средств с расчетного счета займодавца на счет заемщика, открытый в том же банке, платеж проводился внутренней проводкой банка, заемщик может оспорить получение займа, представив доказательства того, что на корреспондентском счете банка в тот момент не было достаточных средств (Постановление Президиума ВАС РФ от 3 июня 2014 г. № 2953/14).

Одних объяснений заемщика, который отрицает факт получения займа, естественно, недостаточно, чтобы опровергнуть соответствующие релевантному стандарту доказывания доказательства выдачи займа, представленные займодавцем (Определение КГД ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 18-КГ15-90).

Аргумент о том, что у займодавца нет подтвержденных доходов, которые могли бы позволить ему предоставить крупную сумму в заем, сам по себе по общему правилу не рассматривается как достаточный для опровержения факта предоставления займа (определения КГД ВС РФ от 13 февраля 2018 г. № 41-КГ17-39 и от 23 июня 2015 г. № 18-КГ15-90). И тем более на займодавца не может быть возложено бремя доказывания того, что у него могла иметься соответствующая сумма, передача которой заемщику становится предметом спора (Определение КГД ВС РФ от 17 июля 2018 г. № 46-КГ18-20). В то же время в совокупности с иными доказательствами это обстоятельство может иметь определенное значение.

Факт близкородственных отношений между сторонами сам по себе не исключает того, что перечисленная сумма представляет собой предоставление займа (Определение КГД ВС РФ от 25 сентября 2018 г. № 14-КГ18-24), но опять же наряду с иными доказательствами это обстоятельство может учитываться судом при неясности природы платежа.

Подписание сторонами письменного договора займа после передачи денежных средств заемщику не является основанием для оспаривания данного договора по безденежности, если очевидно, что стороны своим соглашением имели в виду наделить переданные или перечисленные деньги характером заемного предоставления (Определение КГД ВС РФ от 25 октября 2016 г. № 74-КГ16-16).

Сам факт неотражения переданной суммы займа в наличной форме в бухгалтерии заемщика не может свидетельствовать против передачи займа.

1.2. Безденежность и иные объекты заемного предоставления. В целом термин «безденежность» кажется крайне неудачным в свете очевидной необходимости применения правил настоящей статьи и к случаям, когда речь идет о займе вещей или ценных бумаг. Как бы то ни было, в нынешних условиях суды должны воспринимать «безденежность» как условный термин, не означающий сужение сферы применения ст. 812 ГК РФ только до денежных займов.

1.3. Безденежность и валютирование зачетом. Здесь возникает проблема увязки правил комментируемого пункта о безденежности займа, с одной стороны, и, во-первых, практики взимания аванса по уплате процента или платы за выдачу кредита (дизажио) у источника посредством зачета при выдаче займа или кредита (см. п. 3.3 комментария к ст. 809 и п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ), во-вторых, практики валютирования долга займодавца (банка) по предоставлению займа или кредита зачетом долга заемщика по возврату ранее выданного кредита (займа) или иного долга — с другой. Суть конфликта в следующем: с одной стороны, из правил комментируемой статьи о безденежности следует, что размер заемного долга заемщика не может быть больше, чем та сумма, которая ему была фактически предоставлена; все, что заемщик должен передать займодавцу сверх переданного ему ранее самим займодавцем, является той или иной формой вознаграждения, но не заемным долгом. С другой стороны, неочевидны какие-либо убедительные политико-правовые резоны блокировать использование зачета как способа погасить часть долга займодавца по выдаче кредита или займа в тех случаях, когда стороны прямо этот зачет согласовали. Кроме того, положения п. 1.1 ст. 819 ГК РФ о возможности выдачи нового кредита за счет зачета долга заемщика по возврату прежнего кредита к долгу банка по выдаче нового кредита недвусмысленно указывают на то, что при наличии прямого согласия сторон такая механика выдачи займа или кредита возможна. В целом мы придерживаемся либерального подхода в данном вопросе (подробнее см. подп. «е» п. 1.3 комментария к ст. 807 ГК РФ, п. 3.3 комментария к ст. 809 ГК РФ,

п. 1.12 комментария к ст. 819 ГК РФ, а также комментариев к п. 1.1. ст. 819 ГК РФ).

В то же время мы скептически относимся к возможности валютирования долга займодавца по выдаче займа (кредита) зачетом в тех случаях, когда это прямо не предусмотрено в соглашении сторон (подп. «е» п. 1.3 комментария к ст. 807 ГК РФ).

Соответственно, если верны эти утверждения, правила комментируемой статьи не исключают признание займа предоставленным, если займодавец на основании прямого согласия заемщика выдал заем путем полного или частичного зачета своего долга по выдаче займа к тем или иным согласованным обязательствам заемщика (по авансированию процентов, по внесению платы за выдачу кредита, по погашению прежнего кредитного долга и т.п.). Но такой способ выдачи займа (кредита) должен быть прямо оговорен сторонами, при отсутствии такого соглашения предоставление займа (кредита) путем одностороннего зачета не должно допускаться.

2. Запрет на использование свидетельских показаний для оспаривания займа. Как указано в комментируемом пункте, если договор займа должен быть заключен в письменной форме согласно правилам ст. 808 ГК РФ, оспаривать заем (т.е. доказывать непредоставление займа полностью или в части) посредством свидетельских показаний по общему правилу нельзя. Это значит, что такой вид доказательств признается недопустимым, если одной из сторон договора займа является юридическое лицо, а в остальных случаях — если сумма займа превышает 10 тыс. руб. Суд не может принимать такие доказательства в соответствии со ст. 60 ГПК РФ и ст. 68 АПК РФ (см. также п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 24 июня 2008 г. № 11).

2.1. Применение правила к реальным договорам займа. Как может работать это правило в контексте реальных договоров? Как уже отмечалось, по общему правилу бремя доказывания передачи займа заемщику лежит на займодавце, ведь факт передачи займа в реальном договоре входит в фактический состав сделки (т.е. договор займа не заключен, пока заем фактически не передан). Соответственно, заемщик не обязан доказывать то, что договор займа фактически не заключался, ему достаточно просто отрицать факт получения займа. В то же время мыслимы ситуации, в которых займодавец сможет представить доказательства выдачи займа, достаточные для соблюдения релевантного стандарта доказывания. В такой ситуации, если заемщик не представит доказательств обратного, суд может признать факт получения займа доказанным. И как раз здесь на сцену и выходит комментируемое

правило: заемщик не может пытаться опровергать доказательства займодавца о предоставлении займа ссылками на свидетелей, если сам договор займа должен был оформляться письменно в силу ст. 808 ГК РФ. Например, если займодавец представляет в суд надлежащим образом оформленную расписку в подтверждение заключения реального договора займа, суд не может привлечь к делу свидетелей заемщика, которые теоретически могли бы опровергнуть факт получения займа или указать на то, что фактически заем был предоставлен в меньшей сумме. Такое доказательство будет просто недопустимым (см., например, определения КГД ВС РФ от 9 апреля 2013 г. № 24-КГ13-3, от 23 декабря 2008 г. № 24-В08-5 и др.).

Если сумма займа по договору, заключенному между гражданами, равна или ниже 10 тыс. руб., требование письменной формы по ст. 808 ГК РФ неприменимо, а следовательно, как займодавец вправе доказывать факт передачи займа за счет свидетельских показаний, так и заемщик может привлекать свидетелей для опровержения доказательств займодавца. Может сложиться такая ситуация, когда в пользу займодавца будет некий письменный документ, а в пользу заемщика будут приведены свидетельские показания (например, займодавец в подтверждение факта предоставления займа представит расписку, на которой стоит подпись, которую заемщик не признает за свою, а экспертиза признала с большой вероятностью, но не точно принадлежащей заемщику, а при этом ряд независимых свидетелей подтвердят, что в указанный на расписке день заемщик находился в долгосрочной зарубежной командировке и при всем желании не мог расписаться на этой расписке). В силу принципа свободной оценки доказательств судья будет оценивать все доказательства на основе внутреннего убеждения, применяя интуитивно ощущаемый им как справедливый стандарт доказывания. И здесь, естественно, нет места для каких-то строгих иерархий средств доказывания. Поэтому письменный документ сам по себе не имеет априорно большую степень убедительности, чем свидетельские показания. Все зависит от конкретных обстоятельств.

2.2. Применение правила к консенсуальным договорам займа. Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, применение данного правила к консенсуальным договорам займа также возможно. Передача займа по консенсуальному договору не является элементом фактического состава сделки. Тем не менее если сам договор займа должен был быть заключен в письменной форме, то ссылаться на свидетельские показания при доказывании неполучения займа от займодавца заемщик не сможет. Бремя доказывания исполнения обязательства по передаче займа заемщику по консенсуальному до-

говору займа (как и факта заключения реального договора займа) несет займодавец, так что комментируемая норма будет применяться тогда, когда займодавец свои допустимые доказательства привел, а заемщик пытается опровергнуть эти доказательства путем предъявления суду свидетельских показаний.

Эта же норма может применяться и к договорам кредита: если банк представил в суд допустимые доказательства выдачи кредита, заемщик не может противопоставить этим доказательствам свидетельские показания в подтверждение того, что кредит в реальности им не был получен. Впрочем, на практике в отношении кредита данная норма вряд ли может применяться часто, ибо банки чаще всего зачисляются выдаваемый кредит на счет заемщика, открываемый в том же банке. Опровергнуть данное обстоятельство свидетелями вряд ли возможно. Вместо этого заемщик может при помощи свидетелей опровергать то, что он снял наличные в банке с указанного счета. Например, свидетели могут подтверждать, что в указанное в соответствующих банковских платежных документах время заемщик находился в другом регионе и никак не мог снять деньги со счета в офисе банка. К данной ситуации запрет на использование свидетельских показаний не применяется, так как заемщик оспаривает не получение кредита, а снятие средств со своего банковского счета.

По вопросу о том, может ли займодавец доказывать факт выдачи займа по консенсуальному договору за счет свидетельских показаний, см. подп. «б» п. 1.1 комментария к ст. 808 ГК РФ.

2.3. Исключения из правила. Смысл включенного в текст комментируемого пункта исключения состоит в следующем. Речь здесь идет о ситуациях, когда договор займа был заключен с пороком воли заемщика. Во-первых, это случай заключения заемщиком договора займа на кабальных условиях в ситуации, когда заемщик был вынужден взять заем на таких условиях в связи со стечением тяжелых обстоятельств. Во-вторых, это случай, когда заемщик находился при заключении договора под влиянием насилия, угроз или обмана. В-третьих, это ситуация, когда представитель (директор) заемщика заключил договор займа в ущерб интересам заемщика в результате сговора с займодателем. В-четвертых, при отсутствии доказанного сговора исключение срабатывает и тогда, когда сделка причиняет заемщику настолько очевидный ущерб, что его наличие было очевидно займодатцу в момент заключения договора. По сути, здесь упоминаются составы недействительности сделки, закрепленные в п. 2 ст. 174 ГК РФ, а также в п. 1–3 ст. 179 ГК РФ. Во всех описанных случаях комментируемая норма дает заемщику право за счет свидетельских показаний оспаривать факт по-

лучения займа, даже если сам договор должен был заключаться и был фактически заключен в письменной форме.

Судя по всему, данное исключение касается как реальных, так и консенсуальных договоров займа.

Может возникнуть вопрос, зачем законодатель делает это исключение. Ведь в описанных случаях заемщик может оспорить сделку. Объяснение, видимо, таково: эффективно оспорив договор, но не оспорив факт получения займа, заемщик может столкнуться с тем, что к нему будет предъявлен реституционный иск о возврате полученного имущества, в то же время в ряде случаев никакого имущества заемщик в реальности не получал. Да, если договор недействителен, то нет оснований применять правила ст. 808 ГК РФ, а значит, и оснований для признания свидетельских показаний недопустимыми. Так что ответчик по реституционному иску вполне может опровергать факт получения имущества, которое у него истец пытается истребовать в порядке реституции, за счет свидетельских показаний. Но с учетом того, что речь идет об оспоримой сделке, до момента вступления в силу решения суда о признании ее недействительной такая сделка воспринимается как действительная. Соответственно, заемщик в ответ на иск о взыскании займа или превентивно может предъявить иск о признании договора займа недействительным и одновременно во избежание присуждения его к реституции по правилам ст. 167 ГК РФ заявить, что ему и возвращать нечего, так как никакого имущества он от займодавца не получал. И здесь, не будь комментируемого исключения, у заемщика могут возникнуть формальные препятствия к использованию свидетельских показаний, ведь обстоятельство неполучения займа будет устанавливаться судом в период, когда сам договор еще не признан недействительным: в силу ст. 60 ГПК РФ и ст. 68 АПК РФ суд просто не мог бы позволить себе заслушать показания свидетелей. После же вступления в силу решения суда о признании сделки недействительной устанавливать данное обстоятельство может быть поздно, ибо российский суд присуждает реституцию даже при отсутствии требования на сей счет от соответствующей стороны: даже если займодавец не требовал реституцию, а пытался опровергать тезис заемщика о наличии порока воли, суд, признав правоту заемщика и признавая сделку недействительной, может присудить реституцию полученного заемщиком имущества в пользу займодавца. Чтобы исключить такую ситуацию, законодатель и устанавливает правило, допускающее использование свидетельских показаний для целей опровержения факта получения займа в ситуациях, когда установлено, что договор заключен с указанными пороками воли.

Сложность здесь заключается в том, что российский гражданский процесс не предполагает стадийный принцип рассмотрения дела в первой инстанции, когда судья признает те или иные фактические обстоятельства установленными, дабы перейти к следующему этапу установления иных фактов или обсуждению правовых аргументов, прежде чем вынести итоговое решение. В России стороны узнают о том, что судью убедили те или иные доказательства и он признал соответствующие факты установленными, только после вынесения итогового решения. Поэтому указание в комментируемой норме на то, что свидетельские показания для целей опровержения факта получения займа допускаются, когда договор был заключен под влиянием отмеченных выше пороков воли, ставит судью в сложное положение. Ведь и наличие пороков воли, и факт предоставления займа устанавливаются одновременно. В таком случае кажется логичным исходить из того, что суд может заслушать свидетельские показания, но учесть их и положить в основу решения он может, только если в итоге он придет к выводу о том, что соответствующий порок воли действительно имелся.

3. Частичная безденежность. Все вышесказанное касается и случая, когда заемщик отрицает факт получения части той суммы, передачу которой доказывает займодавец, но в некоторой части факт получения займа признает.

Таким образом, заемщик может заявлять, что он получил от займодавца сумму меньшую, чем та, о предоставлении которой заявляет займодавец.

При этом если ни о каком валютировании за счет согласованного зачета речь не идет, заемщик отрицает факт получения той или иной части суммы (того или иного имущества), а также в случае, когда заемщик отрицает получение займа в целом, но займодавцу удалось доказать передачу заемщику части объема заемного предоставления, в силу положений комментируемой нормы договор будет считаться заключенным, а заемное обязательство у заемщика возникает в отношении той части, передача которой подтверждена в суде. Именно ее заемщику надо будет вернуть согласно условиям договора, и именно на нее будут начисляться проценты.

В принципе, ровно те же правила должны применяться и к ситуациям, когда речь идет о передаче имущества по консенсуальному договору займа. Если по итогам оценки доказательств суд признает доказанным факт передачи не всей обещанной суммы займа, а лишь ее части, суд будет исходить из того, что на заемщике лежит заемное обязательство по возврату лишь фактически полученного имущества.

В то же время, если у сторон имелось ранее заключенное соглашение, устанавливающее более значительную сумму займа (большее количество иного имущества), но фактически заемщику передано меньше, может ли заемщик не согласиться с обслуживанием заемного долга на меньшую сумму и досрочно вернуть полученное? В случае с консенсуальным договором в этом нет никаких сомнений, ибо налицо нарушение займодавцем своего обязательства предоставить заем. Столкнувшись с частичным исполнением займодавцем своего обязательства выдать заем, заемщик может а) отказаться принимать частичное исполнение, если оно не согласовано в договоре (ст. 311 ГК РФ)¹, и отказаться от договора в целом по правилам п. 2 ст. 405 ГК РФ, или б) принять частичное исполнение и настаивать на передаче оставшегося, а в случае непередачи — отказаться от договора по правилам п. 2 ст. 405 ГК РФ и вернуть полученное, или в) принять частичное исполнение и отказаться от договора в части оставшегося по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ (т.е. освободить займодавца от его обязательства передать оставшуюся часть займа, но оставить в силе заемное правоотношение в части полученного имущества) (подробнее см. подп. «ж» п. 1.7 комментария к ст. 807 ГК РФ). Во всех трех сценариях защиты своих прав заемщик может также еще и взыскать убытки.

В случае с реальным договором займа нельзя говорить о просрочке займодавца, поэтому иск об убытках за нарушение обязательства по ст. 393 ГК РФ заемщику недоступен². Но очевидно, что займодавец по реальному договору, так же как и в случае с консенсуальным договором, не может навязать заемщику существование и обслуживание заемного долга на сумму, которая меньше той, что была между ними согласована ранее (пусть и не в юридически действительном соглашении), так как заем — это договор, и договорное правоотношение не может возникнуть вопреки воле одной из сторон. Заемщик в ранее подписанном документе выразил свое согласие вступить в договорное правоотношение по получению и обслуживанию займа на определенную сумму,

¹ Согласно п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «из существа денежного обязательства по общему правилу вытекает возможность его исполнения по частям, в силу чего кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения такого обязательства в части». Но здесь следует обратить внимание на фразу «по общему правилу». Вполне очевидно, что данное разъяснение не может применяться к ситуациям, когда займодавец пытается предоставить неправомерное частичное исполнение своего денежного обязательства предоставить заем.

² Вопрос о возможности взыскания в такой ситуации убытков по модели защиты так называемого негативного договорного интереса в связи с недобросовестным ведением переговоров по правилам ст. 434.1 ГК РФ пока в практике однозначно не разрешен, но это в любом случае не полноценный аналог убытков за нарушение договора.

и займодавец не может произвольно навязать заемщику иное. Если процесс передачи займа включает в себя активное участие заемщика (например, при передаче денежного займа наличными), тот просто может отказываться получать заем в меньшем объеме, и, соответственно, он защищен. Если же заемщик осознанно принял имущество и не сделал никаких оговорок, его поведение может рассматриваться как коррекция своего исходного волеизъявления и согласие на уменьшение объема заемного предоставления.

Если же заем предоставляется без активного участия заемщика (например, перевод денег на счет заемщика), ситуация сложнее: заемщик фактически не может не принять сумму займа. Но как ему тогда избежать навязывания меньшего объема заемного долга, чем тот, на который он давал свое согласие? Если заемщик является гражданином, не осуществляющим коммерческую деятельность, он в силу п. 2 ст. 810 ГК РФ вправе произвольно вернуть полученный процентный заем досрочно, но он должен предупредить займодавца хотя бы за 30 дней, и это означает, что как минимум за этот месяц заемщику придется платить проценты. Это несправедливо. Иные же заемщики оказываются в еще более сложном положении, так как закон не дает им права на произвольный возврат процентного займа. Все эти проблемы порождены неудачностью самой модели реального договора (см. также подп. «г» п. 1.7 комментария к ст. 807 ГК РФ). В то же время мириться с такой ситуацией невозможно, и очевидно, что заемщик по реальному договору займа должен иметь право на немедленный досрочный возврат полученного в меньшем объеме, чем в выраженном заранее волеизъявлении заемщика, если получение имущества происходило без его воли (например, при безналичном переводе). Этот возврат должен произойти в разумный срок после получения имущества, и никакие проценты заемщик платить не должен. Если же заемщик после получения имущества в разумный срок полученное не возвращает, никаких протестов не выражает и тем более если он приступает к уплате процентов или периодических платежей, его поведение, видимо, можно рассматривать как согласие с возникновением заемного долга в указанном размере.

Статья 813. Последствия утраты обеспечения обязательств заемщика

При невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата займа, а также при утрате обеспечения

или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, займодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата займа и уплаты причитающихся на момент возврата процентов за пользование займом, если иное не предусмотрено договором займа. Причитающиеся за пользование займом проценты уплачиваются заемщиком по правилам пункта 2 статьи 811 настоящего Кодекса.

Комментарий

(а) Акселерация долга. Комментируемая статья предусматривает ряд оснований досрочного истребования выданного займа (так называемой акселерации заемного долга) в дополнение к тому, которое предусмотрено в п. 2 ст. 811 ГК РФ (случай просрочки в уплате частичных платежей в рамках графика погашения долга). Указанные в комментируемой статье основания, в отличие от правил п. 2 ст. 811 ГК РФ, релевантны исключительно обеспеченным или подлежащим обеспечению займам (кредитам). При этом данные основания, опять же в отличие от правил п. 2 ст. 811 ГК РФ, применимы не только к ситуациям, когда договор предусматривает график погашения заемного долга по частям, но и к тем случаям, когда заем должен погашаться одним платежом по окончании срока займа. Согласно комментируемой статье при нарушении договорных обязанностей по обеспечению возврата долга, а также при утрате или ухудшении условий обеспечения по не зависящим от займодавца обстоятельствам последний вправе по общему правилу потребовать досрочного погашения займа.

Логика этой нормы проста: если сильно снижается вероятность того, что обеспечение сработает на случай просрочки, или происходит полное отпадение обеспечения, или обеспечение не возникает вопреки обещаниям заемщика, концептуально меняется тот уровень кредитного риска, который был готов принять на себя займодавец и с учетом которого он определял процентную ставку (подавляющее большинство обеспеченных займов носит процентный характер). В такой ситуации право дает займодавцу возможность как можно скорее истребовать назад предоставленный заем и не мириться с дальнейшим существованием заемного правоотношения с таким уровнем риска в течение изначально согласованного срока.

Далеко не факт, что займодавец захочет воспользоваться такой опцией. На практике акселерация долга используется достаточно осторожно в подобных обстоятельствах, так как она может легко привести заемщика к банкротству, и займодавец, если ему теперь на обеспечения сложно положиться, может ничего не вернуть вообще. Но наличие

этого права дает займодавцу рычаг на переговорах. Имея такое право, куда проще убедить заемщика согласиться на повышение процентной ставки в целях ее приведения в соответствие с актуальным состоянием кредитного риска или на предоставление какого-то альтернативного обеспечения.

Сам механизм акселерации долга по данным основаниям работает примерно так же, как и при акселерации долга в случае просрочек. Акселерация представляет собой реализацию секундарного (преобразовательного) права займодавца своим волеизъявлением в одностороннем порядке изменить условие договора о сроке возврата займа, потребовав немедленного погашения всего долга в целом, несмотря на то что согласованный в договоре изначально срок еще не наступил. Данное волеизъявление, будучи односторонней сделкой, требующей восприятия, должно быть доставлено заемщику с учетом правил ст. 165.1 ГК РФ для того, чтобы его правовой эффект возымел действие. По получении такого извещения при условии его правомерности заемщик должен погасить весь долг досрочно. При этом было бы справедливо, чтобы у последнего был некий разумный срок для подготовки данного досрочного исполнения. Поэтому просрочка в возврате должна наступать не немедленно по получении извещения, а по истечении некоего льготного срока, который как минимум в случае относительно долгосрочных займов может определяться как 30 дней (за счет применения по аналогии закона п. 1 ст. 810 ГК РФ и норм Закона о потребительском кредите (займе)). Более подробный разбор всех этих технических аспектов акселерации долга см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ. Сказанное там с необходимыми адаптациями применимо и к акселерации долга по указанным в ст. 813 ГК РФ основаниям.

(б) Неисполнение обязательств по предоставлению обеспечений. Данное указанное в комментируемой статье основание для акселерации формируется тогда, когда договор займа (кредита) возлагал на заемщика обязательство по предоставлению обеспечений, но при этом сам заем был выдан до того, как данное обязательство было исполнено.

На практике в большинстве случаев займодавец не выдает заем до получения необходимых обеспечений, но теоретически можно представить ситуацию, когда он будет готов выдавать заем, заручившись лишь обещаниями заемщика предоставить обеспечение или организовать его предоставление в будущем. Для защиты прав займодавца и стимулирования заемщика свои обязанности по предоставлению обеспечения исполнить в таких случаях это основание для акселерации и работает.

О каких ситуациях здесь идет речь?

Во-первых, об обязанности заемщика предоставить свое имущество в залог и (или) совершить требуемые в силу закона действия для того, чтобы данное обеспечение приобрело полную силу. Первая категория обязанностей имеет место тогда, когда договор займа обязывал заемщика заключить с займодавцем договор залога определенного объекта на заранее согласованных условиях, но по каким-то причинам стороны не успевали заключить или удостоверить такой договор до выдачи займа (например, нотариально удостоверить договор залога доли в ООО). По сути, в подобной ситуации договор займа будет содержать элемент одностороннего предварительного договора, обязывающего одну из сторон заключить с другой (в том числе при поступлении требования последнего) обеспечительную сделку на заранее оговоренных условиях. В такой ситуации в договоре должны быть обозначены существенные условия такого будущего обеспечения, чтобы договоренность по данному вопросу была признана судом. Обязательства со слишком размытым предметом могут быть не признаны судом.

Вторая категория обязанностей встречается в тех случаях, когда стороны уже заключили договор залога к моменту выдачи займа, но не успели осуществить необходимые действия для того, чтобы такой залог, как обременение, вступил в силу или приобрел публичный эффект против третьих лиц (например, действия, необходимые для регистрации ипотеки на основании заключенного договора или внесения записи о залоге акций по счету, на котором учитываются права владельца акций, и т.п.).

Если такие обязанности заемщиком нарушены, займодавец получает право на акселерацию заемного долга. Естественно, в силу общего принципа добросовестности и применяемых по аналогии положений п. 2 ст. 450 ГК РФ такая акселерация возможна лишь тогда, когда нарушение указанных обязанностей носит существенный характер. Если заемщик после получения займа на один день задержался с обращением к нотариусу для удостоверения залога доли в ООО, это вряд ли достаточно для того, чтобы займодавец получил право на досрочное истребование долга.

При этом, так как акселерация долга не является мерой договорной ответственности, а представляет собой одностороннее изменение договора, правила об основаниях ответственности, закрепленные в ст. 401 ГК РФ, здесь не подлежат применению. Соответственно, не имеет значения, нарушены эти обязанности заемщиком виновно (в случае с заемщиком-коммерсантом – была ли непреодолимая сила) или нет.

Во-вторых, об обязанности обеспечить предоставление займодавцу в залог имущества третьих лиц или согласие некоего третьего лица на предоставление поручительства по долгу заемщика. Сюда же можно отнести и обязанность заемщика осуществить страхование риска своей смерти, наступления нетрудоспособности или утраты работы с указанием в качестве выгодоприобретателя займодавца. В принципе, российская судебная практика возможность принять на себя подобное обязательство признает (Определение КЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. № 305-ЭС16-14210).

Сама природа обязанности организовать предоставление своему кредитору личного или вещного обеспечения со стороны третьего лица достаточно интересна. Здесь следует различать две различные разновидности такой обязанности: а) обязанность приложить разумные или максимальные усилия для выдачи таких обеспечений третьими лицами (модель обязательства по приложению усилий (*obligation de moyens*)) и б) обязанность не просто приложить усилия к этому, но и добиться выдачи таких обеспечений (модель обязательства по обеспечению достижения результата (*obligation de résultat*)). В первом случае заемщик лишь обещает постараться уговорить некое согласованное сторонами третье лицо предоставить свое имущество в залог займодавцу, во втором — он гарантирует, что это третье лицо право залога на свое имущество займодавцу предоставит. Как представляется, в описанном контексте возможны обе модели. Все зависит от содержания договора займа. Естественно, вторая модель с гарантированным результатом возлагает на заемщика серьезный риск недостижения результата; в случае неудачи он не только столкнется с акселерацией выданного долга, но и может оказаться ответственным за убытки займодавца, вызванные вынужденным досрочным сворачиванием сотрудничества по договору, включая упущенную выгоду, рассчитанную по правилам ст. 393.1 ГК РФ (подробнее о таких убытках см. комментариев к п. 2 ст. 811 ГК РФ). Но никто заемщика не заставляет брать на себя такие жесткие обязательства. В конечном итоге в большинстве случаев поручителем или залогодателем выступит либо контролирующее заемщика, либо контролируемое заемщиком, либо иное аффилированное с заемщиком лицо. Как правило, заемщик, прежде чем дать обязательство организовать получение кредитором такого обеспечения от третьего лица, проведет с последним предварительные переговоры и заручится неким, как минимум неформальным согласием. Проблемы с исполнением такого обязательства у заемщика могут возникнуть только тогда, когда по какой-то причине у потенциального обеспечителя вдруг изменятся планы.

Здесь также следует учитывать, что существенные условия будущих обеспечительных сделок, которые заемщик обязуется убедить третье лицо заключить с займодавцем, должны быть оговорены в договоре займа. Иначе не вполне понятно, каково содержание обязательства заемщика: обеспечительные сделки на каких конкретно условиях он должен убедить третье лицо заключить с займодавцем.

В общем и целом представляется, что подобная конструкция, при которой заем выдается фактически на первом этапе, а обеспечение данного возникшего долга предоставляется самим заемщиком или третьим лицом, которого заемщик убедит в предоставлении обеспечений, *post factum* крайне опасна для займодавца, который может не получить обеспечение, а при акселерации долга столкнуться с банкротством заемщика, равно как и в определенных случаях для самого заемщика, который может по тем или иным причинам не справиться с задачей уговорить третье лицо предоставить обеспечение и столкнуться с разрушительной акселерацией долга после того, как полученные средства были уже потрачены. Кроме того, такая модель может порождать споры между сторонами. Например, заранее проговорить все детали договора поручительства, которое надо будет впоследствии заключить с неким третьим лицом, не всегда возможно; третье лицо может в целом согласиться с тем, чтобы поручиться по долгу заемщика, но впоследствии юристы потенциального поручителя и займодавца могут просто не договориться по содержанию тех или иных договорных деталей. Не вполне понятно, можно ли в такой ситуации обвинить заемщика в том, что он нарушил свою обязанность найти для займодавца поручителя.

В итоге следует признать, что подобную вполне допустимую и, как мы видим, признаваемую законной конструкцию сложно признать удобной и рекомендовать использовать. Намного разумнее оформить сделки, порождающие обеспечительные права, до выдачи займа (кредита).

(в) Утрата обеспечения. Данное основание для акселерации долга намного более актуально, чем то, которое было рассмотрено в п. «б» комментария к настоящей статье. На практике нередко после оформления обеспечения и выдачи займа происходят обстоятельства, которые приводят к утрате обеспечения. Это принципиально меняет состояние кредитного риска, и это действительно серьезный повод произвести акселерацию долга, так как займодавцу не может быть навязано сохранение сделки на условиях, на которые он не соглашался.

О каких случаях может идти речь? Можно привести такой пример: поручитель умирает, и его обеспечительный долг не переходит к на-

следникам в силу того, что они не принимают какое-либо имущество в составе наследства или такого имущества попросту нет¹, либо гражданин-поручитель признается банкротом и освобождается от долга, либо организация-поручитель ликвидируется в связи с банкротством. Другой пример – гибель предмета залога.

При этом под утратой обеспечения следует понимать не только прекращение ранее возникшего обеспечения, но и ситуацию ретроспективной аннуляции обеспечения, на которое кредитор разумно рассчитывал. Так, например, признание недействительной самой обеспечительной сделки по основаниям, за которые сам займодавец не отвечает (например, в связи с тем, что поручитель оказался лишенным дееспособности, или в связи с признанием здания, являвшегося объектом ипотеки, самовольной постройкой, влекущим признание договора ипотеки ничтожным в силу п. 2 ст. 222 ГК РФ), вполне может рассматриваться как утрата обеспечения для целей применения настоящей статьи. Формально говоря, утратить можно только то, что тебе ранее принадлежало, но в контексте данной статьи понятие утраты следует толковать расширительно. Спорным может быть лишь вопрос о допустимости акселерации в ситуации, когда займодавец знал или должен был знать о порочности обеспечительной сделки в момент ее заключения с обеспечителем.

Договор или закон могут предусматривать право или обязательство заемщика (или залогодателя, не являющегося должником по обеспеченному долгу) восстановить утраченное обеспечение или предоставить новое обеспечение вместо отпавшего и давать займодавцу право на акселерацию только на случай нарушения данной обязанности. Например, в договоре может быть предусмотрено, что в случае прекращения договора поручительства по тем или иным основаниям, не зависящим от займодавца, заемщик должен по требованию займодавца предоставить либо то или иное свое имущество в залог, либо договориться с иным лицом о его согласии выступить в качестве поручителя, и сталкивается с акселерацией только в случае нарушения данной обязанности. Другой пример: п. 4 ст. 345 ГК РФ указывает, что, если предмет залога погиб или поврежден по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, залогодатель в разумный срок вправе восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом при условии, что договором не предусмотрено иное.

¹ Согласно российской судебной практике, долг в такой ситуации прекращается невозможностью исполнения (см. п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9). Этот подход является достаточно спорным.

Ряд специальных норм ГК РФ о залоге в значительной степени конкретизирует и развивает данное основание для акселерации долга в случае его обеспечения залогом, а местами и вносит коррективы в действие общего правила о праве на акселерацию долга при утрате залогового обеспечения. Так, согласно п. 5 ст. 358.1 ГК РФ если заложенное обязательственное право «прекратилось в связи с окончанием срока его действия до обращения на него взыскания залогодержателем, залогодержатель не вправе требовать досрочного исполнения основного обязательства, исполнение которого было обеспечено залогом этого права». Подробнее о регуляторной специфике залога в контексте права на акселерацию долга см. п. «ж» комментария к настоящей статье.

(г) Ухудшение условий обеспечения. Это, пожалуй, самое интересное и сложное основание для акселерации долга. В описанной ситуации обеспечение сохраняется, но ухудшаются «его условия». Что это значит? Вряд ли закон здесь имеет в виду изменение условий обеспечительных сделок, заключенных самим займодавцем с заемщиком или третьим лицом, ведь изменение этих условий происходит в результате соглашения, в котором участвует сам займодавец.

Видимо, под условиями обеспечения здесь имеется в виду снижение уровня «обеспечительной эффективности» залога или поручительства (типичных средств обеспечения, используемых по заемным обязательствам), т.е. такое изменение обстоятельств, связанных с данным обеспечением, которое при формальном сохранении обеспечения понижает перспективы погашения заемного долга за счет данного обеспечения. Причем, судя по всему, речь должна идти не о всяком изменении подобного рода, а только лишь о таком изменении, которое существенно и принципиально понижает эффективность обеспечения. Иначе будет нарушаться принцип пропорциональности и возникать результат, который вряд ли мог бы предполагаться большинством контрагентов.

О каких ситуациях может идти речь?

В случае с вещным обеспечением (залогом) — это в первую очередь снижение ликвидности объекта залоговых прав. Представим, например, заемный долг, обеспеченный залогом акций ПАО или доли в ООО. Залог остается в силе, но акции значительно обесцениваются за счет обвального падения котировок на бирже или стоимость доли в ООО значительно снижается из-за выбытия из собственности ООО ключевого актива (например, объекта недвижимости). Другой пример: заем (кредит) обеспечен ипотекой торгового центра, но в силу обнаружения серьезных нарушений во время строительства дальнейшая эксплуата-

ция центра невозможна без масштабных инвестиций в реконструкцию, арендаторы разбежались, и рыночная стоимость здания значительно снижается. Еще одна иллюстрация: автомобиль, являющийся предметом залога, серьезно повреждается в результате ДТП. Снижение стоимости предмета залога существенно снижает шансы на то, что его продажа в случае обращения на него взыскания позволит собрать средства, достаточные для удовлетворения требования займодавца, и в итоге уровень обеспечительной эффективности долга падает. При этом очевидно, что при акселерации долга, обеспеченного залогом, залог не прекращается, и займодавец вправе, потребовав досрочного погашения всего долга в целом, обратиться взыскание на предмет залога. Если залогодателем является третье лицо, тот факт, что в такой ситуации он может расстаться с заложенным имуществом раньше, чем планировал изначально, является тем риском, который он принимает, соглашаясь предоставить в залог свое имущество.

Применительно к потребительским кредитам ВС РФ признал акселерацию долга в связи с падением стоимости предмета залога неправомерной и нарушающей права потребителей (п. 5 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденного Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.). Такой подход кажется не соответствующим логике: как минимум если стоимость залога упала очень существенно и большая часть непогашенного долга заемщика оказывается фактически лишеной залоговой защиты, имеются все основания говорить об ухудшении условий обеспечения. В любом случае такое решение ВС РФ, как прямо указано в данном Обзоре, предопределено необходимостью защиты интересов потребителя. Поэтому в контексте сугубо коммерческих сделок такой ограничительный подход применяться не должен. Во избежание лишних сомнений в таких сугубо коммерческих договорах стоит прямо указывать на снижение стоимости предмета залога как на основание для акселерации.

В контексте личных обеспечений (в первую очередь поручительства) падение обеспечительной эффективности может произойти в первую очередь в ситуации, когда существенно падает кредитоспособность поручителя. Например, представим, что основные активы поручителя были арестованы и проданы с торгов по иску третьего лица; имущество поручителя, которым он мог отвечать по своему обеспечительному долгу, уничтожено; поручитель попал в тюрьму или потерял работу и лишился средств к существованию; компания-поручитель лишилась ключевой лицензии или в отношении нее возбуждено дело о банкротстве (последний пример прямо указан в п. 46 Постановления Пленума

ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 в качестве основания для акселерации). Список можно продолжать.

Оценка существенности подобных изменений, которая оправдывала бы акселерацию долга, должна производиться судом. Если займодавец ошибочно посчитал изменение оправдывающим акселерацию и заявил о последней, но впоследствии суд не поддержит такую оценку займодавца, его заявление об акселерации будет ретроспективно признано не имеющим юридической силы (п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Как мы видим, акселерация долга по данному основанию оказывается зависящей от ретроспективной оценки судом критерия существенности, что делает положение сторон договора займа не вполне определенным. С учетом этого в практике нередко стороны прямо оговаривают, какие конкретно изменения уровня обеспечительной эффективности конкретных средств обеспечения дают займодавцу право на акселерацию долга. Например, стороны могут согласовать и часто согласовывают, при каком падении стоимости заложенных акций возможна акселерация долга.

Такие условия вполне законны. Но, как минимум в тех случаях, когда речь идет о потребительском займе (кредите), такие условия должны становиться предметом пристального судебного контроля на предмет справедливости и соразмерности. Злоупотребления подавляющей переговорной позицией, которую в подобных сделках имеет коммерсант-займодавец, не должны допускаться. Например, вряд ли можно признать приемлемым, когда в договоре займа устанавливается, что падения текущих доходов поручителя даже на 10% уже достаточно для акселерации долга. В некоторых же случаях закон специально оговаривает, что ряд условий договора такого рода ничтожен. Так, согласно п. 2 ст. 340 ГК РФ условия договора залога, «которые предусматривают в связи с последующим уменьшением рыночной стоимости предмета залога, обеспечивающего обязательство гражданина по возврату потребительского или ипотечного кредита, распространение залога на иное имущество, досрочный возврат кредита или иные неблагоприятные для залогодателя последствия, ничтожны».

В контексте сугубо коммерческих договоров судебный контроль подобных условий также нельзя исключить, но уровень несправедливости подобных условий, который позволяет суду вмешаться в сферу автономии воли коммерсантов, здесь должен быть настолько высок, что их содержание должно «шокировать совесть» и не оставлять сом-

нений в том, что речь идет о каком-то серьезном пороке в процессе заключения договора. Возможные инструменты контроля справедливости таких условий в подобных ситуациях: блокирование права ссылаться на соответствующее условие по правилам п. 1 ст. 10 ГК РФ или исключение такого условия из договора по правилам ст. 428 ГК РФ.

Наконец, остается отметить, что договор может предусматривать обязанность заемщика предоставить новое обеспечение (например, увеличить объем обремененных залогом акций на случай падения цены заложенного изначально пакета) и давать займодавцу право на акселерацию в связи с нарушением данной обязанности.

(д) Отказ от договора на будущее. Если консенсуальный договор займа (или кредит) предполагает неоднократную выдачу займов (например, в рамках кредитной линии), и займодавец сталкивается с отпадением обеспечения, ухудшением его условий или нарушением обязательств заемщика по предоставлению обеспечений, может ли он в дополнение к праву на акселерацию долга или даже вместо такой акселерации отказаться от договора (т.е. от дальнейшего предоставления займов) на будущее? Сама комментируемая норма об этом средстве защиты умалчивает. Но, как представляется, такое право выводится из системного толкования закона. Во-первых, на случай нарушения заемщиком своей обязанности предоставить вещное обеспечение, организовать придание залого публичности или организовать предоставление вещного или личного обеспечения третьим лицом право на расторжение нарушенного заемщиком договора выводится из общих правил договорного права (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 450 ГК РФ), так как здесь налицо нарушение договорного обязательства. Во-вторых, если закон дает займодавцу такое мощное право, как акселерация долга, то просто нелепо предполагать, что при этом займодавец не может отказаться от исполнения обязательства выдавать этому же заемщику новые займы (аргумент *a fortiori*: если позволено большее, то, скорее всего, позволено и меньшее). В-третьих, во многих из описанных ситуаций займодавец вправе отказаться от договора превентивно на будущее в дополнение к праву на акселерацию или даже вместо реализации последнего. Правовым основанием для такого превентивного отказа являются нормы п. 3 ст. 807 или п. 1 ст. 821 ГК РФ. Значительное снижение уровня обеспеченности долга, отпадение обеспечения или невозникновение обеспечения вопреки условиям договора могут в большинстве случаев быть квалифицированы как возникновение обстоятельств, свидетельствующих о перспективах непогашения долга.

Тем не менее для исключения сомнений займодавцу рекомендуется настаивать на включении в договор прямого указания на право на отказ от договора на будущее в подобных обстоятельствах.

(е) Вина займодавца. Комментируемая статья вполне справедливо указывает на то, что право на акселерацию возникает за исключением случаев, когда указанные в статье обстоятельства, создающие основания для акселерации долга, возникли по обстоятельствам, за которые отвечает сам займодавец. Даже если бы такой нормы не было в ГК РФ, тот же вывод был бы оправдан с опорой на правила п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения) и п. 3 ст. 157 ГК РФ (недобросовестное содействие наступлению условия к своей пользе блокирует возможность сослаться на наступление такого условия). Например, если займодавец, используя угрозы или насилие, вынудил заемщика заключить с ним договор залога и заемщик впоследствии эффективно оспорил такую обеспечительную сделку по правилам ст. 179 ГК РФ, обеспечение отпадает, но это не дает займодавцу права произвести акселерацию долга по договору займа. Другой пример: залогодержатель, получивший вещь в залог, по неосторожности провоцирует гибель заложенной вещи; очевидно, что он в такой ситуации не сможет воспользоваться правом на акселерацию долга.

(ж) Иные предусмотренные в законе основания досрочного истребования займа, которые связаны с эффективностью обеспечения. В законодательном регулировании обеспечительных сделок содержится ряд дополнительных оснований для акселерации долга, которые увязаны с содержанием обеспечительных правоотношений. Некоторые из них проясняют те общие условия акселерации, которые закреплены в комментируемой статье; другие же являются полноценными дополнительными основаниями для акселерации.

Так, п. 4 ст. 336 ГК РФ гласит: «При заключении договора залога залогодатель обязан предупредить в письменной форме залогодержателя о всех известных ему к моменту заключения договора правах третьих лиц на предмет залога (вещных правах, правах, возникающих из договоров аренды, ссуды и т.п.). В случае неисполнения залогодателем этой обязанности залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства или изменения условий договора залога, если иное не предусмотрено законом или договором».

Пункт 2 ст. 342.1 ГК РФ устанавливает следующее: «В случае обращения взыскания на заложенное имущество предшествующим за-

логодержателем последующий залогодержатель вправе потребовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного последующим залогом, и в случае его неисполнения обратиться на заложенное имущество одновременно с предшествующим залогодержателем. Договором между залогодателем и последующим залогодержателем может быть ограничено право такого залогодержателя потребовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного последующим залогом». Пункт же 6 той же статьи дает аналогичное право и предшествующему залогодержателю при обращении взыскания на предмет залога последующим залогодержателем: «В случае обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным последующим залогом, предшествующий залогодержатель вправе потребовать одновременно досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства и обращения взыскания на это имущество. Если залогодержатель по предшествующему договору залога не воспользовался данным правом, имущество, на которое обращено взыскание по требованиям, обеспеченным последующим залогом, переходит к его приобретателю с обременением предшествующим залогом».

Имеется также ряд специальных норм ГК РФ о залоге, которые возлагают на залогодателя ряд обязанностей, направленных на обеспечение сохранности и обеспечительной эффективности залога, и устанавливают право залогодержателя произвести акселерацию долга при их нарушении. Так, согласно ст. 343 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором, залогодатель обязан 1) страховать от рисков утраты и повреждения за счет залогодателя заложенное имущество на сумму не ниже размера обеспеченного залогом требования; 2) пользоваться и распоряжаться заложенным имуществом в соответствии с правилами ст. 346 настоящего Кодекса; 3) не совершать действия, которые могут повлечь утрату заложенного имущества или уменьшение его стоимости, и принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества; 4) принимать меры, необходимые для защиты заложенного имущества от посягательств и требований со стороны третьих лиц; 5) немедленно уведомлять другую сторону о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества, о притязаниях третьих лиц на это имущество, о нарушениях третьими лицами прав на это имущество, а также 6) обеспечивать залогодержателю возможность проверять количество, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у другой стороны. И эта же статья устанавливает, что при грубом нарушении залогодателем обязанностей, указанных в п. 1–5, если такое нарушение создает

угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, и в случае его неисполнения — обращения взыскания на заложенное имущество. Почему-то это же последствие в данной статье не предусмотрено на случай нарушения обязанности б), но ситуацию исправляет п. 2 ст. 351 ГК РФ, который и на данный случай предусматривает право на акселерацию.

Согласно п. 2–3 ст. 345 ГК РФ в случае переработки или иного изменения заложенного имущества в нарушение залогодателем своей обязанности не производить такие действия залогодержатель также вправе произвести акселерацию долга.

Согласно п. 1 ст. 351 ГК РФ залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства в случаях: 1) выбытия предмета залога, оставленного у залогодателя, из его владения не в соответствии с условиями договора залога; 2) гибели или утраты предмета залога по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, если залогодатель не воспользовался правом, предусмотренным п. 2 ст. 345 ГК РФ; 3) иных, предусмотренных законом или договором. При этом, как представляется, свобода сторон устанавливать дополнительные основания акселерации обеспеченного залогом долга ограничена в случаях, когда речь идет о кредите или займе, предоставленном коммерсантом гражданину, коммерческую деятельность не осуществляющему (п. 2 ст. 310 ГК РФ, ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности и ст. 821.1 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 821.1 ГК РФ)). Ряд оснований для акселерации обеспеченного залогом долга указан также в п. 2 ст. 351 ГК РФ.

Согласно ст. 358.7 ГК РФ залогодержатель по договору залога обязательственного права может требовать досрочного погашения обеспеченного таким залогом долга в случае нарушения залогодателем ряда обязанностей, предусмотренных в ст. 358.6 ГК РФ.

В соответствии с п. 3 ст. 358.17 ГК РФ «если по условиям договора залога ценной бумаги залогодатель обязан согласовывать с залогодержателем свои действия по осуществлению прав, удостоверенных заложенной ценной бумагой, в случае нарушения залогодателем указанной обязанности залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства».

Также ряд связанных с эффективностью обеспечения оснований для акселерации долга, обеспеченного ипотекой, предусматривает и Закон об ипотеке (п. 4 ст. 50, ст. 12, 35, 39, 41, 46 и 72 Закона).

Более подробный разбор этих норм залогового права выходит за рамки настоящего комментария.

(з) Причитающиеся проценты. Как указано в комментируемой статье, при акселерации долга по содержащимся в ней основаниям займодавец имеет право на получение причитающихся ему процентов. При этом, согласно редакции данной статьи, вступившей в силу с 1 июня 2018 г., речь идет о процентах, начисленных до момента фактического возврата займа. Это абсолютно справедливо и окончательно снимает проблему неудачного толкования данной нормы, закрепившейся в свое время в конце 1990-х гг. в п. 16 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 (о праве на взыскание всех процентов, которые были бы начислены в будущем, если бы заем досрочно не возвращался) и впоследствии мучительно исправляемой в практике ВАС РФ в 2000-х гг. (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147; подробнее об этой проблеме см. п. 6.2 комментария к ст. 809 ГК РФ, а также комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ).

Упущенную выгоду при акселерации долга займодавец как минимум в некоторых случаях взыскать может, но в режиме взыскания убытков, которые, как известно, должны быть доказаны (подробнее см. п. «и» комментарий к настоящей статье).

(и) Убытки. При акселерации долга по причине нарушения обязательств заемщика займодавец вправе также требовать возмещения убытков по правилам ст. 393 и 393.1 ГК РФ, включая упущенную выгоду в виде разницы между процентной ставкой в договоре, по которому была произведена акселерация, и рыночной ставкой по аналогичным кредитам (займам) на момент фактического возврата имущества, либо процентной ставкой по договору, который был заключен займодавцем с третьим лицом после возврата займа на аналогичных условиях. Это возможно, если образующаяся абстрактная или конкретная процентная разница оказывается не в пользу займодавца (т.е. рыночная ставка или ставка в заменяющей сделке оказывается ниже, чем ставка в договоре, по которому произведена акселерация). Кроме того, возможно и взыскание иных убытков. Возможность взыскания такой упущенной выгоды признавалась в практике ВАС РФ в п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 (подробнее о расчете убытков при акселерации долга в связи с нарушением обязательств заемщиком см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ).

Тем не менее возможность взыскания убытков (в том числе в виде упущенной займодавцем выгоды) в связи с акселерацией долга по указанным в комментируемой статье основаниям несколько более сложна, чем в аналогичном случае, возникающем при акселерации долга

по правилам п. 2 ст. 811 ГК РФ в связи с просрочкой. Поясним. Для обоснования права на взыскание убытков при прекращении договорного правоотношения в связи с досрочным истребованием долга необходимо обнаружить исходное нарушение обязательства заемщика, которое и является формальным основанием для расторжения или акселерации. Для обнаружения же искомого нарушения необходимо сначала найти нарушаемое обязательство. Не во всех случаях, подпадающих под сферу применения комментируемой статьи, такую обязанность заемщика можно легко обнаружить.

Если акселерация долга (и, возможно, еще и отказ от договора на будущее) произошла в связи с нарушением обязательств заемщика предоставить обеспечение, придать вещному обеспечению публичность или организовать предоставление вещного или личного обеспечения третьим лицом, то проблем нет: займодавец вправе рассчитывать и на взыскание убытков в дополнение к акселерации, включая упущенную выгоду, которая может рассчитываться по правилам ст. 393–393.1 ГК РФ. Это связано с тем, что в такой ситуации имеет место нарушение обязательства, и вместе с тем такое нарушение, которое по итогам акселерации повлекло досрочное прекращение договорной связи.

Но что, если акселерация произошла в случаях отпадения обеспечения или ухудшения его условий? В случаях, когда речь идет о залоге имущества самого заемщика, договор может предусматривать на такой случай обязательство заемщика предоставить дополнительное обеспечение и давать займодавцу право на акселерацию на случай нарушения данной обязанности. В такой ситуации убытки взыскиваться тоже могут, поскольку имеется нарушение обязательства. То же касается и ситуации, когда договор предусматривал обязанность заемщика организовать на случай отпадения обеспечения или ухудшения его условий предоставление залога или поручительства третьим лицом. В подобных ситуациях, если такие обязанности не исполнены, акселерация является следствием нарушения договора, и открывается доступ к взысканию убытков по правилам ст. 393–393.1 ГК РФ.

Возможно взыскание убытков и тогда, когда утрата или ухудшение условий залога произошли по причине нарушения заемщиком, являющимся залогодателем, тех или иных обязанностей, закрепленных в правилах о залоге или договоре (например, предмет залога был утрачен в результате того, что должник-залогодатель нарушил ограничения по использованию предмета залога).

Более того, даже если ни договор, ни закон не предусматривают те или иные обязанности, направленные на поддержание в сохран-

ности предмета залога или сохранение уровня его обеспечительной эффективности, в ряде случаев такие обязанности могут выводиться из правила п. 3 ст. 307 ГК РФ, как имплицитно вытекающие из принципа добросовестности. Например, если заемщик предоставил в залог принадлежащие ему акции контролируемой им компании, но далее эта компания оказалась на грани банкротства в связи с принятием заемщиком как акционером корпоративных решений, спровоцировавших эту ситуацию (например, он как акционер одобрил сделки компании, направленные на вывод активов, предоставление экономически неоправданных обеспечений третьим лицам и т.п.), займодавец может в связи с обвальным падением стоимости акций в дополнение к акселерации потребовать и взыскания убытков, обвинив заемщика в нарушении вытекающих из принципа добросовестности обязанностей не совершать действий, которые могли бы обесценить заложенные акции.

Как представляется, из п. 3 ст. 307 ГК РФ в целом можно вывести генеральную обязанность должника вести себя таким образом, чтобы не возникла ситуация утраты обеспечения или ухудшения его условий. А нарушение данной обязанности открывает займодавцу доступ к взысканию убытков.

Но могут быть и куда более сложные ситуации, где не так очевидна возможность выведения из принципа добросовестности тех или иных обязанностей. Например, непросто обосновать взыскание убытков в ситуациях, когда по неким объективным причинам (например, из-за общей конъюнктуры фондового рынка или введения против страны эмитента акций международных санкций) падает ликвидность заложенных акций, и это само по себе спровоцировало акселерацию. То же и в случае, когда акселерация спровоцирована падением кредитоспособности поручителя (например, в результате попадания поручителя под банкротные процедуры). Трудно представить, какое обязательство заемщика в такой ситуации нарушено, что он сделал или не сделал вопреки договору, ибо обязательство по смыслу ст. 307 ГК РФ если и не сводится к обязанности должника что-либо делать или не делать, то как минимум в своей сердцевине имеет некий стандарт поведения. Поэтому, вероятно, при акселерации в подобных ситуациях убытки по правилам ст. 393–393.1 ГК РФ взыскиваться не могут. В то же время даже в таких случаях стороны могут договориться о компенсации упущенной выгоды займодавца в рамках механизма возмещения потерь по правилам ст. 406.1 ГК РФ, но это только если в договоре есть прямое на то указание, и при этом заемщик является лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность.

При этом взыскание убытков в связи с нарушением обязательств является мерой ответственности. Соответственно, заемщик может претендовать на освобождение от ответственности, если он нарушил соответствующие обязанности невиновно и им отсутствует вина доказано (п. 1–2 ст. 401 ГК РФ). Если заемщиком является коммерсант, отсутствие вины от ответственности не освобождает, но в каких-то обстоятельствах возможно исключение ответственности, если в соответствии с п. 3 ст. 401 ГК РФ будет доказано, что нарушение произошло в связи с непреодолимой силой (например, если договориться с указанным в договоре поручителем не удалось из-за введения против него санкций).

Также не вызывает сомнений и то, что стороны могут договориться о взыскании штрафа за нарушение заемщиком своих обязанностей, касающихся предоставления и поддержания эффективности обеспечений.

Остается отметить, что, насколько нам известно, взыскание убытков (в виде упущенной в связи с падением рыночного уровня процента выгоды) при акселерации долга по основаниям, указанным в ст. 813 ГК РФ, хотя и является вполне правомерным и, более того, признавалось возможным ВАС РФ, на практике происходит нечасто.

(к) Диспозитивность и повышение процентов. В силу прямого указания в комментируемой статье право займодавца произвести акселерацию долга по указанным в статье основаниям установлено диспозитивно.

В частности, стороны могут договориться об отсутствии такого права или заменить это право на некие иные последствия. Например, стороны могут предусмотреть автоматическое повышение процентной ставки либо право займодавца в одностороннем порядке повысить процентную ставку на ту или иную величину в случае ухудшения условий обеспечения или отпадения обеспечения. При этом в описанной ситуации повышение процентной ставки в судебной практике не рассматривается в качестве меры договорной ответственности (как это имеет место в случае повышения ставки при попадании заемщика в просрочку). Так, согласно п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 условие кредитного договора о повышении размера процентов в случае ухудшения обеспечения кредита законно и, более того, не может рассматриваться как условие об ответственности за нарушение обязательства по возврату кредита. Соответственно, по мнению ВАС РФ, ст. 333 ГК РФ к величине, на которую происходит повышение процентной ставки, применяться

не может. Видимо, ВАС РФ исходил из того, что подобное условие имеет целью не покарать заемщика за те или иные нарушения, а направлено на приведение цены договора (процента) в соответствие с изменившимся по сравнению с изначальным уровнем кредитного риска. В этом действительно может быть обнаружена логика: знай займодавец, что его требование не будет обеспечено или обеспечение будет намного слабее, он не дал бы заемщику заем по той же ставке. В то же время вопрос о правовой природе повышения процентной ставки, привязанного к нарушению заемщиком тех или иных обязательств, не столь прост, так как обостряет общую неясность границ, разделяющих институт неустойки и условие договора о корректировке цены (подробнее см. п. 2.8 комментария к ст. 809 ГК РФ, а также комментариев к п. 1 ст. 811 ГК РФ).

Следует указать также, что судебная практика ВС РФ допускает установление в договоре кредита, по которому кредит предоставляется заемщику-гражданину, права банка повысить процентную ставку на определенную величину в случае нарушения заемщиком своего обязательства страховать приобретаемый на кредитные средства автомобиль в страховых компаниях, аккредитованных банком, но при оценке правомерности повышения процентной ставки Суд требует учитывать, был ли заемщик уведомлен о списке аккредитованных страховых компаний, и насколько страхование автомобиля в страховой компании, не аккредитованной банком, может реально нарушить права банка (Определение КГД ВС РФ от 1 августа 2017 г. № 5-КГ17-113). Следует ли из этого, что ВС РФ в принципе не видит в условиях о праве займодавца-коммерсанта (в том числе банка) в одностороннем порядке повысить процентную ставку по основаниям, указанным в настоящей статье, противоречия нормам п. 2 ст. 310 ГК РФ и абз. 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, запрещающим устанавливать в договоре, заключенном между банком или иным коммерсантом-займодавцем и гражданином-заемщиком, право первого в одностороннем порядке повышать процентную ставку? Пока сложно об этом судить, но в целом допущение возможности установления и в таких договорах механизма повышения процентной ставки строго пропорционально падению обеспечительной эффективности предоставленных обеспечений с указанием конкретной глубины коррекции ставки кажется оправданным с учетом того, что явные злоупотребления будут блокироваться по правилам п. 1 ст. 10 и п. 4 ст. 450 ГК РФ (подробнее об одностороннем изменении процентной ставки займодавцем см. комментарий к ст. 809 ГК РФ).

Статья 814. Целевой заем

1. Если договор займа заключен с условием использования заемщиком полученных средств на определенные цели (целевой заем), заемщик обязан обеспечить возможность осуществления займодавцем контроля за целевым использованием займа.

2. В случае невыполнения заемщиком условия договора займа о целевом использовании займа, а также при нарушении обязанностей, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, займодавец вправе отказаться от дальнейшего исполнения договора займа, потребовать от заемщика досрочного возврата предоставленного займа и уплаты причитающихся на момент возврата процентов за пользование займом, если иное не предусмотрено договором.

Причитающиеся за пользование займом проценты уплачиваются заемщиком по правилам пункта 2 статьи 811 настоящего Кодекса.

Комментарий

1. Специфика целевого займа. На практике нередко заем или кредит предоставляются строго на определенную цель. В договоре указывается, что полученное финансирование (как правило, целевые займы носят чисто денежный характер) должно быть использовано заемщиком в тех или иных целях (на покупку жилья, на оплату поставляемого оборудования, на покрытие судебных издержек по идущему крупному арбитражному разбирательству и т.п.).

В такой ситуации заемщик согласно комментируемому пункту обязан обеспечить займодавцу возможность контроля за целевым использованием займа. Что это означает? Во-первых, это означает обязанность заемщика по запросу займодавца предоставлять ему отчет об использовании полученного займа. Во-вторых, обязанность заемщика по запросу займодавца предоставлять тому документальные подтверждения использования займа по целевому назначению. Но здесь, конечно, могут возникать вопросы о том, до какой степени заемщик обязан раскрывать займодавцу документацию (помимо представления самого отчета о целевом использовании). Поэтому рекомендуется фиксировать подробный порядок такого взаимодействия сторон в рамках контроля целевого использования и объем раскрываемых документов в самом договоре. При отсутствии подробных правил на сей счет процедурные детали могут выводиться из общего принципа добросовестности при исполнении обязательств по п. 3 ст. 307 ГК РФ. Об обязанности заемщика предоставлять отчет зай-

модавцу говорит и ст. IV.F.—1:105 Модельных правил европейского частного права.

2. Нарушение обязанности обеспечить целевое использование займа или обязанности обеспечить возможность контроля целевого использования. Согласно п. 2 ст. 314 ГК РФ при нецелевом использовании займа, а также при нарушении заемщиком обязанности по обеспечению займодавцу возможности контроля целевого использования последний может отказаться от договора на будущее или произвести акселерацию долга (т.е. потребовать досрочного его погашения) и потребовать уплаты причитающихся процентов.

2.1. Нарушение обязанности целевого использования. Следует иметь в виду, что в силу того, что объект займа поступает в собственность заемщика и, как правило, смешивается с иным однородным имуществом заемщика (например, поступающий денежный заем смешивается с иными средствами на счете заемщика), проследить, пошли ли полученные средства на ту или иную цель, пока технически невозможно. Главное, это вопрос о том, профинансировал ли заемщик ту цель, ради финансирования которой он и брал целевой заем. Отнюдь не обязательно, чтобы он это делал путем перечисления с того самого счета, на который был зачислен заем. Например, если целевой денежный заем был предоставлен на покупку оборудования и зачислен на счет заемщика в том или ином банке, а далее средства на этом счете были все до копейки потрачены заемщиком на выплату задолженности по зарплате, говорить о нецелевом использовании займа нельзя, если то самое оборудование было заемщиком все-таки куплено за счет средств, находящихся на ином счете, зачета встречных однородных требований к поставщику или посредством оплаты счетов поставщика третьими лицами, на которых заемщик возложил исполнение его обязательств по оплате поставляемого оборудования.

Также, видимо, нельзя говорить о нарушении заемщиком требования целевого использования, если он потратил полученные средства на финансирование соответствующей цели (например, внес оплату за приобретаемую на кредитные средства недвижимость), но далее цель была не достигнута по не зависящим от заемщика обстоятельствам (например, заемщик столкнулся с нарушением продавцом своих обязательств и в итоге саму недвижимость так и не получил). В такой ситуации имело место целевое использование, которое просто не позволило заемщику достичь планируемого результата. Само по себе это не освобождает заемщика от заемного долга, но и не позволяет займодавцу производить акселерацию долга или отказ от договора

на будущее. В то же время, если будет доказано, что поведение заемщика недобросовестно и он заключил мнимый договор (например, купли-продажи, оказания услуг и т.п.) ради создания видимости целевого использования, но этот договор не собирался исполнять, а на самом деле просто обналечил полученные безналичные средства и использовал наличные по своему усмотрению, можно квалифицировать сложившуюся ситуацию как нецелевое использование полученного займа. Кроме того, как минимум в договоре, по которому заемщиком является коммерсант, может быть предусмотрен ковенант, в силу которого недостижение соответствующей цели будет давать займодавцу право на акселерацию долга и (или) отказ от договора (п. 2 ст. 310 ГК РФ; о ковенантах см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ).

В принципе, сторонам рекомендуется крайне внимательно описывать цель, на которую должен потратить полученные средства заемщик, дабы избежать двусмысленности и судебных споров. Споры о соответствии трат заемщика не вполне конкретно указанным в договоре займа (кредита) целям нередко возникают (см., например, Определение КГД ВС РФ от 4 апреля 2017 г. № 14-КГ17-7).

Также следует отметить, что неиспользование полученных целевым образом средств также может рассматриваться как нарушение обязанности обеспечить целевое использование. Если полученные деньги просто лежат на счете заемщика, это тоже форма их использования, и она может противоречить условиям договора. Но то же касается и ситуации, когда движимое имущество или наличные деньги, переданные строго под определенную цель, в нарушение договора хранятся мертвым грузом на складе заемщика или в банковской ячейке.

2.2. *Нарушение обязанности обеспечить возможность контроля.*

Нарушение обязанности, указанной в п. 1 комментируемой статьи, установить куда проще. Достаточно иметь доказательства предъявления заемщику запроса на предоставление информации и отчетов о целевом использовании и соответствующих документальных доказательств. Когда факт поступления такого запроса имеет место, а заемщик в течение семи дней (п. 2 ст. 314 ГК РФ) или в иной срок, если тот установлен в договоре, не удовлетворил данный запрос, можно говорить о нарушении, и у займодавца возникают указанные в п. 2 ст. 814 ГК РФ возможности по защите своих прав.

2.3. *Средства защиты.* Пункт 2 ст. 814 ГК РФ закрепляет следующие средства защиты на случай нарушения указанных обязанностей.

(а) *Акселерация долга.* Возможность досрочного истребования заемного долга путем направления заемщику соответствующего извещения кажется вполне логичной. Отказ предоставлять отчет о целевом

использовании или циничное нецелевое использование полученных средств демонстрируют уровень добросовестности заемщика и подрывают доверие к его способности в дальнейшем возвращать свой долг в согласованные сроки и обслуживать его. Но даже и в случаях, когда поведение заемщика безупречно (например, он не потратил средства на заявленную цель по вполне уважительным причинам), имеются основания для акселерации, ибо иначе происходит навязывание займодавцу иных параметров сделки и уровня кредитного риска, чем те, на которые он соглашался, выдавая заем. Поэтому закон абсолютно справедливо дает займодавцу право произвести акселерацию и не находиться в длительных договорных отношениях со столь недобросовестным партнером.

Акселерация долга не является мерой ответственности, а следовательно, правила ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности здесь не применяются. Если заемщик нарушил обязанность целевого использования невинно или даже в связи с непреодолимой силой, займодавец все равно может произвести акселерацию долга. Это касается и той ситуации, когда у заемщика были все экономические основания воздержаться от целевого использования. Например, если договор предусматривал направление предоставляемого денежного займа на оплату оборудования, которое заемщик собирался купить у некоего продавца, но заемщик, получив деньги, не стал заключать договор с таким продавцом в связи с тем, что продавец впал в банкротство, поведение заемщика абсолютно безупречно. Но тем не менее займодавец вправе произвести акселерацию, ибо в такой ситуации ему не может быть навязано изменение цели использования предоставленного им целевого финансирования.

Подробнее о самом механизме акселерации см. комментарий к п. 2 ст. 814 ГК РФ.

(б) Отказ от договора. Также вполне корректно и указание в п. 2 комментируемой статьи на право займодавца отказаться от выдачи новых займов по тому же договору, если такой договор предполагал неоднократное их предоставление (например, кредитная линия). При выявлении нецелевого использования или отказе от предоставления отчета о целевом использовании исчезает необходимое для кредитования заемщика доверие к нему, что оправдывает досрочный выход займодавца из договорных правоотношений как в варианте акселерации выданного займа, так и в плане отказа от дальнейшего сотрудничества по такому долгосрочному договору. При этом очевидно, что займодавец может как сочетать данные меры, так и отказаться от договора на будущее, не производя акселерацию.

Подробнее об отказе от договора займа на будущее при нарушениях договора, допущенных заемщиком, см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ.

(в) Причитающиеся проценты и убытки. Новая редакция п. 2 ст. 814 ГК РФ не оставляет сомнений в том, что при акселерации долга проценты по займу (кредиту) будут начисляться только до момента фактического возврата займа. Как уже отмечалось в п. 6.2 комментария к ст. 809 ГК РФ, а также комментарии к п. 2 ст. 811 ГК РФ, ранее старая редакция ст. 814 наряду со ст. 811 и 813 ГК РФ натолкнула ВАС РФ и ВС РФ на абсолютно ошибочный вывод о праве взыскивать наперед и те проценты, которые были бы начислены, не произведи займодавец акселерацию и не верни заемщик свой долг досрочно до момента истечения изначального согласованного в договоре срока возврата займа. Как уже отмечалось в том же фрагменте комментария, ВАС РФ впоследствии попытался исправить ситуацию, но теперь все сомнения окончательно улетучиваются. Не начисленные в связи с досрочным возвратом займа, по которому произведена акселерация, проценты в автоматическом режиме при акселерации долга не взыскиваются.

Но теоретически займодавец вправе требовать взыскания с заемщика убытков, вызванных вынужденным досрочным сворачиванием договорного правоотношения и возвратом выданного займа. Эти убытки будут состоять прежде всего в возмещении упущенной выгоды по правилам ст. 393.1 ГК РФ в связи с падением средних ставок процента по аналогичным договорам к моменту досрочного возврата по сравнению с уровнем, закрепленным в договоре займа, по которому была произведена акселерация (подробнее о взыскании таких убытков см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ).

При этом, так как взыскание убытков является мерой ответственности, заемщик может претендовать на освобождение от ответственности по правилам ст. 401 ГК РФ, если он нарушил обязанность целевого использования займа без вины (если заемщик не является коммерсантом) или в связи с непреодолимой силой (когда он коммерсант). Если заемщик является коммерсантом и отвечает без вины, он обязан возмещать займодавцу убытки (в том числе упущенную выгоду) и тогда, когда отказ заемщика от целевого использования полученной суммы займа был вполне коммерчески рациональным шагом (например, когда после получения займа выяснилось, что продавец, на покупку имущества у которого заем и предоставлялся, впал в банкротство, что подтолкнуло заемщика отказаться от целевого использования займа). Возникновение обстоятельств, которые лишают целевое использование займа экономического смысла, находится в зоне коммерческих

рисков заемщика и не должно лишать займодавца права взыскать с заемщика упущенную в связи с акселерацией долга выгоду.

(г) Диспозитивность и иные последствия, предусмотренные в договоре. В договоре могут предусматриваться и иные последствия выявления нецелевого использования. Например, как минимум в договоре займа, в котором заемщиком является коммерсант, может быть предусмотрено автоматическое повышение процентной ставки или возникновение у займодавца секундарного права на такое повышение (о природе такого повышения ставки в ответ на те или иные нарушения договора со стороны заемщика см. комментарий к п. 1 ст. 811 ГК РФ).

При этом стороны могут установить:

- возможность для займодавца выбирать между этими договорными инструментами и теми, которые предусмотрены в п. 2 ст. 814 ГК РФ;
- сочетание этих договорных и законных инструментов (например, и произвести акселерацию, и повысить ставку на период до момента фактического возврата долга);
- исключительное использование договорных механизмов с блокированием возможности прибегать к инструментам, указанным в п. 2 ст. 814 ГК РФ; это следует из диспозитивности установлений данного пункта, при этом диспозитивность прямо следует из его текста.

Статьи 815 («Вексель») и 816 («Облигация») ГК РФ утратили силу с 1 июня 2018 г.

Статья 817. Договор государственного займа

1. По договору государственного займа заемщиком выступает Российская Федерация, субъект Российской Федерации, а займодавцем – гражданин или юридическое лицо.

2. Государственные займы являются добровольными.

3. 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.

Договор государственного займа может быть заключен также в иных формах, предусмотренных бюджетным законодательством.

4. Изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается.
5. Правила о договоре государственного займа соответственно применяются к займам, выпускаемым муниципальным образованием.

Комментарий

1. Государственный заем как источник финансирования дефицита бюджета.

Государственные займы являются источником финансирования бюджетного дефицита (ст. 94–96 БК РФ). Он возникает в ситуации, когда расходы бюджета превышают его доходы. С экономической точки зрения осуществление государственных заимствований позволяет бюджету тратить больше средств, чем в него поступает доходов. Обязательства федерального бюджета по возврату привлеченных государственных займов образуют государственный долг Российской Федерации, а обязательства бюджета субъекта – государственный долг субъекта Федерации.

Для большинства развитых стран займы на финансовом рынке, заключаемые путем выпуска ценных бумаг, являются основным способом покрытия бюджетного дефицита. Размер долга по таким займам нередко доходит до 100% ВВП страны. Чрезмерный государственный долг может стать причиной финансово-экономического кризиса. В настоящее время объем государственного долга Российской Федерации составляет около 15% ВВП. В структуре российского долга преобладают ценные бумаги (облигации) – около 75%, причем основная часть государственных обязательств выражена в национальной валюте – 71% (см. Основные направления государственной долговой политики Российской Федерации на 2017–2019 гг.).

1.1. Исторические предпосылки включения комментируемой статьи в ГК РФ. В советский период в условиях плановой экономики механизм выпуска и обращения государственных займов принципиально отличался от действовавшего в развитых странах. В советской правовой науке выделялось несколько особенностей регулирования государственных займов. Во-первых, закреплялся принцип верховенства государства в долговых отношениях. Права кредитора по получению долга в принудительном порядке ограничивались. Во-вторых, при размещении государственных займов нередко нарушался принцип диспозитивности. Имело место принудительное привлечение денежных средств населения в государственные займы, например, в период индустриализации и в годы Великой Отечественной войны. В-третьих, значение гражданско-правового регулирования рассматриваемых от-

ношений сводилось к минимуму, государственные займы признавались объектом финансовых правоотношений, регулируемых бюджетным законодательством.

Изменение экономического уклада привело к пересмотру принципов осуществления и управления государственными заимствованиями. В п. 4 ст. 75 Конституции РФ установлено, что государственные займы выпускаются в порядке, определяемом федеральным законом, и размещаются на добровольной основе. Принцип добровольности был перенесен также в комментируемую статью (п. 2).

В соответствии со ст. 124 ГК РФ публично-правовые образования (Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования) участвуют в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с гражданами и юридическими лицами. К ним применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в соответствующих отношениях. У государственных займов, рассматриваемых сквозь призму обязательственных отношений займодавца и заемщика, отсутствуют какие-либо особенности, отличающие их от займов, размещаемых юридическими лицами, поскольку положения комментируемой статьи не приносят новизны в их регулирование. Представляется, что при ее включении в Кодекс основное намерение законодателя состояло в том, чтобы в последующем исключить споры относительно применимости гражданско-правовых норм к отношениям, связанным с государственными заимствованиями.

Особенности регулирования государственных займов проявляются в бюджетном законодательстве, которое устанавливает организацию и функционирование бюджетной системы, правовое положение субъектов бюджетных отношений, определяет основы бюджетного процесса, а также порядок исполнения судебных актов по обращению взыскания на бюджетные средства.

1.2. Понятие «государственный заем» в бюджетном и гражданском законодательстве. Следует обратить внимание на различный объем понятия «государственный заем» в гражданском и бюджетном законодательстве, что становится особенно заметным с учетом изменения комментируемой статьи, вступившего в силу с 1 июня 2018 г. (Закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ). В ст. 103 БК РФ выделяются два способа государственных заимствований:

- государственные займы, осуществляемые путем выпуска государственных ценных бумаг;
- кредиты, привлекаемые от других бюджетов бюджетной системы или иных лиц (иностранных государств, кредитных организаций,

международных финансовых организаций и иных субъектов международного права, иностранных юридических лиц).

Таким образом, в бюджетном праве под государственным займом понимается один из способов государственных заимствований, по определению предусматривающий выпуск государственных ценных бумаг и тем отличающийся от кредита.

Иное соотношение категорий «заем» и «кредит» имеет место в гражданском праве, где кредитный договор, согласно господствующей точке зрения, является видом договора займа. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи договор государственного займа может быть заключен в различных формах – в облигационной форме (путем приобретения займодавцем выпущенных государственных облигаций или иных государственных ценных бумаг) или в иных формах, предусмотренных бюджетным законодательством. Как было указано выше, одной из форм (способов) государственных заимствований в бюджетном праве является кредит. Отсюда можно сделать вывод о том, что в гражданском праве под договором государственного займа следует также понимать договор, на основании которого Российская Федерация или ее субъект привлекают кредит.

Использование категории «форма» в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи является не вполне удачным. В действующей редакции БК РФ она не встречается применительно к государственным займам или к государственному долгу. В редакции ст. 98 БК РФ, действовавшей до 1 января 2008 г. (Федеральный закон от 26 апреля 2007 г. № 63-ФЗ), выделялись формы государственного долга Российской Федерации. Однако затем законодатель ввел для описания соответствующих понятий термины «структура государственного долга», «виды и срочность долговых обязательств». С учетом неопределенности понятия «форма договора государственного займа» в бюджетном законодательстве определение сферы применения комментируемой статьи затруднено.

Во-первых, с учетом абз. 2 п. 3 комментируемой статьи гипотетически можно было бы допустить привлечение государственного займа путем заключения двустороннего договора займа с юридическим лицом или гражданином (договорная форма), а не путем приобретения займодавцами государственных облигаций. Во-вторых, в соответствии со ст. 3 Закона об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг государственные ценные бумаги могут быть выпущены исключительно как эмиссионные ценные бумаги в смысле Закона о рынке ценных бумаг. Поэтому еще одним гипотетическим примером государственного займа в «иной» форме могло бы являться заимствование, сопровождающееся выдачей век-

ся или иной неэмиссионной ценной бумаги. Однако действующее бюджетное законодательство не предусматривает названных форм (видов, способов) заимствования.

Причина указанного терминологического несоответствия кроется, по-видимому, в том, что основные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) разрабатывались до изменения БК РФ. В ней говорится о потребности синхронизации бюджетного и гражданского законодательства по вопросам предоставления бюджетных кредитов и государственных займов¹, но смысл такой синхронизации не раскрывается. В Проекте концепции реформы ГК РФ указывалось на то, что норма ГК РФ неоправданно ограничивает способы оформления государственного займа использованием ценных бумаг, хотя бюджетное законодательство не исключает и иные способы заимствований. При этом не учитывалось различное содержание, которое вкладывается в данное понятие в бюджетном и гражданском законодательстве. Если понимать под синхронизацией по меньшей мере введение единообразной терминологии, то заявленная в Концепции цель не была достигнута.

1.3. Субъектный состав договора государственного займа. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи государственный заем представляет собой облигационный заем со специальным субъектным составом. На стороне заемщика выступает публично-правовое образование — Российская Федерация или субъект Российской Федерации, а на стороне займодавца — гражданин или юридическое лицо. Положения комментируемой статьи применяются также к займам, выпускаемым муниципальными образованиями. В бюджетном законодательстве государственные и муниципальные заимствования регулируются сходным образом.

Эмитентами государственных и муниципальных ценных бумаг являются соответственно исполнительные органы государственной власти и местные администрации, которые выпускают от имени публично-правового образования ценные бумаги и несут обязательства перед владельцами ценных бумаг по осуществлению прав, закрепленных этими ценными бумагами. Право осуществления государственных заимствований от имени Российской Федерации в соответствии со ст. 103 БК РФ принадлежит Правительству РФ либо уполномоченному им Министерству финансов Российской Федерации. Право осуществления госу-

¹ См. также Проект концепции реформы ГК РФ.

дарственных заимствований от имени субъекта Российской Федерации в соответствии с законом данного субъекта принадлежит его высшему исполнительному органу государственной власти либо финансовому органу данного субъекта. Право осуществления муниципальных заимствований от имени муниципального образования в соответствии с уставом муниципального образования принадлежит местной администрации.

Возможна ситуация, когда денежные средства передаются займы одним уровнем бюджетной системы другому. В этом случае применяются правила БК РФ о бюджетном кредите. Согласно ст. 93.2 БК РФ бюджетный кредит может быть предоставлен Российской Федерации, субъекту Российской Федерации, муниципальному образованию на основании договора, заключенного в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации, на условиях и в пределах бюджетных ассигнований, которые предусмотрены соответствующими законами (решениями) о бюджете. Бюджетный кредит может быть предоставлен только субъекту Российской Федерации и муниципальному образованию, которые не имеют просроченной задолженности по денежным обязательствам перед соответствующим бюджетом (публично-правовым образованием). Если допустить, что понятие «государственный заем» включает также кредиты, привлеченные Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации, на стороне кредитора могут также выступать кредитные организации, иностранные банки и международные финансовые организации. Подробнее о субъектном составе кредитного договора см. комментарий к п. 1 ст. 819 ГК РФ.

1.4. Объект договора государственного займа.

(а) Внутренние и внешние займы. Основными объектами государственных займов являются валюта Российской Федерации и иностранная валюта. Государственные заимствования, выраженные в валюте Российской Федерации, называются внутренними, а выраженные в иностранной валюте – внешними (ст. 103 БК РФ). Данное разграничение имеет финансово-экономические причины. Погашение внешних займов может представлять для заемщика большую сложность в силу ограниченного доступа к иностранной валюте. Приток в страну иностранной валюты обеспечивается всей совокупностью внешнеэкономических сделок, которые совершают хозяйствующие субъекты. В отличие от Российской Федерации, внешнеэкономические связи субъектов Российской Федерации и муниципальных образований законодательно ограничены. Поэтому право субъектов Российской Федерации размещать внешние займы значительно ограничено в бюджетном законодательстве, а для муниципальных образований вводится прямой запрет на такое размещение.

Комментируемая статья не предусматривает особенностей регулирования внутренних (внешних) государственных займов. Таковые определены в бюджетном законодательстве. Для субъектов Российской Федерации установлены дополнительные требования бюджетной обеспеченности, при соблюдении которых допускаются внешние заимствования. Их заемные интересы подчинены интересам Российской Федерации. Согласно п. 1 ст. 104 БК РФ размещение внешних государственных займов субъектов Российской Федерации на международных рынках капитала осуществляется с учетом приоритета размещения государственных ценных бумаг Российской Федерации. Муниципальные образования выпускают муниципальные займы только на внутреннем рынке и в валюте Российской Федерации. Субъекты Российской Федерации и муниципальные образования вправе осуществлять внутрибюджетные заимствования у Российской Федерации в иностранной валюте исключительно в рамках использования целевых иностранных кредитов. В соответствии с бюджетным законодательством такие заимствования не являются внешними заимствованиями и не приводят к образованию внешнего долга субъекта Российской Федерации или муниципального образования (п. 5 ст. 104 БК РФ).

(б) Товарные займы. Комментируемая статья не ограничивает объект государственных займов исключительно денежными средствами. Согласно п. 3 государственные ценные бумаги могут удостоверить право их владельца на получение иного имущества или имущественных прав. В соответствии с п. 4 ст. 113 БК РФ при исполнении обязательств по государственным ценным бумагам, предусматривающим в соответствии с условиями их выпуска передачу кредиторам иного, чем денежные средства, имущественного эквивалента, размер государственного долга уменьшается на величину основного долга (рассчитанную в денежном выражении) по погашаемым таким образом обязательствам.

Выпуск неденежных государственных займов является необычной практикой для государств с развитым финансовым рынком. В начале 1990-х гг. в условиях гиперинфляции и товарного дефицита спросом у населения пользовались выпускаемые российским правительством ценные бумаги, дающие право на приобретение товаров народного потребления. Обязательства по таким ценным бумагам не были исполнены в полном объеме. С принятием Федерального закона от 1 июня 1995 г. № 86-ФЗ «О государственных долговых товарных обязательствах» государственные долговые товарные обязательства в виде облигаций государственных целевых беспроцентных займов на приобретение товаров народного потребления, включая легковые автомобили, целевых чеков на приобретение легковых автомобилей, чеков «Урожай-90»,

целевых вкладов на приобретение легковых автомобилей, обязательств государства перед сдатчиками сельскохозяйственной продукции были признаны внутренним государственным долгом Российской Федерации. При формулировании комментируемой статьи законодатель был вынужден учесть данное требование закона.

В конце 1990-х — начале 2000-х гг. распространение получили выпуски муниципальных жилищных облигаций или жилищных сертификатов, благодаря которым средства граждан и юридических лиц привлекались в жилищное строительство. Такие облигации предоставляли владельцу право на получение определенного количества площади жилья (например, 0,1 кв. м). Срок их обращения мог достигать 10 лет. Приобретая необходимое количество облигаций, гражданин получал право требовать их погашения предоставлением квартиры соответствующей площади. Цена облигаций при размещении устанавливалась на основе себестоимости строительства и индексировалась в соответствии с изменением стоимости строительства жилья (Постановление Правительства РФ от 11 января 2000 г. № 28 «О мерах по развитию системы ипотечного жилищного кредитования в Российской Федерации»). Можно ли применительно к таким ситуациям говорить о займе, вопрос спорный, ибо квалифицирующим признаком займа является однородность объекта заемного предоставления и заемного долга заемщика (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ).

(в) Золотые сертификаты. В условиях высокой инфляции Правительство РФ несколько раз предпринимало попытки выпуска государственных облигаций, погашаемых золотом (золотых сертификатов). В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 25 сентября 1993 г. № 980 «О продаже золота путем выпуска золотых сертификатов 1993 года» их выпуск осуществлялся Министерством финансов в 1993—1994 гг. Сертификаты являлись именованными ценными бумагами, реестр их владельцев вело министерство. Номинал сертификатов был эквивалентен 10 кг химически чистого золота. Гарантированная годовая доходность по сертификатам равнялась трехмесячной ставке ЛИБОР по долларам США плюс 3% годовых. По выбору владельца сертификата они погашались денежными средствами по рыночной цене золота государственными ценными бумагами Российской Федерации или золотыми слитками пробы 0,9999. В последнем случае владелец был обязан иметь лицензию на право проведения операций с драгоценными металлами. Этот выпуск золотых сертификатов стал первым случаем в истории России эмиссии государственных ценных бумаг, обеспеченных реальными активами (золотом). В качестве обеспечения золотых сертификатов Комитетом по драгоценным метал-

лам и камням России было депонировано 100 т золота пробы 0,9999. Несмотря на это, при первичном обращении была размещена только часть эмиссии сертификатов.

Вторая попытка эмиссии государственных облигаций, погашаемых золотом, была предпринята с выпуском Постановления Правительства РФ от 27 июля 1998 г. № 861 «О Генеральных условиях эмиссии и обращения государственных облигаций, погашаемых золотом». Их предполагалось выпустить в форме именных беспроцентных облигаций в документарной форме с обязательным централизованным хранением. Облигации предоставляли владельцу право на получение при погашении золота в слитках в количестве, эквивалентном 1 кг химически чистого металла. Владельцами золотых сертификатов могли быть юридические и физические лица. Особенностью данного сертификата являлось отсутствие у владельца права на получение процентов. По причине неблагоприятной рыночной конъюнктуры (в преддверии государственного дефолта по государственным краткосрочным облигациям в 1998 г.) данные облигации не были размещены.

1.5. Право, применимое к договорам государственного займа. Если в бюджетном праве государственные займы разделяются на два вида по признаку валюты заимствований (ст. 103 БК РФ), то в гражданском праве соответствующие правоотношения принято разделять по признаку применимого права (ст. 1186, 1210 ГК РФ). Отношения между приобретателями ценных бумаг и заемщиком по внутренним государственным займам, которые обычно размещаются на внутреннем рынке, регулируются российским правом. Такие займы осуществляются путем выпуска облигаций различного вида в соответствии с процедурой эмиссии, определенной Законом об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг.

Внешние государственные займы чаще всего выпускаются в виде еврооблигаций (*Eurobonds*). Их первая эмиссия была осуществлена Министерством финансов РФ в 1996 г. Еврооблигации представляют собой ценные бумаги, номинированные в валюте иной, нежели валюта страны, в которой зарегистрирован эмитент. Еврооблигации Министерства финансов РФ, как правило, номинируются в долларах или евро, отношения между эмитентом, инвесторами, банками-организаторами, фискальным агентом, депозитарием и иными участниками процедуры эмиссии подчиняются английскому праву. Такие облигации обычно выпускаются на срок от 7 до 30 лет, с номиналом 100–200 тыс. долл., под фиксированную процентную ставку и без обеспечения. Листинг осуществляется на одной из европейских бирж (Ирландская фондовая биржа, Люксембургская фондовая биржа),

что обеспечивает надлежащее раскрытие информации об эмитенте, но само обращение облигаций носит внебиржевой характер (*over the counter, OTC*). Облигации размещаются посредством частной подписки среди институциональных инвесторов синдикатом банков-организаторов. Торговля облигациями и операции по их поставке осуществляются в международных торговых системах *Euroclear* и *Clearstream*. Облигации выпускаются в форме предъявительских ценных бумаг, при этом глобальный сертификат передается депозитарию.

Еврооблигации выпускаются также субъектами Российской Федерации с учетом ограничений, установленных ст. 104 БК РФ.

1.6. Облигации Банка России, кредит Банка России, докапитализация банков.

(а) *Облигации Банка России.* От государственных ценных бумаг следует отличать облигации Банка России. Эмитентом таких облигаций выступает Банк России. Несмотря на то что согласно ст. 2 Закона о Банке России имущество Банка России является федеральной собственностью, государство не отвечает по обязательствам Банка России, а Банк России — по обязательствам государства. Поэтому займы Банка России путем выпуска им облигаций осуществляются от его собственного имени и за собственный счет.

Облигации Банка России являются инструментом регулирования банковской ликвидности. Они используются для связывания устойчивого избытка ликвидности, который время от времени возникает в банковской системе¹. По этой причине приобретать облигации Банка России вправе исключительно кредитные организации.

Право на эмиссию Банком России собственных облигаций в целях реализации денежно-кредитной политики устанавливается ст. 44 Закона о Банке России. Эмиссия облигаций осуществляется в соответствии со ст. 27.5-1 Закона о рынке ценных бумаг. Облигации выпускаются в форме купонных облигаций на сроки 3, 6 или 12 месяцев с номиналом 1 тыс. руб. Купон выплачивается ежеквартально, а доходность облигаций привязана к ключевой ставке Банка России.

Процедура выпуска облигаций Банка России имеет ряд особенностей:

— облигации выпускаются в документарной форме на предъявителя с обязательным централизованным хранением;

¹ Основным инструментом связывания избыточной ликвидности кредитных организаций являются еженедельные депозитные аукционы на срок одна неделя. Банк России проводит аукционы по размещению облигаций Банка России для снижения нагрузки на основные операции в случае, если избыточная ликвидность формируется в значительном объеме и на длительный срок.

- государственная регистрация выпуска или дополнительного выпуска, а также отчета об итогах выпуска не осуществляется;
- проспект не составляется;
- решение о размещении облигаций раскрывается на сайте Банка России.

(б) Кредит Банка России. Согласно ч. 1 ст. 22 Закона о Банке России Банку России запрещено предоставлять кредиты Правительству РФ для финансирования дефицита федерального бюджета и приобретать государственные ценные бумаги при их первичном размещении, за исключением тех случаев, когда это предусматривается федеральным законом о федеральном бюджете. Указанный запрет имеет экономическое основание. Рост государственных расходов, для финансирования которых государство прибегает к денежной эмиссии и увеличивает денежную массу сверх потребностей товарного обращения, приводит к увеличению инфляции и снижению покупательной способности национальной валюты. Поэтому, кредитуя Правительство РФ и приобретая государственные займы, Банк России оказался бы не способен достичь одной из основных закрепленных в законе целей своей деятельности – защиты и обеспечения устойчивости рубля (ст. 3 Закона о Банке России).

Помимо Закона о Банке России, запрет на использование в качестве источников финансирования дефицита федерального бюджета кредитов, предоставляемых Банком России, а также приобретение им в этих же целях государственных ценных бумаг Российской Федерации при их первичном размещении продублирован законодателем также в п. 3 ст. 94 БК РФ. Аналогичный запрет на предоставление Банком России кредитов для финансирования дефицитов бюджетов государственных внебюджетных фондов, бюджетов субъектов Российской Федерации и местных бюджетов установлен в ч. 2 ст. 22 Закона о Банке России и повторен в п. 5 ст. 92.1 БК РФ, согласно которому кредиты Центрального банка Российской Федерации, а также приобретение Центральным банком Российской Федерации государственных ценных бумаг субъектов Российской Федерации, муниципальных ценных бумаг при их размещении не могут быть источниками финансирования дефицита соответствующего бюджета.

(в) Докапитализация банков. Законодательством допускается использование облигаций государственных займов для увеличения собственных средств (капитала) банков. Такую практику можно отнести к категории антикризисных мер, принимаемых государством. Предусмотрены два механизма докапитализации – размещение привилегированных акций банков в обмен на гособлигации и предоставление субординированных займов (выкуп субординированных облигаций)

путем передачи банкам гособлигаций. Первый механизм докапитализации закреплен законом в 2009 г., но не был реализован на практике. Второй механизм начал применяться в 2015 г. для повышения кредитного потенциала банков в условиях введения западных санкций и ограничения доступа к международным финансовым рынкам.

Федеральным законом от 18 июля 2009 г. № 181-ФЗ «Об использовании государственных ценных бумаг Российской Федерации для повышения капитализации банков» определена процедура, включающая размещение банком привилегированных акций, эмиссию Российской Федерацией облигаций федерального займа, которые впоследствии обмениваются на привилегированные акции, размещенные банком. Выпуск привилегированных акций увеличивает капитал (собственные средства) банка.

Закон установил требования, которым должны соответствовать банки, претендующие на размещение привилегированных акций в рамках указанной процедуры: наличие рейтинга долгосрочной кредитоспособности, требования к размеру активов, достаточности собственных средств и др. Размещение привилегированных акций должно осуществляться путем закрытой подписки по цене, равной номинальной стоимости таких акций. По ним должны выплачиваться ежегодные дивиденды не ниже установленного законом размера и предусматриваться конвертация в обыкновенные акции банка по требованию их владельца по истечении десятилетнего срока с даты завершения размещения. При размещении привилегированных акций акционеры банка не имеют преимущественного права их приобретения. В отношении кредитных организаций, которые увеличили свой капитал путем обмена своих привилегированных акций на облигации федерального займа, устанавливаются дополнительные формы контроля со стороны Банка России.

В соответствии с договором мены, заключаемым между банком и Министерством финансов Российской Федерации, облигации федерального займа принимаются в оплату привилегированных акций по номинальной стоимости. Банк перечисляет Российской Федерации накопленный на дату осуществления обмена облигаций на привилегированные акции купонный доход по облигациям, а также суммы положительной разницы между общей номинальной стоимостью облигаций и общей номинальной стоимостью привилегированных акций (ст. 7 Закона об использовании государственных ценных бумаг Российской Федерации для повышения капитализации банков).

Определенный в законе механизм докапитализации оказался не востребованным банками по причине сложной процедуры реализации и значительного усиления контроля за деятельностью капитализиру-

емого банка со стороны государства. Это побудило Правительство РФ искать новые решения по поддержке банковской системы.

С принятием Федерального закона от 29 декабря 2014 г. № 451-ФЗ процедура докапитализации банков путем передачи им облигаций федерального займа была изменена, а ее способы – расширены. В соответствии с ней Минфин России выпустил пять выпусков облигаций федерального займа с различными сроками погашения, которые были внесены в качестве имущественного взноса Российской Федерации в имущество Государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» (АСВ). Закон наделил АСВ правом использовать эти облигации в целях увеличения капитала банков тремя способами:

1) передача в субординированные займы или оплата такими облигациями субординированных облигационных займов банков (источник добавочного капитала банков);

2) передача в субординированные займы или оплата такими облигациями субординированных облигаций, срок предоставления (погашения) которых составляет не менее чем 50 лет (источник дополнительного капитала банков) (введено Федеральным законом от 20 апреля 2015 г. № 98-ФЗ);

3) оплата привилегированных акций банков (введено Федеральным законом от 20 апреля 2015 г. № 98-ФЗ).

Полученные в результате данной операции облигации передаются в залог Банку России (путем совершения сделок репо или ломбардного кредитования), что обеспечивает банк денежной ликвидностью, используемой для осуществления банковских операций (кредитования реального сектора экономики).

Порядок и условия размещения облигаций федерального займа в субординированные обязательства и привилегированные акции банков были утверждены решением Совета директоров АСВ от 13 января 2015 г. В отношении докапитализуемых банков были установлены обязательные требования: по размеру собственных средств (более 25 млрд руб.); по наличию уполномоченного представителя Банка России; по неприменению ограничений по кредитованию отдельных предприятий и организаций; по соблюдению обязательных нормативов; по доле кредитов, предоставленных физическим лицам, за исключением жилищных (ипотечных) кредитов (не более 40% активов банка). Участвующий в программе банк принимал на себя финансовые обязательства. В течение трех лет после предоставления средств для повышения капитализации банк обязан:

1) увеличивать не менее чем на 1% в месяц совокупный объем кредитования в приоритетных отраслях экономики. Если эта обязанность

будет нарушена банком, АСВ вправе требовать уплаты банком штрафа в размере до 0,5% размера (номинальной стоимости) субординированного обязательства;

2) не повышать достигнутый на 1 января 2015 г. уровень вознаграждения (оплаты труда) руководителей банка, а также не увеличивать размер фонда оплаты труда иных работников банка.

В течение срока действия субординированного обязательства банка учредители (участники) банка обязаны осуществить увеличение собственных средств (капитала) банка в размере не менее 50% такого субординированного обязательства за счет дополнительных средств учредителей (участников) банка и (или) направления на увеличение собственных средств (капитала) банка не менее 75% прибыли банка, до достижения увеличения основного капитала банка размера, составляющего не менее 50% субординированного обязательства банка. Если банк нарушает эти обязательства, то АСВ вправе требовать уплаты штрафа в размере до 2% размера (номинальной стоимости) субординированного обязательства.

Условием предоставления облигаций является заключение Агентством типового соглашения с банком об осуществлении мониторинга его деятельности. В соответствии с ним банки, капитализируемые через АСВ, представляют ему отчеты о выполнении своих обязательств, в том числе о самостоятельном увеличении капитала банка, а также об ограничении уровня вознаграждения работников.

В течение года с момента принятия Федерального закона от 29 декабря 2014 г. № 451-ФЗ в рамках программы докапитализации АСВ передало 25 банкам облигации федерального займа на 802 млрд руб.: 507 млрд руб. путем приобретения привилегированных акций банков и 295 млрд руб. через приобретение субординированных обязательств банков.

2. Добровольность государственных и муниципальных займов. Граждане и юридические лица, как уже было отмечено выше, не должны понуждаться к приобретению облигаций государственных и муниципальных займов. Данное правило выводится из основополагающих гражданско-правовых принципов автономии воли и свободы договора (п. 2 ст. 1, ст. 421 ГК РФ) и закреплено в комментируемой статье с двойной целью. Во-первых, законодатель был вынужден учитывать российские исторические реалии и грубые нарушения прав кредиторов, допускавшиеся в советский период и сразу после возникновения Российской Федерации. Декларативное провозглашение прав кредиторов в ГК РФ призвано еще раз продемонстрировать отказ российского

государства от прежней порочной практики. Во-вторых, признание добровольности государственных заимствований свидетельствует о примате частноправового регулирования соответствующих отношений, несмотря на публично-правовой статус заемщика.

Добровольность государственных займов означает, что займодавец (физическое или юридическое лицо) самостоятельно принимает решение о заключении договора такого займа, в том числе путем приобретения государственных облигаций, а также определяет количество приобретаемых ценных бумаг. В то же время условия государственного займа устанавливаются исполнительными органами власти Российской Федерации или субъекта Российской Федерации в генеральных условиях эмиссии, условиях эмиссии и решении о выпуске конкретного выпуска облигаций. В то же время при определении сроков обращения облигаций и размера процентных ставок (или цены размещения) Министерство финансов (при выпуске государственных облигаций Российской Федерации) или финансовый орган субъекта Российской Федерации (при выпуске государственных облигаций субъекта Российской Федерации) учитывают текущую рыночную конъюнктуру и предпочтения участников рынка.

Со своей стороны государство не вправе понуждать субъектов хозяйственной деятельности к приобретению государственных облигаций (в том числе в судебном порядке) либо обуславливать возникновение у них тех или иных (гражданских) прав фактом приобретения (обладания) таких облигаций. Это, однако, не исключает реализации государством экономических мер, направленных на стимулирование приобретения государственных облигаций. Например, при налогообложении процентов по государственным и муниципальным облигациям, а также выигрышей по ним установлены льготные процентные ставки (п. 32 ст. 217, абз. 1 п. 4 ст. 284 НК РФ). Уполномоченный орган также принимает решение о способе заключения договора: в результате закрытого или открытого размещения, по итогам аукциона, через уполномоченных агентов и пр.

3. Формы государственных займов.

3.1. Облигационная форма государственных займов. В соответствии с действующей бюджетной политикой Российской Федерации, основным инструментом государственных заимствований являются государственные облигации. Государственная облигация является видом обычной облигации, определенной в ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг.

Обратим внимание на расширение понятия облигации с 16 октября 2018 г. Согласно изменениям, внесенным Федеральным законом

от 18 апреля 2018 г. № 75-ФЗ, в некоторых случаях при погашении облигации ее владелец может получить сумму, отличающуюся от ее номинальной стоимости, в том числе в меньшую сторону. В соответствии с новым определением (ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг), облигация является эмиссионной ценной бумагой, которая закрепляет право ее владельца на получение, если иное не предусмотрено Законом о рынке ценных бумаг, в срок, предусмотренный в ней, от эмитента облигации ее номинальной стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может не предусматривать право ее владельца на получение номинальной стоимости облигации в зависимости от наступления одного или нескольких указанных в ней обстоятельств. Помимо этого, облигация может также предусматривать право ее владельца на получение установленных в ней процентов либо иные имущественные права.

В соответствии с новым определением, облигации могут быть разделены на два вида:

1) обычные облигации, предусматривающие получение владельцем при их погашении номинальной стоимости;

2) структурные облигации, не предусматривающие безусловного права владельца на получение при их погашении номинальной стоимости.

В ст. 27.1-1 Закона о рынке ценных бумаг установлены особенности эмиссии и обращения структурных облигаций. Право их владельцев на получение выплат по ним зависит от наступления или ненаступления одного или нескольких обстоятельств, предусмотренных условиями выпуска. Таким образом, размер выплат по структурной облигации может быть меньше ее номинальной стоимости. Виды обстоятельств, от которых зависит выплата по структурным облигациям, совпадают с перечнем, используемым для определения производных финансовых инструментов. Подробнее о структурных облигациях см. комментарий к п. 4 ст. 807 ГК РФ.

Основанием возникновения обязательств эмитента облигации является эмиссионный договор, условия которого закреплены в условиях выпуска облигаций (решении о выпуске). Представляется, что с учетом нового определения правовая природа эмиссионного договора зависит от вида облигаций. Для обычных облигаций эмиссионный договор имеет природу договора займа. Одна сторона (займодавец, приобретатель облигации) предоставляет установленную денежную сумму другой стороне (заемщику). В удостоверение этой сделки заемщик передает займодавцам облигации и обязуется выплатить номинальную стоимость этой ценной бумаги в предусмотренный в ней срок с уплатой установленного процента. Для структурных облигаций вопрос о том,

является ли эмиссионный договор разновидностью договора займа, может вызывать споры. Раскрытие этого вопроса выходит за рамки настоящего комментария. Встречается точка зрения, что речь здесь идет не о займе в классическом понимании, а о кредитном деривативе, т.е. производном финансовом инструменте (подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 807 ГК РФ).

Тем самым конструкция облигации в Законе о рынке ценных бумаг (в общем случае) все более расходится с моделью договора займа. С 1 июня 2018 г. из гл. 42 исключена ст. 816, регулирующая отношения по облигациям. В то же время в п. 4 ст. 807 ГК РФ с 1 июня 2018 г. появилось следующее положение: «Договор займа может быть заключен путем размещения облигаций. Если договор займа заключен путем размещения облигаций, в облигации или в закрепляющем права по облигации документе указывается право ее держателя на получение в предусмотренный ею срок от лица, выпустившего облигацию, номинальной стоимости облигации или иного имущественного эквивалента». Иначе говоря, ГК РФ исходит из того, что договор займа может заключаться в форме размещения облигации. Но из этого напрямую не следует, что в форме размещения облигации может заключаться только договор займа.

В комментируемой статье отсутствует прямое указание на то, к какому виду (обычных или структурных либо только обычных) могут принадлежать государственные облигации. Указание на это отсутствует также в Законе об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг. В нем, например, нет правила о том, что владелец государственной ценной бумаги (облигации) имеет право на получение номинальной стоимости ценной бумаги при ее погашении. В ст. 3 Закона лишь установлено, что такие ценные бумаги удостоверяют право их владельца на получение от эмитента денежных средств или иного имущества, установленных процентов от номинальной стоимости либо иных имущественных прав в сроки, предусмотренные условиями эмиссии. Несмотря на это, представляется, что государственные и муниципальные облигации могут выпускаться исключительно в виде обычных облигаций, поскольку опосредуют отношения займа, возникающие между соответствующим публично-правовым образованием и владельцами облигаций. Косвенным подтверждением данной точки зрения является также перечень условий эмиссии и обращения государственных облигаций, установленный в п. 1 ст. 9 Закона об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг. В нем отсутствует упоминание об обстоятельствах, от которых может зависеть выплата по таким об-

лигациям. Впрочем, положения о структурных облигациях появились в законодательстве только в 2018 г., не исключено, что впоследствии и государство начнет выпускать такие бумаги, предварительно внося коррективы в специальные нормы о государственных заимствованиях.

3.2. Процедура эмиссии и обращения государственных и муниципальных облигаций. Эта процедура регулируется Законом об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг. Эмиссии предшествует определение объемов и финансово-экономических параметров планируемых к выпуску ценных бумаг. В соответствии с законодательно установленной бюджетной процедурой Министерство финансов РФ ежегодно утверждает Основные направления бюджетной, налоговой и таможенно-тарифной политики на будущий финансовый год и плановый период (бюджетная трехлетка), в которых формулируются основные характеристики федерального бюджета с учетом применения основных положений «бюджетных правил». В этом документе определяются размеры доходов, расходов и государственного долга, а также источники финансирования дефицита федерального бюджета. Руководствуясь этим документом, Министерство ежегодно разрабатывает по поручению Правительства РФ программы государственных внутренних и внешних заимствований Российской Федерации, а также условия выпуска и размещения государственных займов Российской Федерации (ст. 165 БК РФ).

Государственные облигации, номинированные в рублях, включаются в программу государственных внутренних заимствований на очередной финансовый год и плановый период, которая представляет собой перечень всех внутренних заимствований Российской Федерации в виде разницы между объемом привлечения и объемом средств, направляемых на погашение основной суммы долга, по каждому виду заимствований (п. 1 ст. 110 БК РФ). Эта программа, как и программа внешних заимствований, является приложением к федеральному закону о федеральном бюджете.

Эмиссия государственных облигаций Российской Федерации осуществляется в несколько этапов. Главная особенность процесса публичного предложения государственных облигаций состоит в том, что все принимаемые при этом решения по своей правовой природе являются государственными актами. Прежде чем приступить к выпуску облигаций нового вида, Правительство РФ утверждает Генеральные условия эмиссии и обращения соответствующих облигаций в форме Постановления Правительства РФ. В них определяются вид, форма выпуска и срочность облигаций, валюта обязательств, особенности исполнения (если облигации погашаются не денежными средствами),

а также ограничения оборотоспособности и круга потенциальных владельцев (при наличии) (ст. 8 Закона об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг).

В соответствии с генеральными условиями Министерство финансов РФ принимает в форме приказа документ, содержащий условия эмиссии и обращения государственных облигаций, в которых определяет минимальный и максимальный сроки обращения облигаций, их номинальную стоимость, порядок размещения и осуществления прав, размер дохода или порядок его расчета, а также иные существенные условия. Условия эмиссии и обращения государственных облигаций Российской Федерации, а также вносимые в них изменения подлежат государственной регистрации в порядке, установленном для государственной регистрации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти (ст. 9 Закона об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг).

Параметры конкретного выпуска государственных облигаций устанавливаются в решении о выпуске, которое в качестве эмитента принимает Министерство финансов Российской Федерации. Это решение имеет форму приказа. Условия определяются с учетом рыночной конъюнктуры непосредственно перед размещением выпуска. В решение о выпуске в том числе включаются следующие обязательные условия: дата или период размещения, дата погашения, форма выпуска и номинальная стоимость облигаций, объемы выпуска и количество ценных бумаг выпуска, наименование регистратора, осуществляющего ведение реестра владельцев, либо указание на депозитарию, которые осуществляют учет прав владельцев. Условия, содержащиеся в решении о выпуске, должны быть опубликованы в средствах массовой информации и (или) раскрыты иным способом не позднее чем за два рабочих дня до даты начала размещения облигаций (ст. 11 Закона об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг). Министерство финансов раскрывает информацию о выпусках государственных облигаций на своем сайте в информационной сети «Интернет» (https://www.minfin.ru/ru/performance/public_debt/internal/information/) (см. Постановление Правительства РФ от 5 февраля 2013 г. № 88 «Об утверждении стандартов раскрытия информации о государственных ценных бумагах Российской Федерации, содержащейся в решении о выпуске (дополнительном выпуске) государственных ценных бумаг Российской Федерации и в отчете об итогах эмиссии этих ценных бумаг»).

В настоящее время размещение облигаций федерального займа (ОФЗ), как правило, происходит посредством размещения на органи-

зованных торгах (аукционах) на Московской бирже, которые в плановом режиме проводятся на еженедельной основе. Порядок проведения аукциона определяется Правилами проведения торгов на фондовом рынке и рынке депозитов ПАО «Московская Биржа» (утвержденный Наблюдательным советом 23 мая 2018 г., Протокол № 2). Благодаря проведению аукциона Министерство финансов РФ способно оценить реальную конъюнктуру рынка и определить доходность при размещении ценных бумаг.

В ходе аукциона его участники вправе подавать два типа заявок: конкурентные и неконкурентные. Конкурентные заявки исполняются исключительно по цене, указанной в заявке, и могут быть полностью или частично не удовлетворены эмитентом. Неконкурентные заявки удовлетворяются по средневзвешенной цене аукциона при наличии предложения. Если круг потенциальных владельцев размещаемого выпуска облигаций не ограничен, то в аукционе вправе принять участие любые юридические и физические лица. Однако на практике профессиональные участники рынка ценных бумаг, осуществляющие брокерскую деятельность и предоставляющие клиентам доступ к аукционам, могут устанавливать ограничения по минимальному размеру инвестиций или категориям клиентов.

При выпуске средне- и долгосрочных облигаций период их размещения может превышать один год. Выпуск таких облигаций размещается частями. Не позднее следующего рабочего дня после проведения аукциона Министерство финансов РФ раскрывает информацию об итогах проведения очередного аукциона, в том числе об объеме спроса, размещенном объеме выпуска, цене отсечения, доходности по цене отсечения.

Не позднее 1 февраля текущего финансового года Министерство финансов РФ принимает приказ, содержащий отчет об итогах эмиссии государственных ценных бумаг Российской Федерации. В нем в табличной форме приводятся данные о государственных регистрационных номерах выпусков государственных облигаций, размещение которых осуществлялось в отчетном финансовом году, порядок размещения, даты размещения и погашения, фактическая цена размещения и количество размещенных ценных бумаг, а также объем денежных поступлений в бюджет (ст. 11.1 Закона об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг).

Процедуры размещения государственных облигаций субъекта Российской Федерации и муниципальных облигаций аналогичны процедуре размещения государственных облигаций Российской Федерации. При этом вместо Правительства РФ и Министерства финансов РФ соответ-

ствующие полномочия осуществляют высший исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации и местная администрация. Условия эмиссии и обращения государственных облигаций субъектов Российской Федерации или муниципальных облигаций дополнительно должны содержать информацию о бюджете заемщика на год выпуска облигаций и за три последних завершенных финансовых года, а также о суммарной величине долга заемщика. Стандарты раскрытия информации о государственных ценных бумагах субъектов Российской Федерации или муниципальных ценных бумаг утверждены приказом Минфина России от 18 сентября 2014 г. № 101н.

Размещение облигаций может осуществляться различными способами:

- на аукционе организатора торговли;
- по открытой или закрытой подписке;
- прямой «продажей» ценных бумаг;
- «продажей» через отобранных агентов (уполномоченных профессиональных участников рынка ценных бумаг);
- передачей в счет исполнения обязательств бюджета;
- внесением в качестве имущественного взноса Российской Федерации.

Вторичное обращение государственных облигаций может ограничиваться или вообще запрещаться. В этом случае эмитент обычно наделяет владельца облигаций правом на досрочное погашение облигации на заранее определенных условиях. Кроме того, такой запрет может распространяться также на залог облигаций и их обременение иными способами.

Торговля облигациями может осуществляться на фондовой бирже или внебиржевым способом.

3.3. Виды государственных облигаций Российской Федерации. Государственные ценные бумаги Российской Федерации обнаруживают разнообразие, особенно если рассматривать их в исторической перспективе. Продолжают действовать нормативные акты Правительства РФ и Министерства финансов РФ, определяющие условия эмиссии и обращения ценных бумаг, которые фактически перестали выпускаться или все выпуски которых уже полностью погашены. Несмотря на то что на конец 2018 г. структура государственного внутреннего долга Российской Федерации (размещаемого на внутреннем рынке) *de facto* включает всего шесть видов (подвидов) облигаций, *de jure* вселенная государственных облигаций оказывается значительно многообразнее.

Классификация государственных облигаций может быть проведена по многим правовым, рыночным или финансовым признакам. Однако

на практике наилучшее понимание особенностей конкретного вида (подвида) государственных облигаций достигается благодаря выяснению основной цели ее конструирования, решаемой посредством эмиссии задачи или предпочтений определенной группы инвесторов, на которую она нацелена. В зависимости от цели эмиссии государственные облигационные займы могут иметь общий или специальный характер. В первом случае эмитент преследует цель финансирования бюджетного дефицита на наилучших условиях, а во втором – решает более частные задачи, например, регулирует ранее образовавшуюся задолженность, финансирует конкретные проекты, поддерживает отношения с определенными группам инвесторов. Выпускаемые облигации могут быть предназначены для самых широких слоев инвесторов или, наоборот, ориентированы на определенную «фокус-группу» – юридических или физических лиц, резидентов или нерезидентов, кредитные организации, институциональных инвесторов и пр. В зависимости от целей эмиссии и предпочтений целевой группы инвесторов устанавливаются форма выпуска облигаций, их номинал, срок обращения, форма размещения и характер вторичного обращения. Государственные облигации могут выпускаться в форме документарных или бездокументарных, на предъявителя или именных ценных бумаг, по срокам обращения как кратко-, средне- или долгосрочные ценные бумаги.

(а) Облигации федеральных займов являются основными инструментами исполнения программы государственных внутренних заимствований (прежде всего, ОФЗ-ПД и ОФЗ-ПК). Они выпускаются Министерством финансов РФ на основании Генеральных условий эмиссии и обращения облигаций федеральных займов, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 15 мая 1995 г. № 458.

Облигации федеральных займов номинированы в рублях, владелец имеет право на получение при их погашении номинальной стоимости, а также купонного дохода в соответствии с условиями выпуска в виде процента, начисляемого на номинальную стоимость облигаций. По срокам обращения облигации федеральных займов могут быть среднесрочными (от 1 до 5 лет) или долгосрочными (от 5 до 30 лет). Владельцами облигаций федеральных займов могут быть российские и иностранные юридические и физические лица, если условиями эмиссии и обращения конкретного подвида облигаций или условиями выпуска не установлены ограничения.

Облигации федеральных займов выпускаются в документарной форме с обязательным централизованным хранением. Права, закрепляемые облигациями федеральных займов определенного выпуска, удостоверяются глобальным сертификатом, который передается на

хранение в НКО АО «Национальный расчетный депозитарий». Все выпускаемые виды облигаций федерального займа определены как именные ценные бумаги.

Министерство финансов выпускает несколько видов облигаций федеральных займов, учитывая потребности определенных категорий инвесторов (кредитные организации, негосударственные пенсионные фонды, физические лица).

(i) *ОФЗ-ПД*. «Стандартные» облигации федерального займа с постоянным купонным доходом и единовременной выплатой основного долга (ОФЗ-ПД) составляют почти две трети от объема портфеля государственных ценных бумаг, номинированных в национальной валюте. Эти облигации выпускают в соответствии с Условиями эмиссии и обращения облигаций федерального займа с постоянным купонным доходом, утвержденными приказом Минфина России от 16 августа 2001 г. № 65н. Номинал облигации равен 1 тыс. руб.¹ Объем одного выпуска ОФЗ-ПД достигает 350 млрд руб. Крупный размер повышает ликвидность «стандартных» (эталонных) выпусков, улучшает эффективность ценообразования при продаже облигаций и репрезентативность кривой доходности², увеличивает спрос со стороны инвесторов, осуществляющих инвестирование средств в соответствии с глобальными облигационными индексами.

ОФЗ-ПД являются именными средне- или долгосрочными купонными ценными бумагами, предоставляющими их владельцам право на получение номинальной стоимости облигации при ее погашении и на получение купонного дохода в виде процента к номинальной стоимости облигации. Купонный доход выплачивается два раза в год. Процентная ставка купонного дохода является постоянной для каждого выпуска облигаций и устанавливается в решении о выпуске. Размещение облигаций осуществляется в форме аукциона или по закрытой подписке. В решении о выпуске могут устанавливаться ограничения на потенциальных владельцев.

Генеральным агентом по обслуживанию выпусков облигаций является Банк России. По согласованию с Министерством финансов РФ он регламентирует порядок проведения операций, связанных с размещением, обращением, обслуживанием и погашением облигаций. Все операции по размещению и обращению облигаций (ПАО «Московская

¹ Допускается также выпуск облигаций, номинальная стоимость которых выражена в валюте государства – участника БРИКС и (или) государства – члена Шанхайской организации сотрудничества.

² Кривая доходности облигаций отражает зависимость купонного дохода облигаций от их срока до погашения.

Биржа»), включая расчеты по ним и учет прав владельцев на облигации (НКО АО «НРД»), осуществляются через учреждения Банка России или уполномоченные им организации, которые осуществляют указанные операции на условиях, установленных в договорах между ними и Банком России.

(ii) *ОФЗ-ПК*. По состоянию на конец 2018 г. облигации федерального займа с переменным купонным доходом (ОФЗ-ПК) составляли более $\frac{1}{5}$ части в структуре государственного внутреннего долга. Для Министерства финансов РФ эмиссия облигаций с изменяющимся уровнем дохода (ОФЗ-ПК и ОФЗ-ИН) является одним из способов минимизации стоимости привлечения государством заемных средств на длительный срок в условиях, когда рыночные процентные ставки по инструментам с фиксированным доходом (ОФЗ-ПД) объективно завышены. В то же время выпуск таких облигаций сопряжен с риском роста стоимости обслуживания долга в будущем (процентный риск). По этой причине объем эмиссии таких инструментов ограничивается. В настоящее время Министерство финансов РФ исходит из того, что совокупная доля ОФЗ-ПК и ОФЗ-ИН в общем объеме государственного внутреннего долга, выраженного в ценных бумагах, не должна превышать отметку в 25% объема государственного внутреннего долга.

ОФЗ-ПК выпускаются в соответствии с Условиями эмиссии и обращения облигаций федерального займа с переменным купонным доходом, утвержденными Приказом Минфина России от 22 декабря 2000 г. № 112н. В целом они сходны с условиями выпуска и обращения ОФЗ-ПД. Основное отличие состоит в порядке определения купонного дохода. Купонный доход по ОФЗ-ПК регулярно изменяется и определяется на основе доходности по облигациям федеральных займов с постоянной ставкой купонного дохода и других видов государственных ценных бумаг Российской Федерации и (или) величины процентных ставок, уровня инфляции и значений других индикаторов финансового рынка и показателей, составляющих официальную статистическую информацию.

Основная инвестиционная особенность государственных облигаций данного вида — меньшая волатильность их цен по сравнению с ценами облигаций с постоянным купонным доходом и связанная с этим более надежная защита от процентного риска при инвестировании в долговые ценные бумаги.

Для каждого выпуска отдельно могут устанавливаться ограничения на потенциальных владельцев. В 2014 г. было апробировано использование ОФЗ в качестве инструмента поддержки банковского сектора в рамках антикризисной программы Правительства РФ. Министерство

финансов РФ осуществило эмиссию пяти выпусков ОФЗ-ПК со сроками погашения от 10 до 20 лет совокупной номинальной стоимостью 2 трлн руб. Впервые в российской практике размер купонного дохода по этим инструментам привязан к ставке *RUONIA* – одному из основных индикаторов российского денежного рынка. Облигации номинальной стоимостью 1 трлн руб. (по 200 млрд руб. каждого из осуществленных выпусков) были переданы в качестве имущественного взноса Российской Федерации в ГК «АСВ». Остальной объем облигаций номинальной стоимостью 1 трлн руб. был зарезервирован для предложения широкому кругу инвесторов на регулярных аукционах в целях обеспечения ликвидности уже размещенных выпусков.

(iii) *ОФЗ-ИН*. Облигации с номинальной стоимостью, устанавливаемой в соответствии с индексом потребительских цен Российской Федерации (ОФЗ-ИН), выпускаются с 2015 г. в соответствии с Условиями эмиссии и обращения облигаций федерального займа с индексированным номиналом, утвержденными приказом Минфина России от 22 мая 2015 г. № 80н. Основные инвестиционные особенности ОФЗ данного вида состоят в том, что этот инструмент позволяет инвесторам страховать риски резких скачков инфляции, обладает меньшей ценовой волатильностью по сравнению с ОФЗ с постоянным купоном, дает возможность как диверсифицировать инвестиционные портфели, так и снизить валютные риски для инвесторов-нерезидентов вследствие высокой корреляции уровня инфляции и курса рубля. В связи с этим целевой группой инвесторов для данных облигаций являются нерезиденты и управляющие пенсионными средствами. До появления указанного инструмента участие российских пенсионных фондов и управляющих компаний на этом рынке было минимальным. Выпуск ОФЗ-ИН создал для такой категории инвесторов условия для инвестирования в финансовый инструмент, в значительной степени отвечающий целям управления пенсионными средствами – обеспечению доходности инвестирования, превышающей уровень инфляции.

Основное отличие ОФЗ-ИН состоит в изменении номинальной стоимости облигаций. В дату начала размещения облигаций она составляет 1 тыс. руб., а затем регулярно переопределяется с использованием формулы, установленной в условиях эмиссии и обращения. Таким образом, номинал облигации увеличивается пропорционально росту инфляции с задержкой в один квартал. Информация о номинальной стоимости облигации раскрывается на официальном сайте Министерства финансов РФ в информационно-коммуникационной сети «Интернет» на каждую календарную дату расчетного месяца не позднее чем за два рабочих дня до его начала.

Процентная ставка купонного дохода является постоянной для каждого выпуска облигаций и устанавливается в решении о выпуске. Размер купонного дохода рассчитывается отдельно для каждого периода выплаты купонного дохода в зависимости от номинальной стоимости облигации и дату выплаты купона, рассчитанной в соответствии с установленной формулой.

Номинальная стоимость облигации в дату погашения не может быть меньше номинальной стоимости облигации в дату начала размещения.

(iv) *ОФЗ-АД*. Облигации федерального займа с амортизацией долга выпускались с 2003 по 2011 г. в соответствии с Условиями эмиссии и обращения облигаций федерального займа с амортизацией долга, утвержденными приказом Минфина России от 27 апреля 2002 г. № 37н. Из-за сложной структуры погашения определение справедливой цены таких облигаций оказалось усложнено, что негативно отразилось на их ликвидности. В настоящее время с целью повышения ликвидности обращающегося на вторичном рынке государственного долга Министерство финансов РФ постепенно выводит данные облигации из обращения, обменивая их на «стандартные» торгуемые облигации (ОФЗ-ПД).

Основной особенностью ОФЗ-АД является «растянутый» график возврата номинальной стоимости. Владелец облигации обладает правом на получение номинальной стоимости частями в даты, установленные решением о выпуске и совпадающие с датами выплат купонного дохода. При амортизации долга размер погашаемой части номинальной стоимости определяется на каждую дату ее выплаты. Датой погашения облигаций является дата выплаты последней непогашенной части номинальной стоимости. В зависимости от выпуска облигаций и срока обращения возврат номинальной стоимости обычно осуществляется в последние два, пять или десять лет, благодаря чему достигается более равномерное распределение финансовой нагрузки на федеральный бюджет.

Процентный доход начисляется на непогашенную часть номинальной стоимости. Процентная ставка купонного дохода может быть фиксированной на каждый купонный период отдельного выпуска облигаций или переменной. По облигациям с фиксированной процентной ставкой купонного дохода величина процентной ставки и купонного дохода по всем купонам объявляется не позднее чем за два рабочих дня до даты начала размещения выпуска. По облигациям с переменной процентной ставкой купонного дохода величина процентной ставки определяется исходя из официальных показателей, характеризующих инфляцию. Продолжительность купонного периода по произведенным

Министерством финансов РФ выпускам составляет один квартал, полгода и год.

(v) *ОФЗ-Н*. С 2017 г. Министерство финансов РФ выпускает облигации федерального займа для физических лиц, обеспечивая комфортный и безопасный доступ населения к рынку государственных облигаций (Условия эмиссии и обращения облигаций федерального займа для физических лиц, утвержденные Приказом Минфина России от 15 марта 2017 г. № 38н). Целью выпуска данных специальных государственных ценных бумаг является не столько фискальная функция, сколько повышение финансовой грамотности населения, воспитание у него культуры сохранения и инвестирования средств, в том числе за счет стимулирования граждан к средне- и долгосрочным сбережениям. Эмиссия, ориентированная на население, сопряжена с высокими операционными и административными издержками, связанными прежде всего с созданием и поддержанием системы дистрибуции этих ценных бумаг.

Облигации являются именными купонными среднесрочными государственными ценными бумагами. Наряду с обычными правами на получение номинальной стоимости при погашении и купонного дохода, владелец облигации вправе также предъявить облигации к досрочному выкупу.

Важными отличиями облигаций для населения от «классических» ОФЗ являются нерыночный характер нового инструмента, отсутствие их вторичного обращения, запрет юридическим лицам на владение ими. Облигации могут быть переданы в порядке наследования в соответствии с законодательством Российской Федерации о наследовании. По своим инвестиционным характеристикам и уровню риска облигации для населения «находятся» между банковскими депозитами и обычными ОФЗ, обращающимися на организованном финансовом рынке.

Размещение облигаций осуществляется при посредничестве агентов — кредитных организаций или других специализированных финансовых организаций, заключивших с Министерством финансов РФ соглашения об осуществлении агентских функций по размещению, выкупу, обслуживанию и погашению выпусков облигаций. По размещаемым выпускам облигаций агентские соглашения заключили ПАО «Сбербанк» и ПАО «ВТБ». Размещение облигаций осуществляется агентом по открытой подписке. Для участия в размещении потенциальные владельцы заключают брокерский договор с агентом, депозитарный договор с депозитарием агента и дают поручение агенту на приобретение облигаций.

Для каждого выпуска облигаций решением о выпуске могут устанавливаться ограничения по минимальному и (или) максимальному количеству облигаций выпуска, доступному для приобретения одним владельцем — физическим лицом.

Процентные ставки купонного дохода могут быть постоянными (для всех купонных периодов процентная ставка совпадает) или фиксированными (для всех купонных периодов процентная ставка определена, но не совпадает).

(б) Государственные сберегательные облигации (ГСО) являются нерыночными облигациями, которые выпускались в предыдущие годы в целях удовлетворения спроса со стороны российских институциональных инвесторов, осуществляющих размещение средств пенсионных накоплений. Выпуск ГСО был начат после запуска пенсионной реформы в начале 2000-х гг. на основании Постановления Правительства РФ от 6 ноября 2001 г. № 771 «Вопросы эмиссии и обращения государственных сберегательных облигаций» и приказа Минфина России от 19 августа 2004 г. № 68н «Об утверждении Условий эмиссии и обращения государственных сберегательных облигаций».

Государственные сберегательные облигации являются именованными государственными ценными бумагами, выпускаемыми в документарной форме с обязательным централизованным хранением. Номинальная стоимость облигации составляет 1 тыс. руб. Облигации могут быть краткосрочными, среднесрочными и долгосрочными.

С учетом целевого характера эмиссии круг потенциальных владельцев ГСО значительно ограничен. Ими могут быть юридические лица — резиденты Российской Федерации, включая страховые организации, негосударственные пенсионные фонды, акционерные инвестиционные фонды, Пенсионный фонд Российской Федерации и иные государственные внебюджетные фонды Российской Федерации, государственные корпорации. Владелец облигации наделяется правами на получение номинальной стоимости и доход в виде процентов, а также на обмен облигаций на иные федеральные государственные ценные бумаги и досрочный выкуп облигаций.

Наличие среди правомочий двух последних прав связано с тем, что обращение облигаций на вторичном рынке или их залог не допускаются, кроме реорганизации владельца облигаций и передачи имущества, находящегося в доверительном управлении, от одной управляющей компании другой управляющей компании.

Процентные ставки и величина процентного дохода определяют в решении о выпуске облигаций. Процентные ставки купонного дохода могут быть постоянными (для всех купонных периодов про-

центная ставка совпадает, ГСО-ППС) или фиксированными (для всех купонных периодов процентная ставка определена, но не совпадает, ГСО-ФПС).

Таблица 5

Структура государственного внутреннего долга Российской Федерации по видам государственных облигаций на 1 октября 2018 г.

Вид облигаций	Доля в структуре госдолга, %
ОФЗ-ПК	22,7
ОФЗ-ПД	63,1
ОФЗ-ИН	3,3
ОФЗ-н	0,7
ОФЗ-АД	5,5
ГСО-ППС	3,0
ГСО-ФПС	1,7

(в) Иные виды государственных облигаций, выпускавшихся Минфином России. В разные периоды выпускались и иные виды облигаций. В 1993–1998 гг. выпускались, например, государственные краткосрочные бескупонные облигации. Основной особенностью этих именных краткосрочных ценных бумаг, выпускаемых в документарной форме, является отсутствие выплаты процентов. Они предоставляют владельцам лишь право на получение номинальной стоимости облигации при ее погашении. Доходом по государственным краткосрочным облигациям является дисконт в виде разницы между ценой размещения (покупки) и ценой погашения (продажи). Номинальная стоимость облигации составляет 1 тыс. руб.

В отличие от государственных сберегательных облигаций круг владельцев этих бумаг достаточно широк: ими могут быть российские и иностранные юридические и физические лица. В то же время для отдельного выпуска в решении о выпуске могут устанавливаться ограничения на потенциальных владельцев.

Правительство РФ и Банк России 17 августа 1998 г. объявили о реоформлении государственных ценных бумаг (ГКО и ОФЗ) в новые ценные бумаги и приостановлении торгов ими, что означало объявле-

ние технического дефолта (п. 2 Заявления Правительства РФ и Банка России от 17 августа 1998 г.). Предпосылкой этого стало резкое ухудшение финансово-экономической ситуации с конца 1997 г., выразившееся в снижении мировых цен на товары российского экспорта, падении фондового рынка, значительном росте ставок по кредитам, неспособности Банка России удерживать курс рубля в рамках «валютного коридора». Непосредственной причиной принятия решений от 17 августа 1998 г. стало отсутствие у Правительства РФ средств, необходимых для исполнения своих долговых обязательств по ГКО-ОФЗ, а также резкое ухудшение условий привлечения для этого новых займов. Причиной возникновения долгового кризиса стало завышение доходности ГКО-ОФЗ практически с первых же месяцев их размещения, что привело к осуществлению «пирамидального» принципа обслуживания накапливаемого государственного долга, согласно которому для погашения обязательств по уже размещенным ГКО-ОФЗ производилась эмиссия новых займов. Непосредственно перед дефолтом доходность ГКО достигала 140% годовых.

Правительство РФ приняло решение о реструктуризации государственного долга по государственным облигациям (ГКО-ОФЗ). Программа реструктуризации задолженности предусматривала различные условия для физических лиц и компаний, обязанных по российскому законодательству держать активы в гособлигациях, а также для иных иностранных и российских юридических лиц. Для первой группы инвесторов погашение ГКО-ОФЗ производилось согласно первоначальным условиям обращения облигаций, т.е. реструктуризация фактически не осуществлялась. Для второй группы 10% долга погашалось наличными средствами тремя траншами в течение девяти месяцев, а остальная сумма конвертировалась в краткосрочные и среднесрочные облигации (Письмо Минфина России № 01-10/29-3114, Банка России № 185-Т от 28 августа 1998 г.).

В заключении Временной комиссии Совета Федерации по расследованию причин, обстоятельств и последствий дефолта 1998 г., созданной в соответствии с Постановлением Совета Федерации от 15 октября 1998 г. № 447-СФ «О социально-экономической ситуации в Российской Федерации и неотложных мерах по выводу страны из кризиса», отмечалось, что решения от 17 августа 1998 г. были приняты в нарушение гражданского законодательства, предусматривающего невозможность одностороннего расторжения договоров. В частности, были нарушены ст. 310 и 817 ГК РФ. Пункт 4 ст. 817 ГК РФ предусматривает, что изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается. Заявленное Правительством РФ и Банком России изменение условий

выпущенных в обращение государственных ценных бумаг ГКО-ОФЗ является неправомерным, поскольку означает односторонний отказ государства от исполнения принятого обязательства.

В 1995–1998 гг. выпускались облигации государственного сберегательного займа (ОГСЗ). Они конструировались в расчете на привлечение средств населения с возможностью их свободного обращения. В связи с этим ОГСЗ выпускались как купонные среднесрочные (от 1 года до 5 лет) ценные бумаги на предъявителя в документарной форме без обязательного централизованного хранения. Номинальная стоимость облигаций составляла 100 и 500 руб. (после деноминации). Облигации удостоверяли право их владельца на получение при их погашении суммы основного долга и ежеквартальной выплаты купонного дохода. Размер дохода определялся ставкой по ОФЗ-ПК с выплатой дополнительной премии, что обеспечивало им повышенную доходность. Выплата купонного дохода и погашение облигаций осуществлялись платежным агентом при предъявлении подлинника сертификата облигации. При оплате купонного дохода купоны отделялись от сертификатов платежным агентом. Облигации свободно обращались на вторичном рынке, поскольку круг их владельцев не ограничивался.

В 2000-х гг. отдельные субъекты Российской Федерации выпускали региональные облигации сберегательных займов в аналогичной форме (см., например, постановление Правительства Ханты-Мансийского автономного округа от 23 декабря 2002 г. № 640-п, постановление Правительства Москвы от 28 октября 2003 г. № 899-ПП). В настоящее время инструментом привлечения средств физических лиц являются ОФЗ-Н.

Еще один пример: облигации государственных нерыночных займов (ОГНЗ) использовались в условиях дефицитного бюджета для исполнения бюджетных обязательств или урегулирования бюджетной задолженности перед различными лицами, в том числе перед Пенсионным фондом РФ (Приказ Минфина России от 29 октября 1996 г. № 93), перед Минтопэнерго России (Приказ Минфина России от 17 декабря 1997 г. № 1054), перед главными исполнителями государственного оборонного заказа (Постановление Правительства РФ от 29 декабря 2000 г. № 1020) и др. Облигации нерыночных займов выпускались на основе Постановления Правительства РФ от 21 марта 1996 г. № 316 «О Генеральных условиях эмиссии и обращения облигаций государственных нерыночных займов» (позднее был принят приказ Минфина России от 21 сентября 2004 г. № 86н «Об утверждении Условий эмиссии и обращения облигаций государственных нерыночных займов»).

С 2004 г. ОГНЗ не размещаются. Основной особенностью ОГНЗ является запрет на обращение на вторичном рынке, что объясняется специальной целью их выпуска.

Облигации являются документарными ценными бумагами и предоставляют владельцу право на получение при их погашении суммы основного долга, право на получение дохода в соответствии с условиями выпуска в виде процента, а также право на предъявление облигаций к досрочному выкупу. Номинал облигации равен 1000 руб. (после деноминации). По срокам обращения облигации государственных нерыночных займов могут быть краткосрочными, среднесрочными или долгосрочными.

Процентная ставка купонного дохода может быть фиксированной, переменной или постоянной. По облигациям с фиксированной процентной ставкой купонного дохода величина процентной ставки и купонного дохода для каждого периода купонных выплат зафиксирована в решении о выпуске, но не совпадает. По облигациям с постоянной процентной ставкой купонного дохода для всех купонных периодов величина процентной ставки совпадает и определена в решении о выпуске. По облигациям с переменной процентной ставкой купонного дохода величина процентной ставки определяется исходя из официальных показателей, характеризующих инфляцию.

Обязательного централизованного хранения облигаций не предусмотрено. Установлено, что выпуск облигаций оформляется глобальным сертификатом; при этом Министерство финансов РФ при принятии решения о выпуске может определить, что глобальные сертификаты могут выдаваться на руки владельцам. В случае выдачи глобального сертификата на руки владельцу для осуществления прав владелец обязан предъявить глобальный сертификат эмитенту. Владельцами облигаций государственных нерыночных займов могут быть юридические лица, являющиеся по законодательству Российской Федерации резидентами и нерезидентами.

3.4. Государственные облигации субъектов Российской Федерации.

Действие комментируемой статьи в полном объеме распространяется на государственные облигации, выпускаемые субъектами Российской Федерации. Федеративное устройство России предоставляет широкие полномочия субъектам Российской Федерации в сфере формирования и проведения финансовой политики, в том числе в сфере государственных заимствований. Несмотря на это, задолженность регионов, с точки зрения Правительства РФ, рассматривается в качестве условного обязательства федерального бюджета. Поэтому в БК РФ установлены дополнительные финансовые показатели долговой устойчивости

субъектов Российской Федерации, привлекающих государственные заимствования:

– отношение объема государственного долга субъекта к общему объему доходов бюджета без учета безвозмездных поступлений не должно превышать 100%, а для субъекта с существенной долей дотаций в консолидированном бюджете – 50% (п. 2 ст. 107 БК РФ);

– доля расходов на обслуживание государственного долга субъекта в общем объеме расходов бюджета субъекта не должна превышать 15% (ст. 111 БК РФ).

Однако, как показала практика, использование такого «набора» показателей не обеспечивает адекватную оценку долговой устойчивости субъекта. В будущем Министерство финансов РФ предлагает ввести два новых показателя долговой устойчивости (Основные направления государственной долговой политики Российской Федерации на 2017–2019 гг.):

– отношение годовой суммы платежей по погашению и обслуживанию госдолга к общему объему налоговых, неналоговых доходов регионального бюджета и дотаций из бюджетов других уровней;

– доля краткосрочных обязательств в общем объеме государственного долга субъекта.

По состоянию на конец 2018 г. государственный внутренний долг субъектов Российской Федерации в форме государственных облигаций составляет около 25% от общего объема. Задолженность по таким облигациям есть у 43 из 85 субъектов Российской Федерации. Одной из задач государственной долговой политики является стимулирование регионов к тому, чтобы наращивать долю рыночных заимствований, прежде всего в форме выпуска ценных бумаг. Это позволит субъектам Федерации иметь стабильный доступ к фондированию, активно управлять долгом, влиять на уровень рисков и не зависеть от текущего состояния федерального бюджета. Регулярное размещение облигаций и своевременное их обслуживание будет способствовать формированию публичной кредитной истории субъекта Российской Федерации, постепенно расширит круг инвесторов и уменьшит стоимость заимствований.

В действующем бюджетном законодательстве отсутствует единый подход к регулированию допуска субъектов Российской Федерации к разным формам привлечения кредитных средств. Министерство финансов РФ регистрирует заимствования, осуществляемые только в одной форме – в виде эмиссии государственных облигаций субъекта Российской Федерации. В то же время привлечение кредитов коммерческих банков не требует регистрации.

3.5. Иная форма государственных займов. В соответствии с абз. 2 п. 3 комментируемой статьи договор государственного займа может быть заключен также в иных, отличных от выпуска государственных облигаций и ценных бумаг формах, если такие формы предусмотрены бюджетным законодательством. Как уже было отмечено, в бюджетном законодательстве не предусмотрены иные формы договора государственного займа. Более того, в силу определения государственные займы осуществляются путем выпуска государственных ценных бумаг (п. 1 ст. 103 БК РФ).

Более того, для осуществления государственных заимствований в настоящее время используется один вид эмиссионных ценных бумаг – облигация. Иные виды таких бумаг с учетом их определения не могут удостоверять права, возникающие из заемного отношения.

Согласно ст. 2 Закона о переводном и простом векселе Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, городские, сельские поселения и другие муниципальные образования имеют право обязываться по переводному и простому векселю только в случаях, специально предусмотренных федеральным законом. В условиях расстроенного денежного обращения в начале и середине 1990-х гг. в законах о федеральном бюджете и специальных законах предусматривалось право Министерства финансов РФ выдавать векселя, в том числе Банку России (см., например, ст. 4 Федерального закона от 27 декабря 1995 г. № 212-ФЗ или Федеральный закон от 24 апреля 1995 г. № 46-ФЗ «О реоформлении задолженности по централизованным кредитам и начисленным по ним процентам организаций агропромышленного комплекса, а также организаций, осуществляющих завоз (хранение и реализацию) продукции (товаров) в районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности»). В настоящее время выдача векселей публичными образованиями федеральными законами не предусматривается.

Распространена практика привлечения Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации кредитов от иностранных государств, международных финансовых организаций и банков (кредитных организаций). Российская Федерация активно осуществляла заимствования в виде кредитов на внешнем рынке в 1990-х гг. Они, как правило, регулировались английским правом. Российские кредитные организации не предоставляют Российской Федерации кредиты, а приобретают облигации федерального займа. Банкам принадлежит около 60% находящихся в обращении ОФЗ.

Кредитные договоры, подчиненные российскому праву, заключают субъекты Российской Федерации. На конец 2018 г. около 20% объема

государственного внутреннего долга субъектов Российской Федерации приходилось на задолженность по кредитам кредитным организациям. В действующем бюджетном законодательстве отсутствует единый подход к регулированию допуска субъектов к разным формам привлечения кредитных средств. Минфин России регистрирует заимствования, осуществляемые только в одной форме — в виде эмиссии облигаций облигационных займов субъекта. В то же время власти регионов, по сути, бесконтрольно используют кредиты коммерческих банков.

В соответствии с ч. 6 ст. 103 БК РФ государственные заимствования субъектов Российской Федерации (по аналогии с заимствованиями Российской Федерации) разделяются на государственные займы, осуществляемые путем выпуска государственных ценных бумаг от имени субъекта Российской Федерации, и кредиты, привлекаемые от других бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, кредитных организаций, иностранных банков и международных финансовых организаций. С учетом данной классификации привлеченные регионами банковские кредиты сложно признать «иной формой государственных займов, предусмотренной бюджетным законодательством».

3.6. Заключение договора государственного займа за рамками предусмотренных законом конструкций. Договоры займа, заключенные публичными образованиями, в «форме», отличной от предусмотренной п. 3 комментируемой статьи, признаются ничтожными. Ничтожным в том числе должен признаваться заем, полученный субъектом Российской Федерации от юридического лица, не являющегося кредитной организацией, без оформления ценных бумаг. Пунктом 3 ст. 99 БК РФ установлен исчерпывающий перечень форм, в которых могут существовать долговые обязательства субъекта Российской Федерации. Одной из них являются государственные займы, осуществляемые путем выпуска ценных бумаг от имени субъекта Российской Федерации. Отсюда следует, что субъект Российской Федерации может получить заем от юридического лица только путем выпуска ценных бумаг от своего имени.

Помимо этого при возникновении спора о действительности договора государственного займа субъекта Федерации суды исследуют вопрос о включении займа в программу внутренних заимствований субъектов Российской Федерации. В силу ст. 110 БК РФ внутренние заимствования субъектов Российской Федерации, направляемые на покрытие дефицита бюджета субъекта Российской Федерации, указываются в программе государственных внутренних заимствований субъектов Российской Федерации. Данная программа представляется федеральным органом исполнительной власти, органом

исполнительной власти субъекта Российской Федерации соответствующему законодательному (представительному) органу в виде приложения к проекту закона (решения) о бюджете на очередной финансовый год.

4. Изменение условий займа. В соответствии с п. 4 комментируемой статьи изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается. При этом не уточняется, идет ли речь об изменении условий займа в одностороннем порядке или по соглашению сторон. В то же время в ст. 105 БК РФ определено понятие реструктуризации государственного и муниципального долга. Под ней понимается основанное на соглашении прекращение долговых обязательств, составляющих государственный или муниципальный долг, с заменой указанных долговых обязательств иными долговыми обязательствами, предусматривающими другие условия обслуживания и погашения. Реструктуризация долга может осуществляться с частичным списанием (сокращением) суммы основного долга. Таким образом, комментируемая норма не исключает возможности изменения этих условий по соглашению сторон.

Допустимо поставить вопрос о том, могут ли условия выпуска государственных облигаций (а значит, и условия договора займа, заключаемого посредством размещения облигации) предусматривать право заемщика (эмитента) в одностороннем порядке менять условия обслуживания долга. Право эмитента на изменение процентной ставки в одностороннем порядке следует отличать от условия о переменной процентной ставке. В последнем случае размер процентной ставки регулярно пересчитывается по определенной в решении о выпуске (условиях эмиссии) формуле. Выпуск государственных облигаций с переменной процентной ставкой не противоречит комментируемой норме (в качестве примера укажем ОФЗ-ИН или ОФЗ-ПК). Но что, если условия выпуска допускают право эмитента действительно менять ставку в одностороннем порядке?

Гипотетически, опираясь на п. 2 ст. 310 ГК РФ, можно было бы сконструировать выпуск облигаций, размещаемых исключительно среди юридических лиц, по условиям которого эмитент вправе в одностороннем порядке изменять размер процентной ставки. В целях сохранения баланса интересов следовало бы тогда наделить владельцев облигаций такого выпуска правом требовать их досрочного погашения, если новый установленный эмитентом размер процентной ставки не соответствует их рыночным ожиданиям. Представляется, что комментируемая норма должна расцениваться как императивная

и исключать возможность выпуска подобных государственных займов. Аналогичным образом не должен допускаться выпуск государственных облигаций, по которому эмитент наделен правом досрочного погашения облигаций в течение срока их обращения (*callable bond*), что соответствует реализации эмитентом права на изменение срока обязательства. На финансовом рынке подобные облигации иногда выпускаются корпоративными эмитентами. В качестве платы за неопределенность срока заимствований владельцы таких облигаций требуют выплаты повышенного процента (купона).

При этом возможна обратная ситуация, когда правом на изменение срока займа согласно условиям эмиссии наделяется владелец облигации. В таком случае говорят об облигации со встроенным опционом на продажу. Облигационер вправе предъявить такие облигации к погашению в даты, заранее определенные в решении о выпуске. Погашение обычно осуществляется по номинальной стоимости. На практике выпускаются также государственные облигации, которые наделяют их владельцев правом требовать обмена таких облигаций в предусмотренном решении выпуске или условиями эмиссии и обращения порядке на иные государственные облигации.

5. Муниципальные облигации. Согласно комментируемому пункту правила о государственном займе применяются также к случаям привлечения денежных средств по договору займа муниципальными образованиями. В соответствии со ст. 12 Конституции РФ местное самоуправление в пределах своих полномочий самостоятельно, а органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти.

Вместе с тем органы местного самоуправления находятся в системе государственно-властных отношений и действуют в русле единой государственной политики. Отражением этого является единство бюджетной политики всей управленческой вертикали. Бюджетное законодательство выделяет три уровня бюджетной системы — федеральный, региональный и местный (муниципальный). Муниципальные образования формируют местные бюджеты, дефицит которых, в случае его возникновения, покрывается за счет муниципальных заимствований. В отличие от Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, муниципальные образования вправе размещать муниципальные займы исключительно на внутреннем рынке и только в рублях (п. 7 ст. 103 БК РФ). Право осуществления муниципальных заимствований от имени муниципального образования принадлежит местной администрации.

Статья 818. Новация долга в заемное обязательство

1. По соглашению сторон долг, возникший из купли-продажи, аренды или иного основания, может быть заменен заемным обязательством.

2. Замена долга заемным обязательством осуществляется с соблюдением требований о новации (статья 414) и совершается в форме, предусмотренной для заключения договора займа (статья 808).

Комментарий

1. Общие замечания. Настоящая статья устанавливает правила, касающиеся частного случая новации (ст. 414 ГК РФ), т.е. соглашения, по которому стороны договариваются о замене одного связывающего их обязательства каким-либо другим, новым обязательством. В результате описанной в комментируемой статье новации первоначальное обязательство прекращается, но участники не порывают правовых связей друг с другом, так как на базе прекращенного возникает согласованное между ними новое (заемное) обязательство.

Хотя специальное регулирование данного частного случая новации впервые появилось в отечественном законодательстве лишь в нынешнем ГК РФ, сам этот феномен достаточно давно известен обороту, а посвященные ему правила закреплены в ряде зарубежных правопорядков, а также в наднациональных частноправовых унификациях (например, п. 6 ст. IV.F.—1:101 Модельных правил европейского частного права). Вместе с тем необходимость особого упоминания о подобном варианте новации выглядит достаточно произвольным решением и, кроме исторической традиции, в настоящее время не может быть оправдана какими-либо серьезными политико-правовыми или экономическими предпосылками. Более того, комментируемая статья не привносит в регулирование оборота ничего принципиально нового. Подобная новация является допустимой уже в силу принципа свободы договора и общих правил ст. 414 ГК РФ, а регулирующее воздействие предписаний комментируемой статьи крайне незначительно, поскольку в основном сводится к повторению общих положений о новации.

1.1. Новлируемое (первоначальное) обязательство. Перечень возможных обязательств, которые по соглашению сторон могут быть новированы в заемные, сформулирован в п. 1 комментируемой статьи как примерный. При этом данный перечень не оставляет сомнений, что в качестве новлируемого может выступить любое обязательство, независимо от основания его возникновения (как договорное, так и внедоговорное). Не имеет значения и характер первоначального

обязательства. Новации в заемное может подлежать не только регулятивное, но и охранительное обязательство. Например, может быть таким образом новировано обязательство по уплате неустойки (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103) или возмещению убытков.

Обычно по правилам комментируемой статьи новируется денежное обязательство. Однако нет никаких препятствий для новации в заемное и иных обязательств. Комментируемая статья не ограничивает возможный круг первоначальных обязательств по их предмету. Термин «долг», употребленный в п. 1 настоящей статьи, не сводится к значению только лишь денежного долга. В контексте рассматриваемой нормы «долг» является синонимом категории «обязательство». Поэтому новировать в заемное по правилам настоящей статьи можно не только денежное, но и обязательство, имеющее в качестве предмета, например, передачу иной вещи, выполнение работ или оказание услуг (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2003 г. № 3260/03). Иное (ограничительное) толкование термина «долг» приводило бы к достаточно парадоксальной ситуации: новация в заемное денежных обязательств подчинялась бы правилам комментируемой статьи, в то время как новация в заемное иных обязательств, будучи принципиально допустимой с учетом общих правил ст. 414 ГК РФ, под действие специальных предписаний комментируемой статьи не попадала бы и регулировалась бы исключительно предписаниями общими. Столь разный подход к регламентации однотипных явлений выглядит неудачно, поскольку нарушает системность регулирования. Это лишний раз свидетельствует о необходимости предельно широкой интерпретации термина «долг» и распространения правил комментируемой статьи на новацию в заемное любых гражданско-правовых обязательств.

С учетом сказанного выше для новации в заемное обязательство не имеет также никакого значения, относится предмет первоначального (новируемого) обязательства к числу возможных предметов договора займа (ст. 807 ГК РФ) или нет.

Поскольку отличие нового обязательства от первоначального не является обязательным атрибутом новации, а равно ее квалифицирующим признаком¹, в качестве новируемого по правилам комментируемой статьи может выступать и заемное обязательство. Подобные операции достаточно распространены в современной практике и могут

¹ См. подробнее: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 790 (автор комментария к ст. 414 ГК РФ – А.А. Павлов).

быть как сопряжены с изменением режима обязательства (новация заемного в вексельное, облигационное и наоборот), так и не сопряжаться таковым.

В заемное по правилам комментируемой статьи может быть новировано и несколько обязательств. Так, стороны могут договориться о новации в одно заемное обязательство нескольких существующих между ними долгов. При этом иррелевантно, возникли эти долги из одного или различных оснований — единого договора, нескольких договоров одного или различных видов либо вообще из юридических фактов различной правовой природы.

Теоретически возможна, хотя и редко встречается на практике, новация в заемное части делимого обязательства, например части денежного долга.

1.2. Заемное обязательство: предмет. Термин «заемное», используемый в комментируемой статье для характеристики нового обязательства, не имеет однозначной нормативной интерпретации, но обычно под ним понимается обязательство вернуть заем. Судя по всему, законодатель имеет в виду, что на новое обязательство будет распространен правовой режим обязательства заемщика по возврату займа.

С учетом того, что «классическим» вариантом займа является заем денежный, можно предположить, что, скорее всего, под «заемным» законодатель имел в виду возникновение в качестве нового именно денежного обязательства (обязательства уплатить определенную денежную сумму), подчиняющегося действию предписаний § 1 гл. 42 ГК РФ. И действительно, чаще всего, новировав обязательство в заемное, стороны устанавливают в качестве нового денежное обязательство. Вместе с тем ввиду вариативности предмета займа (см. ст. 807 ГК РФ и комментарий к ней) возможны и иные варианты. Своим соглашением стороны могут установить иной характер нового (заемного) обязательства. Так, положения комментируемой статьи не исключают возникновение в качестве нового (заемного), например, обязательства по передаче родовых вещей или бездокументарных эмиссионных ценных бумаг. В любом случае предмет нового обязательства должен быть определен, иначе соглашение о новации может быть признано незаключенным (ст. 432 ГК РФ). При этом таким предметом может быть только то предоставление, которое может быть предметом заемного обязательства с учетом правил ст. 807 ГК РФ. Так, например, воздержание от определенных действий не может быть предметом заемного обязательства.

Вместе с тем, если изначальный долг был денежным и стороны договорились о его новации в заемное обязательство, прямо не огово-

рив предмет нового обязательства, логично исходить из того, что они имели в виду, что заемное обязательство будет носить также денежный характер. Иное может следовать из условий соглашения о новации.

Размер предоставления по новому обязательству должен быть определен в соглашении о новации. Что касается возможного несовпадения размера (стоимости) предоставлений по первоначальному и новому (заемному) обязательствам, то оно иррелевантно для новации. Закон не требует, чтобы эти размеры были идентичны. Соответственно, даже то, что размер (стоимость) предоставления по первоначальному (новируемому) обязательству ниже размера согласованного сторонами предоставления по заемному (новому) обязательству, само по себе не может служить основанием для оспаривания новации, равно как и для уменьшения размера согласованного предоставления по новому (заемному) обязательству. В то же время, если соглашением сторон новируется обычный денежный долг в заемный денежный долг, следует презюмировать, что размер основного долга сохраняется; соответственно, отсутствие указания на размер нового долга здесь не должно быть фатальным для соглашения о новации.

1.3. Заемное обязательство: применимые правила. Заемный характер нового обязательства предполагает его подчинение действию предписаний о займе. Вместе с тем определение конкретных норм § 1 гл. 42 ГК РФ, подлежащих применению к такому новому обязательству, вызывает некоторые сложности.

С большой долей уверенности можно говорить лишь о возможности использования к новому заемному обязательству правил ст. 809 ГК РФ о регулятивных процентах (процентах как плате), поскольку в противном случае сложно понять, для чего же стороны новировали связывавшее их обязательство именно в заемное. Установленные законом положения о допустимости начисления регулятивных процентов, их размере, порядке и сроках их уплаты (см. п. 1, 3, 4, 6 ст. 809 ГК РФ и комментариев к ним) применяются к новому (заемному) обязательству, если иное не предусмотрено соглашением о новации. В частности, если новое заемное обязательство имеет своим предметом передачу вещей или ценных бумаг, а также если отношения развиваются между гражданами, и размер нового долга не превышает 100 тыс. руб., долг презюмируется беспроцентным, обратное должно быть прямо оговорено (в силу п. 4 ст. 809 ГК РФ). При этом стороны вправе в новационном соглашении исключить применение указанных предписаний, а равно изменить вышеназванные правила (например, установить иной размер процентов, сроки и порядок их начисления и уплаты, предусмотреть условие об их капитализации и т.п.). Соответствующее усмотрение

сторон ограничено лишь пределами договорной свободы (в частности, правилами п. 5 ст. 809 ГК РФ о ростовщических процентах).

Ввиду необходимости системного регулирования односторонних отношений следует также допустить применение к новому (заемному) обязательству правил о сроке возврата займа (п. 1 ст. 810 ГК РФ), возможности его досрочного возврата (п. 2 ст. 810 ГК РФ) и последствиях несвоевременного возврата (п. 1 ст. 811 ГК РФ).

По тем же причинам не вызывает особых возражений и должно быть допущено использование в отношении нового (заемного) обязательства правил об акселерации долга (см. п. 2 ст. 811, ст. 813 ГК РФ и комментарий к ним). Устанавливая достаточно естественную и адекватную реакцию на увеличение риска неисполнения обязательства, данные правила вообще претендуют на разряд общих положений обязательственного права (о чем косвенно свидетельствуют п. 3 ст. 343, п. 1 ст. 351 ГК РФ, установленные применительно к залого). Поэтому их использование в отношении нового (заемного) обязательства выглядит вполне уместным.

Напротив, ввиду специфики ситуации к новому (заемному) обязательству очевидно не подлежат применению предписания § 1 гл. 42 ГК РФ, касающиеся заключения договора займа (например, абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ), а также правила, регулирующие предоставление займа (в частности, п. 3 ст. 807 ГК РФ). В рассматриваемом случае никакого собственно договора займа не заключается, а заемное обязательство базируется не на ранее состоявшейся передаче имущества, а на соглашении сторон о новации.

Равным образом к новому (заемному) обязательству не могут применяться положения ст. 812 ГК РФ об оспаривании займа по безденежности. Данные правила являются отражением идеи возвратности займа и каузального характера заемного долга, обязанность к предоставлению (возврату) которого обусловлена не только и не столько обещанием заемщика, сколько получением им суммы займа ранее. Однако в рассматриваемой ситуации ввиду специфики возникновения заемного обязательства (из новационного соглашения) эти положения не находят места для применения. Конечно, новация также носит каузальный характер. Поэтому в случае отсутствия или недействительности первоначального обязательства новация будет считаться ничтожной, что вытекает из существа законодательного регулирования ее конструкции (п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Соответственно, никакого нового (заемного) обязательства между сторонами не возникнет. Однако обоснование отсутствия или недействительности первоначального обязательства происходит

по общим правилам и не связано ограничениями возможных средств доказывания, предусмотренными п. 2 ст. 812 ГК РФ.

1.4. Допустимость новации долга в заемное обязательство. Из предписаний п. 1 комментируемой статьи вытекает, что всякий долг может быть новирован в денежное обязательство.

Исключением из этого правила являются установленные законом случаи недопустимости новации (например, п. 9 ст. 142, п. 31 ст. 189.96 Закона о несостоятельности (банкротстве)). Запрет новации может вытекать также из существа отношений (п. 1 ст. 414 ГК РФ). В частности, исключается новация, в том числе в заемное, обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, а также алиментных обязательств¹.

Соглашение о новации, совершенное в нарушение указанных выше запретов, является ничтожным (п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) и не влечет правовых последствий.

1.5. Последствия новации долга в заемное обязательство в отношении дополнительных обязательств и возражений. Поскольку новация в заемное прекращает первоначальное обязательство, одновременно прекращаются и все связанные с ним права.

(а) В частности, прекращаются существующие в отношении первоначального долга обеспечительные права. Соответствующие правила п. 2 ст. 414 ГК РФ, в том числе и установленная им возможность сторон своим соглашением «сохранить» прежние обеспечения полностью или частично, применяются и к рассматриваемому случаю новации. При этом, как и для любого иного варианта новации, возможность сторон предусмотреть «сохранение в силе» обеспечительных обязательств касается только тех, которые существовали между ними. Соответственно, противоречит закону и является ничтожным условие соглашения о новации, которым предусмотрено сохранение связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником (см. п. 6 Информационного письма ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103). Равным образом ничтожны положения новационного соглашения, предусматривающие «сохранение» поручительства, обеспечивавшего исполнение новимуемого обязательства.

В этом проявляется принципиальное отличие новации от изменения исходного обязательства. В случае если должник и кредитор не новируют изначальный долг, а лишь меняют параметры изначаль-

¹ См. подробнее: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 791–792 (автор комментария к ст. 414 ГК РФ – А.А. Павлов).

ного обязательства, поручительство автоматически не прекращается: в силу п. 2 ст. 367 ГК РФ «в случае, если обеспеченное поручительством обязательство было изменено без согласия поручителя, что повлекло за собой увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, поручитель отвечает на прежних условиях». Тот же подход в силу п. 1 ст. 335 ГК РФ применяется и к залогу, предоставленному третьим лицом.

(б) С момента заключения соглашения о новации в силу все той же нормы п. 2 ст. 414 ГК РФ прекращается на будущее начисление неустойки (процентов, убытков) за неисполнение (ненадлежащее исполнение) первоначального обязательства, а также процентов за пользование, если иное не оговорено в соглашении. Но как быть с теми дополнительными требованиями, которые возникли в период до прекращения изначального обязательства? Обязательства по уплате неустойки (процентов, убытков) являются пусть и дополнительными, но самостоятельными и не выступают в качестве составной части новизируемого обязательства (это прямо признается в п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103). Соответственно, прекращение основного обязательства, казалось бы, не должно препятствовать взысканию с должника данных процентов и санкций, начисленных за предшествовавший заключению новационного соглашения период. Однако судебная практика придерживается прямо противоположного подхода, согласно которому с момента заключения соглашения о новации обязанность уплатить неустойку (проценты, убытки), начисленные ранее в связи с просрочкой исполнения должником первоначального обязательства, прекращается; иное может быть предусмотрено соглашением сторон (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103). Эта позиция представляется крайне спорной. Но до тех пор, пока эта позиция не изменена, для того чтобы не потерять право на взыскание процентов, неустойки или убытков, начисленных за период до момента заключения соглашения о новации, необходимо прямо оговорить сохранение таких дополнительных требований в соглашении о новации.

(в) Заключение соглашения о новации по логике конструкции должно прекращать по общему правилу связанные с первоначальным обязательством *возражения* должника. Последние носят самостоятельный характер и, усложняя содержание обязательства, противостоят требованию кредитора. Соответственно, ввиду прекращения требования новацией автоматически должны прекращаться и возражения должника.

Сказанное, однако, не касается возражений, которые основаны на несуществовании исходного долга, так как если исходный долг отсутствовал (например, опирался на ничтожный договор), то ничтожной будет и новация, ибо последняя не носит абстрактный характер, а действительна только при условии действительности исходного обязательства (подробнее см. п. 2.1 комментария к настоящей статье). Например, если произошла новация долга по оплате переданного товара, покупатель (ставший должником по заемному долгу) не теряет право впоследствии заявить о ничтожности исходного договора (например, в связи с нарушением прямого запрета на продажу данного товара) и вследствие этого и заемного долга. Такие возражения, очевидно, продолжают существовать и после совершения новации.

Вместе с тем, даже оставив в стороне возражения об отсутствии долга, применение общего правила о прекращении возражений к новации долга в заемный вызывает определенные трудности.

Так, не подлежит сомнению распространение указанного выше общего правила на возражения должника об отсрочке. Срок исполнения нового (заемного) обязательства определяется соглашением сторон и не привязан к сроку исполнения первоначального обязательства, поэтому должник не может ссылаться на отсрочку исполнения, предоставленную ему по первоначальному обязательству. Столь же очевидно и распространение правила о прекращении на возражения должника о давности. В случае новации в заемное заданного обязательства (о допустимости такового см. п. 2.1 комментария к настоящей статье) должник лишается возможности ссылаться на давность. Давностный срок по новому обязательству исчисляется по правилам ст. 196, п. 2 ст. 200 ГК РФ автономно и не связан с исковой давностью по первоначальному обязательству.

Сложнее с возражением о встречном неисполнении. Представим себе, что между сторонами заключен договор купли-продажи. Впоследствии денежный долг покупателя из этого договора с соблюдением всех предусмотренных правил был новирован в заемное обязательство. Может ли должник противопоставить требованию о погашении займа свое возражение о неисполнении продавцом встречного обязательства по передаче товара и на этом основании приостановить по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ уплату долга по новому (заемному) обязательству или отказаться от такой уплаты? Может ли в подобном случае должник, обнаруживший существенные недостатки в ранее переданном продавцом товаре, отказаться от уплаты заемного долга по правилам п. 2 ст. 475 ГК РФ? Ведь до того, как новация состоялась, должник

имел указанные выше возражения и мог воспользоваться ими против кредитора-продавца.

Строгое следование правилу «прекращение обязательства влечет прекращение всех связанных с ним возражений» вынуждает дать отрицательный ответ на оба поставленных выше вопроса. Однако насколько справедливым и соответствующим потребностям оборота является такой ответ? Ведь его принятие не только делает должника беззащитным. Оно, по сути, разрывает синаллагматическую связь между обязательствами сторон, наделяя заемный долг, возникший из новационного соглашения, свойствами абстрактности. Этот долг становится независим от встречного обязательства кредитора-продавца (его неисполнения или ненадлежащего осуществления) и должен быть погашен вне зависимости от встречного исполнения. Тем самым нарушается исходное намерение сторон совершить эквивалентный обмен экономических благ. Кроме того, под сомнение ставится и возвратность как признак заемного обязательства, поскольку должник оказывается обязан к осуществлению предоставления, не получив ничего взамен ранее и не имея права претендовать на получение в будущем.

Данный вопрос требует отдельного серьезного анализа и не может быть окончательно решен в формате настоящего комментария. Но в первом приближении мы, вопреки общему правилу, склоняемся к допущению для должника возможности использования возражения из неисполнения кредитором своего встречного обязательства. Дополнительным аргументом в пользу такого подхода является то, что новация долга, возникшего из договора, в заемный не влечет трансформации ранее заключенного сторонами договора в договор займа. Соответственно, синаллагматическая связь обязательств сторон не должна утрачиваться и при такой новации.

То же касается и ряда иных возражений, отсечение которых может привести к грубому разрыву исходной синаллагматической связи и явной несправедливости. Например, если долг покупателя по оплате поставленного товара был новирован в заемный, но позднее в товаре были выявлены скрытые дефекты, дающие покупателю в силу ст. 475 ГК РФ право на соразмерное уменьшение цены или отказ от договора (с прекращением своего долга по оплате и возвратом товара), вряд ли совершенная сторонами новация может исключить доступ покупателя к этим средствам защиты; видимо, в такой ситуации покупатель может заявить о соразмерном уменьшении своего заемного долга или об отказе от него.

(е) Сложным является и вопрос о допустимости оспаривания исходной сделки, устанавливающей первоначальное обязательство, по-

сле совершения сторонами соглашения о его новации. Независимо от того, как мы понимаем *право на оспаривание* (как секундарное право или как принадлежащее соответствующей стороне возражение), есть достаточные основания в некоторых случаях применять указанную выше логику рассуждений и к нему, и, как следствие, говорить о прекращении данного права после заключения новационного соглашения. Дополнительным аргументом к этому выводу является то, что само совершение сторонами оспоримой сделки соглашения о новации может рассматриваться как подтверждение такой сделки (см. абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ) и исключать в дальнейшем ее оспаривание сторонами. Впрочем, предусмотренный в указанной норме институт одобрения оспоримой сделки имеет пределы своего применения. Данный механизм блокирует право на оспаривание только тогда, когда управомоченное на оспаривание сделки лицо в момент подтверждения сделки знало или должно было знать о наличии порока в сделке, а также не применяется для ряда оснований оспаривания сделки (банкротные и корпоративные основания оспаривания).

1.6. Последствия новации долга, вытекающего из применения мер ответственности. Также очень остро встает вопрос о возможности для должника ссылаться на ст. 333, 401, 404 ГК РФ в тех случаях, когда изначальное обязательство носило природу мер ответственности, а затем оно было новировано в заемный долг.

Допустим, в договоре была согласована неустойка, договор был нарушен, и неустойка начислена, после чего долг по уплате неустойки был новирован в заемный. Кредитор обращается за взысканием неустойки, но должник апеллирует к явной несоразмерности изначально начисленной неустойки. Многое здесь должно зависеть от того, как мы понимаем механизм применения ст. 333 ГК РФ. Если считать, что долг по уплате неустойки возникает в согласованном в договоре или указанном в законе размере, но затем суд при применении ст. 333 ГК РФ использует свою власть и погашает этот долг в части на будущее своим преобразовательным решением, то получается, что на момент новации, до разрешения судом вопросов применения ст. 333 ГК РФ, соответствующее изначальное обязательство существовало в полном объеме. Таким образом, при данном подходе нельзя говорить, что долг по уплате неустойки частично отсутствовал, и в любом случае нет оснований сомневаться в размере нового обязательства. Если должник подписал соглашение о новации, согласился заменить старое обязательство новым и при этом указал размер старого обязательства, следует исходить из того, что он признал размер неустойки. В такой ситуации апелляция к ст. 333 ГК РФ должна блокироваться. К ана-

логичным выводам можно прийти, если рассматривать возможную апелляцию должника к ст. 333 ГК РФ как возражение. В этом случае ввиду общего правила (см. выше, подп. «в» п. 1.5 комментария к настоящей статье) прекращение обязательства новацией прекращает все связанные с требованием возражения должника. Кроме того, заключая соглашение о новации, должник тем самым очевидно подтверждает существование и размер новлируемого обязательства. Последующее «оспаривание» новации по причине несоразмерности новлированного неустоечного обязательства является противоречивым, т.е. недобросовестным, поведением и не должно поощряться правопорядком.

Аналогичным образом должна оцениваться ситуация, когда соглашение о новации не упоминает размер начисленной неустойки — в нем просто указывается, что неустойка новлируется в заемный долг. В подобном случае должник также знает (должен знать) размер новлируемой неустойки и выражает согласие с ним, даже если этот размер не выражен конкретной цифрой. В любом случае именно таким образом воспринимает поведение должника добросовестный кредитор. Поэтому и в подобной ситуации заключение соглашения о новации неустоечного обязательства должно блокировать последующее «оспаривание» должником суммы неустойки на основании ст. 333 ГК РФ.

Впрочем, если исходить из того, что применение ст. 333 ГК РФ означает, что суд не преобразует своим решением обязательственное правоотношение, а констатирует, что размер неустойки, причитающейся кредитору, изначально возникает не в согласованном или установленном в законе размере, а в том размере, который судья впоследствии признает соразмерным, ситуация начинает выглядеть так, что на момент новации размер новлируемого обязательства был меньше, т.е. части того требования, которое стороны новлировали, просто не существовало. Не приведет ли это к частичной ничтожности нового долга? Вопрос спорный, поскольку против такого подхода может быть выдвинут ряд возражений (например, то, что снижение неустойки, обещанной коммерсантом, происходит только по заявлению должника, или то, что добровольно уплаченная неустойка возвращена быть не может, несмотря на свою несоразмерность). Как бы то ни было, кажется, что, даже если смотреть на механизм снижения неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ как на признание ничтожной части обязательства по уплате неустойки, есть основания блокировать возможность применения ст. 333 ГК РФ в ситуации, когда должник уже после начисления неустойки в добровольном соглашении признает ее размер соразмерным. Если так, то логично исходить из того, что, подписывая соглашение о новации и не делая никаких оговорок или

тем более прямо признавая сумму начисленной неустойки, должник теряет право впоследствии апеллировать к правилам ст. 333 ГК РФ.

Непростым также является и вопрос о возможности должника после совершения новации требования об убытках / неустойке ссылаться на вину кредитора в нарушении договора или на непринятие разумных мер по минимизации убытков и на основании предписаний ст. 404 ГК РФ «оспаривать» существование / размер новированного обязательства. Сложности здесь добавляет то обстоятельство, что, в отличие от явной несоразмерности неустойки, которая очевидна (должна быть очевидна) для должника в момент заключения соглашения о ее новации, наличие вины кредитора в нарушении договора или непринятие мер по митигации убытков может быть неизвестно должнику в момент принятия решения о новации требования об убытках / неустойке в заемное. В подобной ситуации вряд ли допустимо использовать извинительное неведение должника против него и лишать его права на «оспаривание» новации (о последствиях подобного эффективного «оспаривания» см. п. 2.1 комментария к настоящей статье).

В ситуации же, когда соглашение о новации требования об убытках / неустойке заключается должником, которому известна (должна быть известна) вина кредитора в возникновении / увеличении новированного требования или непринятие мер к митигации убытков, последующее оспаривание должником совершенной новации по мотивам ст. 404 ГК РФ является, на наш взгляд, противоречивым поведением и должно блокироваться. Впрочем, данный вопрос требует более детального анализа, а судебной практики по нему до настоящего времени не сложилось.

Похожим образом должен решаться вопрос о возможности последующего оспаривания должником совершенной новации в заемное обязательство требования об убытках / неустойке на основании правил ст. 401 ГК РФ ввиду отсутствия субъективных оснований самого возникновения новированного обязательства. На первый взгляд кажется, что состоявшаяся новация не должна препятствовать подобному «оспариванию», и при его эффективности ввиду обоснования несуществования первоначального обязательства новация будет ничтожной (подробнее см. п. 2.1 комментария к настоящей статье). Ведь в отличие от правил ст. 333 ГК РФ в случае с применением ст. 401 ГК РФ напрашивается вывод о том, что при наличии оснований освобождения от ответственности долг по уплате неустойки или убытков просто не возникает, а раз его нет, то и нечего новировать. Однако должен ли правопорядок мириться с тем, что, зная об отсутствии обязательства (а об отсутствии собственной вины, обстоятельствах непреодолимой силы и т.п.

должник очевидно знает), должник тем не менее умалчивает об этом и заключает соглашение о его новации, а затем пытается признать соглашение о новации ничтожным на основании отсутствия оснований для существования изначального обязательства по возмещению убытков (уплате неустойки)? Есть основания думать, что такое поведение должника, осуществляющего предпринимательскую деятельность, должно пресекаться. Дело в том, что правила п. 3 ст. 401 ГК РФ о непреодолимой силе являются диспозитивными. Соответственно, стороны могут установить ответственность, не зависящую от непреодолимой силы. А если так, то логично исходить из того, что поскольку стороны могут заранее установить возникновение долга по возмещению убытков или уплате неустойки даже при непреодолимой силе, то они могут и после нарушения обязательства согласовать наличие долга по возмещению убытков (уплате неустойки), несмотря на непреодолимую силу. В таких условиях логично исходить из того, что, заключая соглашение о новации долга по уплате убытков или возмещению убытков в заемный долг, зная, что имеется непреодолимая сила, должник с кредитором имплицитно договариваются о существовании исходного долга. Иначе говоря, соглашение о новации неустойки / убытков в связи с этим можно воспринимать как имплицитно содержащее условие о «повышении» субъективных условий ответственности должника. Что же касается ситуации освобождения от ответственности должника, не выступающего в качестве предпринимателя, на основании правил п. 1–2 ст. 401 ГК РФ из-за отсутствия вины, ответ на поставленный вопрос зависит от того, рассматривает ли наш правовой порядок эти правила в качестве диспозитивных и допускает ли он установление в договоре строгой ответственности гражданина, не зависящей от вины. Данный вопрос пока в полной мере не прояснен, а следовательно, не вполне понятно, может ли такой должник признать свою ответственность при отсутствии вины путем новации. Вместе с тем мы не настаиваем на истинности наших выводов. Возможно, судебная практика, которая по данному вопросу пока не сложилась, воспримет иной подход.

1.7. Новация субординируемых при банкротстве требований в заемное требование. Не вполне проясненным является вопрос о том, должны ли признаваться банкротные последствия новации в ситуации, когда исходное требование в силу законодательства о несостоятельности (банкротстве) субординируется или права по нему так или иначе ограничиваются в рамках дела о банкротстве, но стороны, допуская возможное банкротство должника, заключают соглашение о новации, трансформируя требование в заемное, которое попадает в рамки третьей очереди и предоставляет кредитору больший объем прав при

банкротстве должника. Так, например, как известно, согласно Закону о несостоятельности (банкротстве) на основании требований об уплате неустойки нельзя возбуждать дело о банкротстве (п. 2 ст. 4 Закона); эти требования не дают кредитору голоса на собрании кредиторов (п. 3 ст. 12 Закона), а в рамках конкурсного производства удовлетворяются после погашения необеспеченных требований кредиторов, т.е. субординируются (п. 3 ст. 137 Закона). То же касается и требований о возмещении упущенной выгоды. Может ли кредитор, ссылаясь на соглашение о новации, настаивать на том, что его требование теперь носит заемный характер и не дискриминируется по отношению к иным необеспеченным денежным требованиям? Пока судебная практика ясного ответа на данный вопрос не дает. Но имеются сомнения в том, что за счет такого соглашения можно ухудшить положение иных кредиторов должника. Закон защищает эти интересы, решая обычные требования кредиторов поставить выше требований о выплате неустоек или упущенной выгоды: вряд ли должник и кредитор своей волей могут обесмыслить это решение законодателя, превратив неустойку или упущенную выгоду в заемный долг. Возможным вариантом противодействия подобным новационным соглашениям могло бы стать признание их недействительными по банкротным основаниям как сделок в ущерб кредиторам. Однако следование данному варианту, на наш взгляд, приведет к «избыточному» разрушительному эффекту, поскольку ретроспективно «обнулит» все обычные чисто обязательственные эффекты новации (например, начисление процентов по ст. 809 ГК РФ на заемный долг). Такое решение выглядит непропорциональным. Возможно, для защиты интересов иных кредиторов не нужно признавать недействительными новацию и ее обычные, чисто обязательственные последствия (тем более что новация неустойки в заемный долг прямо была признана ВАС РФ в п. 5 Информационного письма от 21 декабря 2005 г. № 103). Более удачным и соразмерным выглядит вариант игнорирования банкротных последствий совершенной новации. Поскольку кредитор и должник не могут своим соглашением регулировать последствия банкротства, если это так или иначе ухудшает положение иных кредиторов, для целей банкротства достаточно просто квалифицировать требование по его исходному режиму, чтобы не допускать обход закона. Сама по себе идея игнорирования новации для целей банкротства уже давно используется правоприменительной практикой (см., например, п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 63). Думается, есть основания расширить «сферу применения» этой идеи, и в рассматриваемой ситуации, применяя правила об обходе закона, в рамках банкротства квалифицировать новое

(заемное) требование исходя из его «предновационного» режима (как неустойку или упущенную выгоду). Это касается как обычной новации, так и новации «автоматической» (см. п. 1.8 комментария к настоящей статье). Впрочем, все эти выводы сугубо предварительны, вопрос требует специального разговора, а ясной практики на сей счет пока нет.

1.8. «Автоматическая» новация при наступлении условия или срока. Можно ли договориться в самом контракте о том, что по истечении определенного срока или при наступлении условия изначальное обязательство будет автоматически новироваться в заемное? Например, что, если в договоре стороны согласовали, что по истечении каждой недели просрочки начисленные за этот период пени (проценты по ст. 395 ГК РФ) новируются в тело заемного долга?

Такие условия иногда включаются в договор, с тем чтобы при банкротстве должника кредитор не столкнулся с субординацией требований о взыскании неустойки (об этом подробнее см. п. 1.7 комментария к настоящей статье). Кроме того, подобные условия могут использоваться с целью исключения применения правил ст. 333, 401 и 404 ГК РФ, а также ради того, чтобы обойти правила о запрете сложных процентов для непредпринимателей (п. 5 ст. 395 ГК РФ).

Вопрос оценки допустимости таких условий является крайне сложным. Сами по себе новация под условием или новация с назначением срока выглядят вполне допустимыми конструкциями. Но нельзя ли признать, что подобные условия договора об автоматической новации неустоек в тело заемного долга направлены на обход императивных правил?

Мыслимы два возможных подхода.

Во-первых, в приведенных условиях можно не видеть ничего предосудительного, по крайней мере для случаев их включения в договор между равноправными субъектами, обладающими равными переговорными возможностями. То обстоятельство, что с помощью подобных условий возможен «обход» предписаний ст. 333, 401 ГК РФ и (или) ст. 404, п. 5 ст. 395 ГК РФ, можно не признавать достаточным для опорочивания подобных условий. Впрочем, даже при таком «либеральном» подходе, безусловно, недопустимо включение условий об «автоматической» новации неустойки (процентов по ст. 395 ГК РФ) / убытков, подлежащих уплате слабой стороной (например, потребителем в договоре с коммерсантом).

Во-вторых, возможно и более «консервативное» решение поставленного вопроса. В той степени, в которой обходимые правила являются императивными (например, ст. 333 ГК РФ), условия договора об автоматической новации следует признать направлен-

ными на обход закона (п. 1 ст. 10 ГК РФ), а следовательно, либо срабатывание заранее согласованной новации блокируется, либо новация происходит, но те нормы, которые обходились, все равно применяются (например, заемный долг может быть снижен как если бы речь шла об исходной неустойке). При таком подходе условие об «автоматической» новации неустойки / убытков либо недопустимо, либо не позволяет исключить применение соответствующих императивных правил, которые стороны пытались обойти, во всех случаях, независимо от субъектного состава.

Каким должен быть подход к указанным соглашениям – этот вопрос требует дополнительного исследования, а судебная практика по нему пока не сложилась. Можно предположить, что в тех исключительных случаях, когда в силу ст. 333 ГК РФ возможно снижение неустойки, автоматическая новация не должна исключать применение ст. 333 ГК РФ.

2. Условия новации обязательства в заемное. Новация долга в заемное обязательство представляет собой частный случай новации. Как следствие, п. 2 комментируемой статьи указывает на необходимость соблюдения при новации в заемное всех общих требований к новации (условий новации), предусмотренных ст. 414 ГК РФ. Таким образом, для того чтобы новация обязательства в заемное считалась состоявшейся, необходимы: а) существование первоначального обязательства; б) соглашение сторон о замене этого обязательства другим; в) конкретизация нового (заемного) обязательства; г) намерение осуществить новацию; д) допустимость замены первоначального обязательства новым (заемным)¹.

2.1. Существование первоначального обязательства. Поскольку новация представляет собой основание прекращения первоначального (новируемого) обязательства, это последнее должно *существовать*, т.е. возникнуть и не быть прекращенным к моменту новации.

При отсутствии первоначального обязательства новация считается ничтожной, так как это вытекает из существа законодательного регулирования ее конструкции (п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Существование первоначального обязательства предполагает его *действительность*. Ничтожность первоначального обязательства ав-

¹ См. подробнее: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 788–793 (автор комментария к ст. 313 ГК РФ – А.А. Павлов).

томатически влечет ничтожность новации и указанного в соглашении о новации заемного обязательства. Новация же в заемное обязательство, основанное на оспоримой сделке, вполне возможна, поскольку до эффективного оспаривания такая сделка рассматривается как действительная. Однако, если в последующем эта сделка будет эффективно оспорена, ввиду ретроактивного действия такого оспаривания (п. 1 ст. 167 ГК РФ) первоначальное обязательство будет признано несуществующим, и тем самым автоматически будет считаться недействительной и произошедшая новация. Но данный вывод неприменим в тех случаях, когда сам факт заключения соглашения о новации может рассматриваться как подтверждение оспоримой сделки по правилам абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ.

Крайне сложным является вопрос о последствиях для новации и возникающего нового обязательства в случае частичной недействительности (ст. 180 ГК РФ) обязательства первоначального (например, когда ввиду признания неправильности примененного тарифа основанное на нем обязательство признано недействительным в части и сумма первоначального долга тем самым уменьшена). В отсутствие решения на уровне позитивного права теоретически мыслимы три варианта ответа: а) частичная недействительность первоначального обязательства не оказывает влияния на новое обязательство; б) частичная недействительность приводит к частичной пропорциональной недействительности нового обязательства; в) частичная недействительность первоначального обязательства влечет полную недействительность нового. Каждый из этих подходов имеет преимущества: первый соответствует идее независимости размеров первоначального и нового обязательств; второй кажется наиболее справедливым, прежде всего арифметически, и соответствует подходу к толкованию правил ст. 180 ГК РФ, признанному ВАС РФ (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2013 г. № 9738/13). Кроме того, каждый из этих подходов сохраняет силу соглашения о новации и нового обязательства. Третий подход соответствует идее автономии воли, не навязывая сторонам сделку, которую они, не зная о частичной недействительности, не намеревались заключить, и соответствует разъяснениям п. 100 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Однако при этом он противоречит принципу *favor contractus* и сильнее дестабилизирует договорные отношения. Как представляется, вариант «а» следует отвергнуть. А выбор между вариантами «б» и «в» должен осуществляться с учетом тех критериев и условий применения ст. 180 ГК РФ (частичная недействительность нового обязательства или тотальная недействительность новации

в зависимости от гипотетической воли сторон), которые в итоге обладают в судебной практике¹.

На практике зачастую в заемные новизируются просроченные долги, а сама подобная новация используется как средство получения должником «отсрочки» исполнения. Вместе с тем нет никаких препятствий для новации в заемное и обязательства, срок исполнения по которому еще не наступил. Закон требует существования новизируемого обязательства, а не его «созревания» или способности быть принудительно реализованным.

С учетом сказанного выше не требуется, чтобы новизируемое обязательство подлежало судебной защите. Вследствие этого, например, допустима новация в заемное заданного обязательства.

О других характеристиках первоначального (новизируемого) обязательства см. п. 1.1 комментария к настоящей статье.

2.2. Соглашение о новации: допустимость совершения и содержание.

О допустимости соглашения о новации долга в заемное обязательство см. п. 1.4 комментария к настоящей статье.

Существенными условиями новационного соглашения в рассматриваемой ситуации являются: а) указание на новизируемое обязательство, достаточное для его идентификации; б) указание на то, что новизируемое обязательство прекращается посредством установления нового обязательства; в) обозначение предмета нового обязательства, а также указание на его заемную правовую природу.

2.3. Соглашение о новации: форма. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает, что соглашение о новации долга в заемное обязательство должно соответствовать правилам ст. 808 ГК РФ о форме договора займа.

Данная норма представляет собой специальное правило, отличающееся от общего правила о форме соглашения об изменении договора (п. 1 ст. 452 ГК РФ), согласно которому соглашение об изменении договора заключается в той же форме, что и изначальный договор. Вместе с тем ее интерпретация может порождать известные сложности.

Так, можно воспринимать комментируемую норму как *lex specialis*, исключающую тем самым применение общих правил п. 1 ст. 452 ГК РФ. При таком подходе при новации в заемное договорного обязательства должны соблюдаться лишь правила п. 1 ст. 808 ГК РФ, следование же требованиям к форме договора, породившего перво-

¹ Подробнее об этом см.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. С. 823–859 (автор комментария к ст. 180 ГК РФ – А.А. Новицкая).

начальное обязательство, не является необходимым. Соответственно, независимо от характера первоначального обязательства и формы его воплощения окажется возможным, например, совершение между гражданами в устной форме новации первоначального обязательства в заемное, если размер последнего не превышает 10 тыс. руб. Подобное решение выглядит достаточно сомнительно. С учетом того, что размер нового (заемного) обязательства может отличаться от размера предоставления по первоначальному обязательству (в том числе и в меньшую сторону), подобное толкование комментируемой нормы способно стать источником для злоупотреблений. Так, получается, что гражданин – покупатель жилого дома стоимостью в несколько миллионов рублей против требования об оплате со стороны гражданина-продавца сможет сослаться на совершенную сторонами устно новацию данного долга в заем в размере 10 тыс. и доказывать эти обстоятельства (наличие соглашения с продавцом, новационный характер этого соглашения, размер, характер и предмет нового обязательства) с помощью свидетельских показаний, которые будут в приведенном примере вполне допустимым средством доказывания. Такой вывод вряд ли приемлем, а в условиях достаточно распространенной практики лжесвидетельствования создает для сделок между гражданами крайне серьезные риски.

Снизить их можно, истолковав предписания п. 2 комментируемой статьи лишь как указание на минимально допустимую форму соглашения о новации. При этом в случае, когда в заемное новировается договорное обязательство, к соглашению о такой новации должны применяться правила о форме п. 1 ст. 452 ГК РФ или п. 2 комментируемой статьи, в зависимости от того, какое из них устанавливает более строгие требования. При подобном толковании в приведенном выше примере с договором купли-продажи жилого дома, заключенным между гражданами, новация обязательства по уплате покупной цены в заемное должна будет совершаться в письменной форме посредством составления единого документа (п. 1 ст. 452, абз. 1 ст. 550 ГК РФ), несоблюдение же указанной формы в силу абз. 2 ст. 550 ГК РФ будет влечь недействительность подобной новации. Соответственно, покупатель не вправе будет использовать свидетельские показания для обоснования якобы состоявшейся новации. Такое понимание правил п. 2 комментируемой статьи хотя и усложняет (формализует) оборот, минимизирует число возможных злоупотреблений и, на наш взгляд, является предпочтительным.

Правда, даже такое толкование оставляет проблемы с новацией в заемное обязательство внедоговорных обязательств. Для последних

неприменим п. 1 ст. 452 ГК РФ, а потому правила п. 2 комментируемой статьи являются единственным регулятором формы соглашения о новации таких обязательств в заемные. Остается надеяться, что суды будут с повышенной требовательностью относиться к свидетельским показаниям, обосновывающим новацию такого обязательства в заемное, особенно в случаях, когда доказываемый размер нового (заемного) обязательства меньше размера предоставления по первоначальному.

Правила п. 2 комментируемой статьи, указывающие на применимость к рассматриваемому случаю новации предписаний ст. 808 ГК РФ, делают актуальным вопрос о возможности использования в качестве доказательства совершенной сторонами новации расписки должника или иного документа, подтверждающего принятие им на себя обязанности уплатить сумму займа вместо погашения новированного долга (п. 2 ст. 808 ГК РФ). Подобные документы признавались в качестве допустимых средств доказывания состоявшегося соглашения сторон и его условий еще в дореволюционной правоприменительной практике. В ситуации, когда такой документ отражает все существенные условия соглашения о новации (см. выше п. 2.2 комментария к настоящей статье), а исходя из правил п. 1 ст. 452 и п. 1 ст. 808 ГК РФ письменная форма такого соглашения не носит конститутивного характера (ее несоблюдение не влияет на действительность новации), нет никаких оснований отказывать в его использовании в качестве доказательства совершенной сторонами новации и сегодня. Однако при подобном оформлении новации долга в заемное должник должен понимать, что, как правило, такой документ составляется в единственном экземпляре и передается кредитору. Последний же может быть не заинтересован в раскрытии соответствующего доказательства и попытаться, игнорируя состоявшуюся между сторонами новацию, взыскать долг по первоначальному обязательству исходя из условий (сроков, размера и пр.) этого обязательства. Как следствие, должнику следует озаботиться наличием доказательств состоявшейся новации, потребовав, например, передачи этого документа (расписки) на хранение третьему лицу, совершения на документе, выражающем первоначальное обязательство, соответствующей надписи о произведенной новации и т.п.

2.4. Соглашение о новации: порядок совершения. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает необходимость соблюдения при новации долга в заемное обязательство только правил ст. 808 ГК РФ о форме договора займа. Но из этого не следует делать вывод, что закон требует совершения такой новации в порядке, предусмотренном для заключе-

ния реального договора займа, т.е. соблюдения правил абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ о передаче имущества. Новация долга в заемное обязательство не предполагает передачу при ее совершении кредитором должнику денежных средств или иного имущества займа. Иное, мультиплицируя предоставления в адрес должника, лишило бы для кредитора совершение подобной новации всякого смысла. Заемное обязательство в рассматриваемом случае базируется не на передаче имущества, а на соглашении сторон. Предоставление же в адрес должника как заемщика считается состоявшимся до новации в силу отношений, связанных с новированным обязательством (передача продавцом вещи, оказание исполнителем услуги и т.д.).

Соглашение сторон о новации является консенсуальной сделкой. Оно считается заключенным и порождает правовой эффект в виде прекращения первоначального и возникновения нового (заемного) обязательства с момента достижения соглашения сторон по всем существенным условиям (см. п. 2.2 комментария к настоящей статье).

2.5. Соглашение о новации: порядок совершения (особые правила). В случае, когда в заемное новирруется обязательство, возникшее из зарегистрированного договора, соответствующее новационное соглашение также подлежит государственной регистрации (п. 2 ст. 164 ГК РФ).

На соглашение о новации долга в заемное обязательство распространяются правила об особом порядке совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью (см. ст. 45, 46 Закона об ООО, ст. 78–79, 81–83 Закона об АО). Указанная специальная процедура заключения соглашения о новации должна применяться независимо от того, требовалось ли ее соблюдение для совершения сделки, породившей новиремое (первоначальное) обязательство.

Особый порядок установлен для совершения новации в рамках отдельных банкротных процедур (см. п. 3 ст. 183.9, п. 4 ст. 184.3, п. 1 ст. 189.11, п. 3 ст. 189.30, п. 3 ст. 189.31 Закона о несостоятельности (банкротстве)).

При совершении новации на стадии исполнительного производства судебная практика требует обязательного утверждения такого соглашения судом в качестве мирового, в противном случае считая его незаключенным (см. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103). Аналогичным образом решается вопрос о порядке совершения новации обязательства, являющегося предметом судебного разбирательства.

2.6. Новое обязательство. С момента совершения сторонами соглашения о новации одновременно прекращается первоначальное

обязательство сторон и между ними возникает новое (заемное) обязательство.

О возможных вариантах нового (заемного) обязательства и применимых к нему правилах подробнее см. п. 1.2–1.3 комментария к настоящей статье.

2.7. Намерение обновить. Соглашение о новации должно обнаруживать волю обеих сторон к обновлению обязательства, т.е. их намерение установлением нового обязательства прекратить первоначальное обязательство (*animus novandi*). Указанное требование возникло исторически и объясняется серьезностью последствий новации для сторон («утрата» обеспечений – для кредитора, «утрата» возражений – для должника). Такие последствия не могут презюмироваться, а потому в большинстве правовых систем, которые в принципе признают новацию как самостоятельный институт, действует принцип «новация не предполагается». Если стороны намерены совершить новацию, а не простое изменение договора или отдельного внедоговорного обязательства, то они должны это определенно выразить. Необходимо, чтобы из их волеизъявления со всей очевидностью следовало, что они имеют в виду именно прекращение старого обязательства и его замену на новое обязательство. Данный подход воспринят и отечественной правоприменительной практикой (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103).

Правило «новация не предполагается» актуально и для рассматриваемого случая. Намерение совершить новацию долга в заемное обязательство должно либо прямо фиксироваться в соглашении сторон, либо недвусмысленно вытекать из его содержания. В случае сомнения соглашение следует рассматривать как направленное на изменение, а не прекращение (новацию) обязательства (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103). Соответственно, соглашение об изменении срока (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 1 марта 2011 г. № 13910/10) или порядка (например, предоставление рассрочки) исполнения существующего денежного обязательства, о конвертации валютного долга в рублевый, о начислении регулятивных процентов на существующий денежный долг, об увеличении его размера (в том числе за счет капитализации начисленных регулятивных процентов), если подобные договоренности не сопровождались очевидным намерением осуществить именно новацию, должны рассматриваться в качестве изменения обязательства и не влекут правовых последствий новации. Способы обеспечения, установленные для первоначального обязательства, в этом случае по общему правилу сохраняют свое действие с учетом особенностей,

которые диктуются специальными нормами о таких способах обеспечения (например, п. 2 ст. 367 ГК РФ в отношении поручительства, применяемый в силу п. 1 ст. 335 ГК РФ к залогоу, предоставленному третьим лицом).

Равным образом договоренность сторон о применении к связывавшему их денежному обязательству всех или части положений гл. 42 ГК РФ, либо указание на его характер как «заемного», сами по себе не могут рассматриваться как однозначно свидетельствующие о намерении обновить. Необходимы фиксация в договоре термина «новация», либо указание на прекращение прежнего обязательства и его замену на новое, либо иные признаки того, что стороны не просто меняют условия исполнения старого обязательства, а именно прекращают его и устанавливают вместо него новое. В иных случаях следует презюмировать, что стороны лишь меняют условия исполнения прежнего обязательства. Иное прочтение комментируемой статьи, навязывая сторонам новационный эффект их соглашения, вступает в противоречие с принципом свободы договора, согласно которому только сами стороны могут решать, является ли соответствующее соглашение договором об изменении обязательства или имеет новационный характер.

При наличии спора относительно того, имела ли место новация, бремя доказывания *animus novandi* лежит на стороне, ссылающейся на это обстоятельство.

2.8. Последствия недействительности соглашения о новации. В случае недействительности новации заключенное сторонами соглашение не производит эффекта, на который оно было направлено: первоначальное обязательство не прекращается, а новое не возникает. Вместе с тем за рамками случаев, когда причинами такой недействительности являются пороки воли, даже недействительное соглашение о новации (точнее, сделанные сторонами при попытке ее совершения волеизъявления) не является юридически безразличным. Так, соответствующие волеизъявления одной из сторон могут рассматриваться в качестве подтверждения оспоримой сделки по правилам п. 2 ст. 166 ГК РФ либо одобрения ранее заключенного неуполномоченным лицом договора по ст. 183 ГК РФ. Равным образом волеизъявление должника может рассматриваться как свидетельствующее о признании долга и, соответственно, выступать в качестве основания перерыва исковой давности (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 14 июля 2009 г. № 5286/09).

§ 2. Кредит

Статья 819. Кредитный договор

1. По кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты за пользование ею, а также предусмотренные кредитным договором иные платежи, в том числе связанные с предоставлением кредита.

В случае предоставления кредита гражданину в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (в том числе кредита, обязательства заемщика по которому обеспечены ипотекой), ограничения, случаи и особенности взимания иных платежей, указанных в абзаце первом настоящего пункта, определяются законом о потребительском кредите (займе).

1.1. Если кредит используется должником полностью или частично для исполнения обязательств по ранее предоставленному тем же кредитором кредиту и в соответствии с договором кредит используется без зачисления на банковский счет должника для исполнения ранее предоставленного кредита, такой кредит считается предоставленным с момента получения должником от кредитора в порядке, предусмотренном договором, сведений о погашении ранее предоставленного кредита.

2. К отношениям по кредитному договору применяются правила, предусмотренные параграфом 1 настоящей главы, если иное не предусмотрено правилами настоящего параграфа и не вытекает из существа кредитного договора.

Комментарий

1. Общие характеристики кредитного договора.

1.1. Экономическое значение кредитного договора. Кредитный договор играет важнейшую роль в регулировании экономических отношений. Посредством заключения кредитных договоров банки, являющиеся профессиональными финансовыми посредниками, размещают денежные средства, привлеченные от физических и юридических лиц. Кредитные организации (банки) занимают ведущее место на финансовом рынке России. На начало 2018 г. их совокупные активы превысили 95% ВВП, а объем кредитов, предоставленных реальному сектору экономики, – почти 50% ВВП (или 43 трлн руб.). Объемы кредитно-заемных операций иных групп финансовых посредников, включая

страховые организации, профессиональных участников рынка ценных бумаг, негосударственные пенсионные фонды, организации мелкого кредита (МФО, кредитные кооперативы, ломбарды), в совокупности не превышают 5% объемов банковского кредитования. С учетом финансово-экономических реалий кредитный договор опосредует наиболее востребованный вид заемных отношений.

1.2. Понятие кредита. В литературе термин «кредит» применяется в широком и в узком значениях. В широком экономическом значении кредит рассматривается как передача одним экономическим субъектом другому субъекту во временное пользование и на возмездных началах какого-либо фактора или результата производства. С экономической точки зрения под кредитованием понимается определенный вид общественных (экономических) отношений, связанных с движением стоимости на условиях возвратности. Кредит в широком смысле возникает из гражданско-правовых договоров различных видов – купли-продажи, мены, аренды, подряда, займа и др. В кредитных отношениях как со стороны кредитора, так и со стороны заемщика могут выступать любые субъекты экономических отношений. Во всех случаях, когда речь идет о передаче одним участником оборота другому определенного имущества в собственность с условием отложенного возврата или уплаты его эквивалента и, как правило, уплаты вознаграждения, можно говорить о предоставлении кредита в экономическом смысле.

В узком значении в юридической литературе под кредитом понимается банковский кредит, т.е. правоотношение, в котором кредитная организация предоставляет физическому или юридическому лицу денежные средства на условиях возвратности, срочности и платности. Объектом кредитного договора является денежная сумма, которая подлежит выдаче кредитной организацией заемщику и возврату последним (п. 1 комментируемой статьи). Кредит в узком значении отличается от товарного и коммерческого кредита несколькими видообразующими признаками: 1) объектом предоставления со стороны кредитора и обязательства должника служат исключительно деньги; 2) договор банковского кредита имеет консенсуальный характер; 3) кредитором может выступать только банк или иная кредитная организация.

1.3. Признаки кредитного договора. В соответствии с комментируемой нормой кредитный договор относится к категории консенсуальных, двусторонне обязывающих, возмездных договоров. Он может быть отнесен к подвиду консенсуальных возмездных договоров денежного займа со специальным субъектным составом на стороне кредитора. С учетом поправок, внесенных в ст. 807 ГК РФ Законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ, получила разрешение доктринальная дискуссия

о видовом соотношении указанных договорных типов (видов). Ранее в доктрине высказывались две точки зрения на соотношение кредитного договора и договора займа. Согласно первой, кредитный договор признавался самостоятельным типом договора, не находящимся в типологическом родстве с договором займа. Основанием для такого вывода являлось полное расхождение гражданско-правовых признаков обоих договоров (консенсуальный или реальный, двусторонне обязывающий или односторонний, строго возмездный или возможно и безвозмездный). По мнению сторонников данной позиции, объединение двух договорных типов в одной главе ГК РФ объясняется лишь удобством изложения материала. Вторая точка зрения на природу кредитного договора сводится к тому, что кредитный договор является видом договора займа. Таким образом, кредит и заем соотносятся как вид и род. В пользу такого подхода высказывается несколько соображений. Финансово-экономическое содержание кредитного договора и договора займа совпадают: указанные договоры опосредуют заемные отношения. Кодексом предусмотрено субсидиарное применение к кредитному договору правил для договора займа, что свидетельствует о наличии между двумя договорными конструкциями родственных связей. При этом назывались два основания выделения кредитного договора в качестве специального вида договора займа:

- 1) консенсуальный характер кредитного договора, строго денежный характер предоставления и неременная возмездность договора;
- 2) финансово-экономические особенности деятельности банков (кредитных организаций) в качестве финансовых посредников, которые размещают в кредиты не собственные (в экономическом смысле), а привлеченные денежные средства.

По мере развития российского финансового рынка и его регулирования оба указанных основания выделения кредитных договоров в самостоятельный вид оказались в значительной мере утраченными. В начале 1990-х гг. при подготовке части второй ГК РФ на российском денежном рынке безраздельно господствовали банки. Они являлись единственной группой организаций, систематически предоставляющих денежные займы. Поэтому, с точки зрения законодателя, имелись основания для выделения специального вида договора денежного займа с наделением банков специальной правоспособностью на заключение таких договоров. С развитием финансового рынка на нем появились новые виды посредников, профессионально предоставляющих денежные займы юридическим и физическим лицам, — микрофинансовые организации (МФО), кредитные кооперативы и т.п. Более того, МФО и кредитные кооперативы были наделены

правом привлекать денежные средства юридических и физических лиц. По финансово-экономическому содержанию их деятельность по предоставлению заемного финансирования не сильно отличается от деятельности банков. В течение 2008–2011 гг. отношения с участием перечисленных организаций получили регулирование в специальных законах. Однако гражданский законодатель на тот момент не решился отказаться от существовавшего ограничения субъектного состава кредитного договора, закрепленного в ГК РФ: новые финансовые посредники не были наделены правоспособностью предоставлять кредиты и предоставляют исключительно займы. Как следствие – признак консенсуальности *de facto* оставался единственным основанием для разграничения кредитного договора и договора денежного процентного займа, предоставленного некредитными финансовыми организациями. С принятием Закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ, легализовавшего с 1 июня 2018 г. консенсуальный заем (см. комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ), и это различие оказалось утрачено. По сути, сейчас под банковским кредитом следует понимать консенсуальный денежный процентный заем, предоставляемый банком или иной кредитной организацией.

Несмотря на отмеченное близкое родство консенсуального договора денежного займа и кредитного договора следует указать на некоторые различия в их регулировании, которые к настоящему времени «накопились» в отдельных правовых институтах и могут быть объяснены не столько объективными причинами, сколько активностью банковских лоббистов. В законодательстве о несостоятельности (банкротстве) можно обнаружить несколько норм, выделяющих кредитные договоры из числа прочих договоров денежного займа.

Во-первых, ограниченная возможность оспаривания сделок по возврату банковских кредитов на основании ст. 61.3 Закона о несостоятельности (банкротстве) (ч. 4 ст. 61.4 Закона о несостоятельности (банкротстве)).

Во-вторых, повышенная доля денежных средств (80% вместо установленных по общему правилу 70%), которая перечисляется конкурсному кредитору по кредитному договору при реализации предмета залога, обеспечивающего обязательство по такому договору (ч. 2 ст. 138 Закона о несостоятельности (банкротстве)).

В-третьих, право конкурсного кредитора – кредитной организации обратиться в суд с заявлением о признании должника банкротом без предварительного «просуживания» требования (п. 2 ст. 7, п. 2 ст. 213.5 Закона о несостоятельности (банкротстве)). В отличие от случая банкротства гражданина в фактическом составе п. 2 ст. 7 кредитный до-

говор непосредственно не упомянут; тем не менее в подавляющем большинстве случаев просроченная задолженность перед банком возникает именно по таким договорам.

В-четвертых, ст. 90 Основ законодательства о нотариате допускает включение в кредитные договоры условия о возможности взыскания задолженности по исполнительной надписи нотариуса. Учинение исполнительной надписи по факту просрочки должника превращает договор кредита в исполнительный документ, взыскание по которому производится в бесспорном порядке. На прочие договоры займа это правило не распространяется.

Представляется, что как минимум некоторые из перечисленных особенностей регулирования кредитных договоров (если их в принципе признать оправданными) могут быть распространены если не на все договоры денежного займа, то по меньшей мере на договоры, заключаемые иными профессиональными финансовыми посредниками (некредитными финансовыми организациями). Как уже было отмечено, эти посредники, подобно банкам, предоставляют денежные займы за счет привлеченных денежных средств, обязаны формировать резервы, регулируются и контролируются Банком России, допускаются на рынок через получение специального разрешения (лицензии), включения в реестр или обязательного членства в профильной саморегулируемой организации.

1.4. Объект кредитного договора. Объектом предоставления со стороны банка и возвратного обязательства заемщика являются денежные средства. В теории гражданского права к денежным средствам относятся наличные и безналичные денежные средства. Под *наличными деньгами* понимаются монеты и банкноты Банка России с обозначением их номинала в рублях, не утратившие свойства платежеспособности и не изъятые из оборота (ст. 29 Закона о Банке России). Эмиссия наличных денег, организация их обращения и изъятия из обращения на территории Российской Федерации осуществляются исключительно Банком России. Законодатель не устанавливает ограничений к сумме наличных денежных средств, которые кредитор вправе предоставить заемщику-потребителю. Это вытекает из содержания п. 1 ст. 861 ГК РФ, согласно которому расчеты с участием граждан, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, могут производиться наличными деньгами без ограничения суммы. Предоставление кредитов юридическим лицам, а также гражданам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, в наличной форме допускается с учетом ограничений, установленных в законе и принятых в соответствии с ним банковскими правилами (п. 2 ст. 861 ГК РФ).

Указание Банка России от 7 октября 2013 г. № 3073-У ограничивает наличные расчеты между юридическими лицами и гражданами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Предельный размер наличных расчетов в рамках одного договора между указанными лицами не должен превышать 100 тыс. руб. либо сумму в иностранной валюте, эквивалентную 100 тыс. руб. по официальному курсу Банка России на дату проведения наличных расчетов (абз. 1 п. 6 Указания). Следует обратить внимание на то, что данное указание не применяется к банковским операциям (абз. 3 п. 1). До ноября 2015 г. запрет на предоставление кредитов наличными денежными средствами юридическим лицам был прямо установлен п. 2.1.1 Положения Банка России от 31 августа 1998 г. № 54-П «О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)». С утратой данным нормативным актом юридической силы указанный запрет не был перенесен в действующее законодательство. Несмотря на это, на практике банки предоставляют юридическим лицам кредиты только в безналичном порядке путем зачисления денежных средств на расчетный или корреспондентский счет заемщика (в случае межбанковских кредитов). Заемщик может получить наличные денежные средства со своего счета путем осуществления кассовой операции.

Вопрос о том, могут ли объектом кредитного договора выступать электронные денежные средства, является дискуссионным. Закон о национальной платежной системе закрепил порядок использования *электронных денежных средств* (ст. 7). Основная функция электронных денежных средств та же, что и у безналичных денег, — обслуживание торгового оборота. Главное различие состоит в отказе от банковских счетов при расчетах электронными деньгами. Клиент передает денежные средства кредитной организации (оператору электронных денежных средств), что отражается в увеличении остатка средств в учете оператора. Электронные денежные средства, как и безналичные деньги, представляют собой обязательственные права требования лица, предоставившего деньги, в отношении оператора, который обязан совершить в пользу клиента (кредитора) определенные действия (платежные услуги). Оператор заключает с производителями товаров, работ и услуг соглашения о приеме электронных денежных средств в оплату соответствующих договоров. Для исполнения обязательств перед ними владельцу электронных денежных средств достаточно передать оператору распоряжение о переводе средств, что может быть сделано исключительно в электронной форме, т.е. с использованием электронного средства платежа (п. 18 ст. 3 Закона о национальной платежной

системе). Таким образом, в отличие от безналичных денежных средств, электронные деньги могут быть переведены не любому лицу, имеющему счет в банке, а только такому, которое имеет соответствующее соглашение с оператором.

Оператор электронных денежных средств (кредитная организация) не вправе осуществлять начисление процентов на остаток электронных денежных средств или выплату любого вознаграждения клиенту (ч. 6 ст. 7), а также предоставлять клиенту денежные средства для увеличения остатка электронных денежных средств клиента на основании договора потребительского кредита (займа) (ч. 5 ст. 7 Закона о национальной платежной системе). Кредитуя своих клиентов, оператор, по существу, будет осуществлять неограниченную эмиссию электронных денег, не имеющих реального денежного покрытия. Такая деятельность входит в противоречие с монополией Банка России на денежную эмиссию.

Электронные денежные средства могут являться объектом договора займа. Закон о национальной платежной системе не запрещает передачу кредитором заемщику электронных денежных средств с обязанностью заемщика вернуть такую же сумму денежных средств кредитору через определенный срок и уплатить проценты на нее. Передача электронных денежных средств между кредитором и заемщиком осуществляется посредством их перевода (ч. 7–19 ст. 7 Закона о национальной платежной системе). Для совершения переводов заемщик – физическое лицо обязан использовать персонифицированное электронное средство платежа (ч. 9 ст. 7 Закона о национальной платежной системе). Займы электронных денежных средств, в том числе предоставляемые МФО, уже получили определенное распространение. Соответствующие договоры заключаются и исполняются дистанционно.

В то же время кредитные договоры, объектом которых являются электронные денежные средства, в банковской практике не встречаются. Причиной тому является, во-первых, отсутствие коммерческой потребности в организации таких кредитов. Поскольку сам «банк-эмитент» электронных денежных средств не вправе предоставлять их в кредит своим клиентам, то соответствующие кредиты могли бы предоставляться другими банками. Однако для них соответствующий бизнес-процесс является избыточным. При обращении потенциального заемщика банк способен открыть банковский счет и самостоятельно выпустить электронное средство платежа. Этого достаточно для предоставления в кредит безналичных денежных средств, не прибегая к использованию электронных денежных средств чужого «банка-эмитента».

Во-вторых, как уже отмечалось, сохраняется правовая неопределенность относительно того, вправе ли банки в принципе предоставлять электронные денежные средства в кредит. В п. 2.2 выпущенной Банком России памятки «Об электронных денежных средствах» говорится о том, что кредитная организация не вправе предоставлять клиенту денежные средства для увеличения остатка электронных денежных средств клиента на основании договора потребительского кредита (займа) (информационное письмо Банка России от 11 марта 2016 г. № ИН-017-45/12 «О предоставлении клиентам – физическим лицам информации об особенностях оказания услуг по переводу электронных денежных средств»). Представляется, что, исходя из контекста, данное положение сформулировано в указанном письме, не носящем к тому же нормативного характера, исключительно в отношении кредитной организации, которая является эмитентом соответствующих электронных денежных средств и всего лишь дублирует ч. 5 ст. 7 Закона о национальной платежной системе. Однако часть авторов выводят отсюда заключение о недопустимости передачи электронных денежных средств в кредит.

Объектом кредитного договора может являться также иностранная валюта. Это закреплено в п. 2 ст. 807 ГК РФ, согласно которому иностранная валюта может быть предметом договора займа на территории Российской Федерации с соблюдением правил ст. 140, 141 и 317 ГК РФ. Понятие «иностранная валюта» определяется в п. 2 ч. 1 ст. 1 Закона о валютном регулировании. К иностранной валюте относятся:

- денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монеты, находящиеся в обращении и являющиеся законным средством наличного платежа на территории соответствующего иностранного государства (группы иностранных государств), а также изымаемые либо изъятые из обращения, но подлежащие обмену;

- средства на банковских счетах и в банковских вкладах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах.

Правовое регулирование отношений, связанных с получением и возвратом кредитов в иностранной валюте, различается в зависимости от резидентства кредитора и заемщика.

По общему правилу валютные операции между резидентами запрещены. Исключение составляют валютные операции между резидентами и банками-резидентами, имеющими право на основании лицензии Банка России осуществлять операции со средствами в иностранной валюте, связанные с получением и возвратом кредитов и займов, уплатой сумм процентов и штрафных санкций по договорам (п. 1 ч. 3 ст. 9

Закона о валютном регулировании). Из этого можно сделать вывод о том, что в случае, если кредитором выступает банк или иная кредитная организация, имеющая лицензию на осуществление операций со средствами в иностранной валюте, Банк России, государственная корпорация развития «ВЭБ.РФ», иностранный банк или международная финансовая организация объектом кредитного договора может выступать иностранная валюта (см. п. 1.5 комментария к настоящей статье). В иных случаях договор займа иностранной валюты, заключенный между резидентами без участия уполномоченного банка, признается судами ничтожным.

1.5. Субъектный состав. Кредитный договор отличает *субъектный состав* на стороне кредитора.

(а) *Банк или иная кредитная организация.* Согласно комментируемой норме кредитором по кредитному договору вправе выступать банк или иная кредитная организация. При этом законодатель упоминает в ней один из видов кредитных организаций – банк, но допускает возможность квалификации в качестве кредита и договора, по которому денежные средства предоставляются иными кредитными организациями. Особенностью ГК РФ является совместное употребление терминов «кредитная организация» и «банк». Это, однако, не влечет сложностей, поскольку соответствующим термином в каждом случае обозначается организация, обладающая специальной правоспособностью на совершение рассматриваемых сделок. Порядок надления такой правоспособностью определяется в административном праве, т.е. за пределами ГК РФ.

Термин «банк (кредитная организация)» в комментируемой норме имеет широкое значение и включает российские кредитные организации, Банк России, государственную корпорацию развития «ВЭБ.РФ», иностранные банки, а также международные финансовые организации. Все перечисленные организации в соответствии с законом, подзаконными актами или международными договорами вправе совершать банковские операции в смысле ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности.

В российском банковском праве кредитная организация определяется как хозяйственное общество, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Банка России имеет право осуществлять банковские операции (ч. 1 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности). Предоставление кредита является банковской операцией по размещению денежных средств физических и юридических лиц от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности (п. 2 ч. 1

ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности). Понятие банковской операции, используемое в банковском праве, не следует смешивать с понятиями гражданско-правовой сделки или гражданского договора. Оно не имеет определенного гражданско-правового содержания и вводится прежде всего для целей определения финансово-экономического существа банковской деятельности и ее отграничения от других видов деятельности на финансовом рынке. Понятие банковской операции изначально было разработано германскими правоведами в первой четверти XX в. и включено в немецкий Закон о кредитном деле (*Kreditwesengesetz*). Оно было заимствовано российским законодателем при подготовке Закона о банках и банковской деятельности и использовано для легального определения кредитной организации.

Кредитные организации подразделяются на банки и небанковские кредитные организации. В соответствии с ч. 2 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности банком признается такая разновидность кредитной организации, 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, а также открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц. Банк правомочен заключать кредитные договоры как с юридическими, так и с физическими лицами.

В 2017 г. в целях введения пропорционального регулирования законодатель разделил банки на две группы — банки с универсальной лицензией и банки с базовой лицензией (Федеральный закон от 1 мая 2017 г. № 92-ФЗ). К первой группе относятся крупные банки, которые имеют капитал свыше 1 млрд руб. (с 1 января 2019 г.), вправе осуществлять весь перечень банковских операций без ограничений и обязаны в полном объеме соблюдать международные стандарты достаточности капитала. Ко второй группе принадлежат небольшие банки, как правило действующие в регионах, имеющие капитал свыше 300 млн руб., осуществляющие банковские операции с ограничениями и исполняющие облегченные пруденциальные требования (Инструкция Банка России от 6 декабря 2017 г. № 183-И). Банк с базовой лицензией не вправе предоставлять кредиты иностранным юридическим лицам, иностранным организациям, не являющимся юридическими лицами по иностранному праву, а также физическим лицам, личным законом которых является право иностранного государства (ст. 5.1 Закона о банках и банковской деятельности).

Небанковской кредитной организацией называется кредитная организация, не отнесенная законом к категории банков и имеющая право

осуществлять отдельные банковские операции, предусмотренные Законом о банках и банковской деятельности (п. 1–3 ч. 5 ст. 1). Законодательством установлена возможность создания нескольких видов небанковских кредитных организаций, не все из которых наделены правоспособностью заключать кредитные договоры. Такого права лишены, в частности, платежная небанковская кредитная организация (п. 1 ч. 5 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности, Инструкция Банка России от 15 сентября 2011 г. № 137-И) и кредитная организация – центральный контрагент, осуществляющая функции в соответствии с Федеральным законом от 7 февраля 2011 г. № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте» (п. 3 ч. 5 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности, Инструкция Банка России от 14 ноября 2016 г. № 175-И). Напротив, депозитно-кредитная небанковская кредитная организация (Инструкция Банка России от 21 ноября 2017 г. № 182-И) и расчетная небанковская кредитная организация (Инструкция Банка России от 26 апреля 2006 г. № 129-И) вправе предоставлять кредиты, за исключением потребительских кредитов.

Банк России наделен полномочиями заключать кредитные договоры с кредитными организациями, Правительством РФ и АСВ (ст. 46 Закона о Банке России). Согласно ст. 22 Закона о Банке России право Банка России на предоставление кредитов Правительству РФ для финансирования дефицита федерального бюджета должно быть предусмотрено федеральным законом о федеральном бюджете. При осуществлении деятельности по управлению активами Банка России в иностранной валюте и драгоценных металлах он вправе также предоставлять кредиты международным организациям и иностранным юридическим лицам, в том числе иностранным центральным (национальным) банкам.

Кредитором по кредитному договору вправе выступать *иностранные банки*. Согласно ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности под иностранным банком понимается банк, признанный таковым по законодательству иностранного государства, на территории которого он зарегистрирован. По общему правилу личным законом юридического лица считается право страны, где такое юридическое лицо учреждено. На основе личного закона определяется, в частности, содержание правоспособности юридического лица (ст. 1202 ГК РФ). Следовательно, правоспособность иностранного юридического лица заключать кредитные договоры, подчиненные российскому праву, зависит от того, обладает ли оно правовым статусом банка по законодательству страны регистрации. В российской судебной практике имели место случаи, когда по требованию недобросовестного заемщика суд первой

инстанции признавал кредитный договор недействительным на том основании, что иностранный кредитор не имел лицензии Банка России на осуществление банковских операций. Такие неправосудные решения отменялись в апелляционной инстанции на основании того, что правоспособность иностранного кредитора должна определяться на основе его личного закона.

Комплексное толкование Закона о потребительском кредите (займе) позволяет прийти к выводу, что иностранные банки не вправе предоставлять потребительские кредиты, т.е. заключать подчиненные российскому праву кредитные договоры с гражданами в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. В данном Законе под кредиторами понимаются кредитные и некредитные финансовые организации, которые являются исключительно российскими юридическими лицами и осуществляют профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов (кредитов). Иностранные банки не включаются в число субъектов, которые вправе заниматься такой деятельностью.

Правом осуществлять банковские операции по размещению денежных средств закон наделяет государственную корпорацию развития «ВЭБ.РФ» (п. 3 ч. 7 ст. 3 Федерального закона от 17 мая 2007 г. № 82-ФЗ «О государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»»). Основные направления и показатели инвестиционной и финансовой деятельности корпорации, в том числе основные условия, порядок и сроки предоставления кредитов и займов, устанавливаются в Меморандуме о финансовой политике, утверждаемом Правительством РФ. В соответствии с ним она осуществляет преимущественно среднее и долгосрочное (более трех лет) кредитование инвестиционных проектов, срок окупаемости которых превышает пять лет, а общая стоимость – 2 млрд рублей (Распоряжение Правительства РФ от 27 июля 2007 г. № 1007-р).

В отличие от государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ», *центральный депозитарий*, например, также наделен законом правом совершать отдельные виды банковских операций. Но предоставлять в заем (кредит) денежные средства ему прямо запрещено (п. 2 ст. 28 Федерального закона от 7 декабря 2007 г. № 414-ФЗ «О центральном депозитарии»).

На стороне кредитора в кредитном договоре вправе выступать *международные финансовые организации*, которые обладают международно-правовым статусом. Наделение их соответствующей правоспособностью осуществляется международными договорами, в которых участвует Российская Федерация. Например, в январе 2006 г. на ос-

новании Соглашения между Россией и Казахстаном был учрежден Евразийский банк развития. Согласно ст. 10 устава банк предоставляет кредиты в свободно конвертируемой валюте и национальной валюте государств-участников, а также совершает иные банковские операции, необходимые для достижения определенных в соглашении целей банка. В числе международных финансовых организаций, занимающихся кредитованием на территории Российской Федерации, можно также назвать Международный инвестиционный банк, Международный банк экономического сотрудничества, Черноморский банк торговли и развития, Новый банк развития БРИКС, Европейский банк реконструкции и развития, Международную финансовую корпорацию и др.

(б) *Синдикат кредиторов.* Специальным случаем кредитования является совместное предоставление несколькими кредиторами синдицированного кредита. Согласно ч. 3 ст. 2 Закона о синдицированном кредите (займе) кредиторами (участниками синдиката кредиторов) по такому договору могут быть:

1) кредитные организации, государственная корпорация развития «ВЭБ.РФ»;

2) иностранные банки, международные финансовые организации, а также иностранные юридические лица, которые в соответствии со своим личным законом вправе заключать кредитные договоры;

3) негосударственные пенсионные фонды¹, управляющие компании инвестиционного фонда, паевого инвестиционного фонда и негосударственного пенсионного фонда, специализированные депозитарии инвестиционного фонда, паевого инвестиционного фонда и негосударственного пенсионного фонда;

4) иные российские юридические лица в случаях, предусмотренных в законе.

При заключении многостороннего договора синдицированного кредита, в котором на стороне кредиторов одновременно участвуют банки или иные кредитные организации (п. 1–2) и иные, некредитные организации (п. 3–4), между заемщиком и банками возникают отношения из кредитного договора, а между заемщиком и кредиторами, не являющимися банками, — отношения по договору займа. С учетом

¹ Эти изменения не согласованы с нормами Федерального закона от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» и нормативными актами, регулирующими состав и структуру активов негосударственных пенсионных фондов. Согласно ст. 16 этого Закона имущество негосударственных пенсионных фондов подразделяется на собственные средства, пенсионные резервы и пенсионные накопления. Ни одна из этих частей не может включать в свой состав кредитные требования.

различий правового режима кредитного договора и договора займа, существующих в конкурсном и нотариальном праве, это могло бы вызвать определенные сложности. Однако на практике они преодолеваются благодаря тому, что права участников синдиката реализует кредитный управляющий – кредитная организация, государственная корпорация развития «ВЭБ.РФ», иностранный банк или международная финансовая организация (ч. 5 ст. 4 Закона о синдицированном кредите (займе)).

Правовое положение участников синдиката кредиторов отличается и от положения товарищей в договоре простого товарищества (заключившего общий кредитный договор с заемщиком), и от положения кредиторов, образующих множественность лиц в обязательстве. В отличие от отношений активной множественности (множественности лиц в обязательстве на стороне кредитора), каждый участник синдиката кредиторов по общему правилу имеет самостоятельные права (требования) по отношению к заемщику в размере, пропорциональном размеру предоставленных заемщику этим участником и не возвращенных заемщиком денежных средств, которые не зависят от прав (требований) иных участников синдиката кредиторов. В отличие от положений п. 2 ст. 1047 ГК РФ, устанавливающих солидарную ответственность товарищей по общим обязательствам, если договор связан с осуществлением товарищами предпринимательской деятельности, участник синдиката кредиторов не отвечает за неисполнение иными участниками синдиката кредиторов их обязательств по предоставлению заемщику денежных средств. Следовательно, синдикат кредиторов следует признать самостоятельной формой объединения кредиторов, отличной от уже определенных в ГК РФ.

(в) Заемщик. В комментируемой статье не конкретизирован правовой статус заемщика. Для квалификации кредитного договора он не имеет значения. Заемщиками в кредитном договоре могут выступать физические и юридические лица, учрежденные по российскому или зарубежному праву. В развитых правовых порядках традиционно сформировалось регулирование кредитных отношений, основанное на делении заемщиков на две группы – потребителей и непотребителей (лиц, получающих кредит для удовлетворения нужд, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности). Специальное регулирование договоров, заключенных с участием заемщиков-потребителей, имеет целью защиту их прав и законных интересов.

(i) Потребитель. Заемщик-потребитель является слабой стороной кредитного договора. Фактическое неравенство сторон договора имеет вполне конкретное проявление и выражается в:

– информационной асимметрии, вызванной недостатком у заемщика информации о кредите, связанных с ним рисках, возможных последствиях получения кредита;

– слабом понимании заемщиком содержания услуги либо ее понимании лишь в общих чертах, отсутствии у него специальных знаний, слабом осознании содержания договорных прав и обязанностей, а также последствий юридических и фактических действий;

– ограниченной рациональности заемщика, принимающего не всегда логичные, рациональные и соответствующие собственным интересам решения даже в той ситуации, когда ему предоставлена вся необходимая информация;

– ограниченных математических способностях простых граждан, нередко испытывающих сложности в работе с процентами и формулами;

– договорной диспропорции, выражающейся в фактическом лишении заемщика возможности влиять на большую часть условий договора;

– процессуальной диспропорции, означающей, что у потребителя ограничены возможности отстаивания своих интересов в судебном порядке, и эти возможности несоизмеримы с теми возможностями, которыми располагает кредитная организация.

Многие из перечисленных проявлений неравенства сторон договора, как правило, присущи всякому отношению между коммерсантом и потребителем. Особенностью финансовых услуг является их повышенная сложность. Финансовые продукты и транзакции, как правило, малопонятны «среднему» заемщику. Сложность финансовых услуг имеет в своей основе несколько составляющих: неосязаемость, долгосрочность, использование необычных, с точки зрения заемщика, математических выражений при определении полной стоимости кредита и размера регулярных платежей. В отличие от ситуации приобретения товаров заемщик-потребитель часто не в состоянии заранее выяснить, каким образом «приобретенный» им кредитный «продукт» поведет себя в дальнейшем. Гражданин, например, может примерить одежду или совершить тестовую поездку на автомобиле, в худшем случае он вправе вернуть товар.

Большинство товаров обладают качествами или характеристиками, которые могут быть оценены заранее, до их приобретения (цвет, размер и т.д.); это так называемые фактические свойства. Кредит, как и иные финансовые «услуги», не обладает такими характеристиками. Кредитор может лишь указать отдельные критерии предоставления, исполнения и назначения кредитной «услуги». В свою очередь потре-

битель использует собственные критерии, чтобы решить, позволит ли данная «услуга» удовлетворить его индивидуальные потребности. «Услуга» обладает качествами, которые могут быть оценены только из предыдущего опыта потребления самой «услуги», т.е. опытными свойствами.

Кредит (заем) относится к тем финансовым «услугам», которые не могут быть предоставлены «на пробу», поэтому, принимая решение об их приобретении, заемщик основывается на уверенности, что именно эта «услуга» соответствует его потребностям и (или) что банк способен их удовлетворить. Понимая уровень риска, который ощущает заемщик при выборе кредитного продукта, законодатель и под его давлением, а иногда и по собственной инициативе финансовые организации (кредиторы) принимают меры, которые позволяют его снизить.

Наконец, большинство финансовых «услуг» имеют длящийся характер. Велика вероятность того, что в течение срока действия договора потребительского кредита (займа) произойдут неблагоприятные события, которые затруднят заемщику исполнение договорных обязанностей. В то же время использование финансовых «услуг» может оказать существенное влияние на всю жизнь потребителя. Заключение договора жилищного ипотечного кредита, например, порождает у заемщика обязательства на протяжении значительной части его жизни. Сложность понимания заемщиком смысла условий договора, приводящая к когнитивной диспропорции, усугубляется высокой вероятностью наступления неблагоприятных последствий в случае, если он ошибется при оценке условий договора и их соотношении со своими возможностями и перспективами. Риск ошибки выбора проистекает из неосязаемости финансовой «услуги», что затрудняет потребителю возможность сделать предварительную оценку. Поэтому способ восприятия потребителем риска при потреблении финансовых «услуг» и фактор доверия финансовой организации являются крайне важными.

Еще одной особенностью финансовых «услуг» является их высокая социальная значимость. Некоторые финансовые продукты и услуги (например, ипотечный кредит) являются неременным условием социализации гражданина и, следовательно, должны быть общедоступны. Это заставляет говорить не о специфической слабости заемщика по отношению к кредитору при вступлении в договорные отношения, а о его стесненности в случае, когда возможность в приобретении таких услуг отсутствует. В связи с этим за рубежом все большее внимание уделяется повышению социальной и территориальной доступности финансовых «услуг».

Закон о потребительском кредите (займе) закрепляет различные правовые средства защиты, позволяющие сгладить фактическое неравенство сторон договора потребительского кредита (займа). В целях защиты заемщика-потребителя законодатель детализирует процедуру заключения договора потребительского кредита (займа), устанавливает обязанности кредитора по предоставлению заемщику информации, определяет специальные требования к форме договора, его условиям, ценовым параметрам, дополнительным услугам, которые вправе предлагать заемщику кредитор, предусматривает особые правила уступки требований о возврате займа или кредита и т.п.. Подробнее см. комментарий к п. 7 ст. 807 ГК РФ.

(ii) *Категории граждан-заемщиков.* Особенностью российского регулирования отношений по кредиту является значительное число специальных норм, действующих в отношении кредитных договоров с гражданами. Между двумя четко очерченными группами заемщиков – потребителями и юридическими лицами – сформировалась своеобразная «серая» сфера заемщиков, решение о применении той или иной нормы в отношении которых приходится принимать на основании телеологического толкования. В названную сферу можно включить правила, относящиеся к индивидуальным предпринимателям и самозанятым лицам (гражданам, ведущим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица).

Пункт 1 ст. 23 ГК РФ допускает случаи, когда гражданин осуществляет отдельные виды предпринимательской деятельности без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Эти изменения ГК РФ вступили в силу 6 августа 2017 г. (Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 199-ФЗ) и являются частью плана Правительства РФ по снижению уровня неформальной занятости экономически активного населения. Одна из его целей состоит в том, чтобы исключить любые возможности признания деятельности самозанятых граждан незаконным предпринимательством.

В зависимости от цели получения кредита договор, заключаемый, например, с индивидуальным предпринимателем, может быть отнесен к категории потребительского или непотребительского (предпринимательского) кредита. Так, кредит, получаемый для приобретения легкового автомобиля для использования для личных, семейных и домашних нужд, следует признать потребительским. Напротив, кредит на приобретение грузового автотранспорта предпринимателем, оказывающим транспортные или логистические услуги, таковым уже не является.

1.6. Правовая природа кредитного договора. В доктрине существует воззрение на кредитный договор как на договор синаллагматический. Суть синаллагмы здесь видится в том, что договор порождает два взаимных обязательства, посредством исполнения которых осуществляются встречные предоставления: банк предоставляет кредит, а заемщик платит за это проценты и возвращает сам кредит. Десять тысяч рублей сегодня и та же сумма через год имеют разную ценность (в силу инфляции), поэтому кредитный договор можно рассматривать как опосредующий своеобразный обмен фиксированной суммы сегодня на ту же номинальную сумму с процентами завтра. Но иногда высказывается точка зрения о том, что классического синаллагматического договора здесь нет, ибо нет экономического обмена. Последний подход основан на том, что синаллагматический договор опосредует обмен разнородными экономическими благами, носит меновой (в строгом смысле слова) характер.

В доктрине получили распространение две точки зрения на специфику взаимосвязи обязательств сторон кредитного договора. В соответствии с первой, такой договор опосредует обмен одновременными предоставлениями между кредитором и заемщиком. Основная обязанность кредитора (банка) состоит в предоставлении заемщику суммы кредита, после исполнения которой обязательство банка в отношении данного кредитного транша считается исполненной, и обязательство возникает только у заемщика (уплатить проценты и вернуть кредит). Содержание обязательств банка усложняется в случае кредитной линии: выдача кредита осуществляется по частям, отдельными выборками. Уплата процентов при этом может быть квалифицирована в качестве встречного предоставления, цены договора, наличие которой обуславливает возмездный характер договора. Но специфика кредитного договора предполагает, что помимо уплаты цены договора (процентов) заемщик обязан также вернуть сам кредит.

В соответствии с этим подходом, досрочный возврат кредита и по инициативе заемщика, и по требованию кредитора остается лишь вторичным правомочием стороны на изменение срока обязательства (акселерация). Отказ кредитора от предоставления кредита (до начала выборки) и отказ заемщика от получения кредита (ст. 821 ГК РФ) являются расторжением договора в одностороннем внесудебном порядке. Получается, что в случае с договором кредитной линии требуются два волеизъявления кредитора: при неисправности заемщика кредитор изменяет срок кредита (акселерация), а также отказывается от продолжения кредитования (отказ от исполнения обязательства). Такой подход позволяет кредитору как сочетать два

волеизъявления, так и осуществить лишь одно из них (например, отказаться от кредитования на будущее в связи с ростом кредитных рисков из-за нарушения ковенантов, но не производить акселерацию выданного кредитного транша, не желая подталкивать заемщика к банкротству).

Вторая позиция строится на том, что основная обязанность банка имеет длящийся характер даже при разовом кредитном договоре: ее содержание – предоставить на время (срок кредита) капитал в пользование заемщику и обеспечить заемщику возможность его использовать в течение всего согласованного срока. Соответственно, обязательство банка в отношении выданного кредита не прекращается после выдачи. При истечении срока заемщик утрачивает основания пользоваться капиталом и обязан вернуть его кредитору. Предоставление банка имеет длящийся характер, платой за которое являются проценты. При таком подходе можно обнаружить некоторые общие черты кредитного договора и договора аренды (найма). Главное отличие названных договоров проистекает из характеристики передаваемого имущества. Определяемые родовыми признаками вещи, ценные бумаги или деньги) передаются заемщику в собственность, их использование сводится к потреблению (распоряжению). Индивидуально определяемые вещи остаются в собственности арендодателя и передаются арендатору в пользование и (или) владение. В случае аренды юридическая связь между объектом аренды и арендодателем (отношение собственности) максимально наглядна и не разрывается. В случае кредита связь между кредитором и капиталом носит более умозрительный характер, но, несмотря на это, ее введение рассматривается в рамках данного подхода как плодотворный прием.

В рамках такого подхода досрочный возврат кредита по требованию кредитора (ст. 811 ГК РФ) можно признать частным случаем отказа кредитора от договора (ст. 450.1 ГК РФ). Его правовым последствием является расторжение договора: обязанность кредитора по обеспечению возможности использовать капитал прекращается, возникает основание для его возврата. Если имела место кредитная линия, то прекращается также обязательство кредитора по предоставлению кредита. Аналогичным образом как отказ от договора (расторжение) квалифицируется досрочный возврат кредита по инициативе заемщика (п. 2 ст. 810 ГК РФ). Другой пример: в ст. 811 ГК РФ в числе последствий нарушений заемщиком договора займа случай неуплаты процентов вообще не упоминается; если признать наличие некоего обязательства банка обеспечить возможность использования кредита, то такое указание и не требуется, применению подлежат общие правила ст. 328

ГК РФ: банк, не получив встречное предоставление, отказывается от договора и получает право требовать досрочного погашения кредита в связи с прекращением обязательства банка обеспечить заемщику возможность использования кредита.

В настоящий момент в судебной практике ВАС РФ и на уровне Закона о потребительском кредите (займе), скорее, отражен первый подход. По данному вопросу см. также комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ. Но доктринально вопрос относится к категории обсуждаемых.

1.7. Консенсуальность. Согласно определению, закрепленному в п. 1 комментируемой статьи, кредитный договор является консенсуальным. Это значит, что у банка после заключения договора возникает обязательство выдать кредит. Его нарушение влечет ответственность банка. О санкциях, которые могут быть применены к банку на случай неправомерного уклонения от выдачи кредита, а также о праве банка и заемщика отказаться от договора до момента фактической выдачи кредита см. комментарий к п. 3 ст. 807 и к п. 1–2 ст. 821 ГК РФ.

1.8. Опционные модели кредита. Между банком и заемщиком может быть заключен рамочный договор (ст. 429.1 ГК РФ), на основании которого стороны согласовывают конкретные суммы кредитования (банк акцептует кредитную заявку заемщика). Существенные условия кредитного договора в таком случае будут считаться определенными в момент согласования существенных условий (суммы конкретного кредитного транша). В таком случае у банка есть полная свобода согласовывать или не согласовывать такие заявки. Но куда чаще между банком и заемщиком заключается так называемый договор кредитной линии, по которому заемщик в течение установленного в договоре срока имеет опционное право при возникновении необходимости предъявить банку заявку на выделение кредитного транша в пределах согласованного в договоре лимита кредитной линии. В такой ситуации банк обязан выдать кредитный транш в сумме, указанной в заявке, если не наступают установленные в ст. 821 ГК РФ или согласованные в договоре условия для одностороннего отказа от договора или отклонения конкретной заявки. Ровно по той же модели может быть заключен и консенсуальный договор займа (об особенностях такой конструкции договора см. подп. «з»–«и» п. 1.7 комментария к ст. 807 ГК РФ; о комиссии за поддержание кредитной линии см. подп. «д» п. 1.12 комментария к настоящей статье).

Специальным случаем договора кредитной линии следует признать договор потребительского кредита с лимитом кредитования (ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе)). В зависимости от условий договора потребительского кредита под лимитом кредитования могут

пониматься различные определения, которые в банковской практике традиционно называют лимитом выдачи и лимитом задолженности. Согласно терминологии, используемой Банком России, кредиты с лимитом выдачи и лимитом задолженности являются видами договора кредитной линии. В отличие от срочного кредита, здесь заемщик получает сумму кредита не единовременно, а вправе требовать ее выдачи частями в течение определенного срока (срок выборки). В договоре устанавливается порядок выборки суммы кредита.

Определение в договоре потребительского кредита условия о лимите выдачи означает, что сумма кредита может быть получена заемщиком по частям (траншам), общая сумма которых не может превышать согласованный сторонами лимит выдачи. Кредитная линия с лимитом задолженности, как правило, является возобновляемой. В договоре определяется максимальный размер единовременной задолженности заемщика перед кредитором, в пределах которого заемщик имеет право неоднократно получать и возвращать денежные средства. Лимит задолженности включается в договоры потребительского кредита, которые предоставляются с использованием кредитной карты или расчетной карты с овердрафтом, и является частью условия о кредитовании банковского счета заемщика. Предложение второе комментируемой статьи выражает одно из важнейших различий двух видов потребительских кредитов (займов): срочного потребительского кредита (займа) и потребительского кредита (займа) с лимитом кредитования.

В отличие от срочного договора потребительского кредита при заключении договора потребительского кредита с лимитом кредитования на кредитора не возлагается обязанность предоставлять заемщику график платежей (ч. 15 ст. 7 Закона о потребительском кредите (займе)). Составить такой график заранее просто не получится, поскольку заемщик вправе самостоятельно определять даты выборки кредита и его возврата (частичного).

1.9. Особенности синдицированного кредита. Под синдицированным кредитом понимается кредит, предоставляемый двумя или более кредиторами (синдикатом кредиторов) на общих для всех участников условиях и с привлечением для целей его обслуживания специального агента (кредитного управляющего), функции которого в силу закона возлагаются на одного из участников синдиката (ч. 1 ст. 2 Закона о синдицированном кредите (займе)) (подробнее о составе синдиката кредиторов см. подп «б» п. 1 комментария к настоящей статье). Заемщиком по договору синдицированного кредита может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. За рубежом крупные кредиты на длительные сроки часто предоставляются в форме синдиката, что

позволяет кредиторам разделить кредитные риски между собой. В России культура совместного банковского кредитования пока не получила должного распространения.

Договор синдицированного кредита имеет смешанный характер и регулирует правоотношения между каждым из кредиторов и заемщиком, участниками синдиката кредиторов между собой, а также между кредиторами и кредитным управляющим. По общему правилу обязательства кредиторов по предоставлению заемщику денежных средств являются самостоятельными, т.е. кредиторы не отвечают по обязательствам друг друга. Каждый кредитор имеет также самостоятельное требование к заемщику по возврату кредита в размере, пропорциональном его доле в синдикате, уплате процентов и иных платежей. Это требование не зависит от требований иных участников синдиката (ч. 2–3 ст. 6 Закона о синдицированном кредите (займе)). Указанная конструкция позволяет полностью исключить ситуацию, когда риск неплатежеспособности одного из кредиторов перекладывается на других участников синдиката кредиторов¹.

Для того чтобы обеспечить равенство участников синдиката и единство юридической судьбы требований каждого из кредиторов в течение всего срока действия договора, в нем определяется порядок принятия решений синдикатом кредиторов. Изменение условий договора возможно по соглашению всех кредиторов и заемщика. Решения о предъявлении требования о досрочном возврате кредита, обращении взыскания на обеспечение, замене кредитного управляющего, а также осуществлении (или отказе от осуществления) ряда других прав кредиторов, как правило, принимаются квалифицированным большинством голосов кредиторов. Принятое решение обязательно для всех участников синдиката кредиторов, в том числе для кредитного управляющего (ст. 5 Закона о синдицированном кредите (займе)). В соответствии с банковской практикой решение кредиторов принимается путем заочного голосования, проводимого кредитным управляющим в электронной форме. Количество голосов, принадлежащих кредитору, определяется размером его доли.

¹ До вступления в силу Закона о синдицированном кредите (займе) одним из правовых рисков для участников синдиката кредиторов являлось применение ст. 1047 ГК РФ, в соответствии с которой участники предпринимательского товарищества солидарно отвечают по обязательствам товарищества. Поэтому в случае квалификации межкредиторского договора в качестве договора простого товарищества обязательство по предоставлению части кредита, не исполненное одним из товарищей (например, по причине неплатежеспособности), могло быть возложено на других товарищей – участников синдиката.

Кредитный управляющий является неотъемлемой стороной отношений по договору синдицированного кредита. Он является выразителем единой воли участников синдиката кредиторов вовне. Через кредитного управляющего осуществляется движение денежных средств (предоставление кредита) и информации от кредиторов к заемщику и обратно (возврат кредита). В отношениях с заемщиком кредитный управляющий не имеет собственного правового интереса и действует от имени и за счет кредиторов¹. В соответствии с законом он ведет реестр участников синдиката кредиторов и осуществляет учет всех предоставленных заемщику каждым из участников синдиката кредиторов денежных средств, т.е. обладает сведениями о размере долей каждого из кредиторов. По обеспеченному синдицированному кредиту допускается совмещение одним лицом функций управляющего залогом и кредитного управляющего. Согласно ч. 5 ст. 4 Закона о синдицированном кредите (займе) кредитным управляющим могут быть кредитная организация, государственная корпорация развития «ВЭБ.РФ», иностранный банк или международная финансовая организация.

В зависимости от порядка формирования синдиката кредиторов выделяют первичную и вторичную синдикации. При первичной синдикации участники синдиката кредиторов совместно действуют уже на этапе заключения кредитного договора и предоставления кредита. При вторичной синдикации один из кредиторов предоставляет заемщику кредит на основе двустороннего договора, а затем передает другим лицам доли в синдикате посредством замены стороны договора (синдицирование кредита) (ч. 5 ст. 2 Закона о синдицированном кредите (займе)).

Для первичной синдикации характерны особая процедура преддоговорного взаимодействия сторон и порядок заключения договора, включающий несколько этапов — заключение заемщиком договора об организации синдицированного кредита с одним или несколькими организаторами, структурирование сделки и формирование синдиката кредиторов. Данные отношения получили фрагментарное регулирование в ст. 3 Закона о синдицированном кредите (займе).

Организация синдиката начинается с получением организатором от заемщика полномочий на организацию синдицированного

¹ В соответствии с ч. 1 ст. 4 Закона о синдицированном кредите (займе) кредитный управляющий обязан быть участником синдиката кредиторов, т.е. обладать самостоятельным требованием к заемщику. Данному ограничению сложно найти логическое обоснование. На развитых рынках исполнение задач кредитного агента (управляющего) не связывается с участием в синдикате кредиторов.

кредита на согласованных условиях. Соответствующие отношения оформляются договором на возмездное оказание услуг. Инициатором организации синдиката может выступать сам заемщик либо банк. В договоре банк и заемщик определяют условия назначения банка в качестве организатора синдиката и основные условия будущего кредита. В соответствии с договором организатор наделяется полномочиями по формированию синдиката кредиторов, подготовке информационного меморандума и иных документов, связанных с предоставлением синдицированного кредита. Обычно в такой договор включается условие эксклюзивности организатора, в соответствии с которым заемщик-заказчик обязуется не вступать до момента заключения договора синдицированного кредита в какие-либо переговоры или договорные отношения с другими лицами по поводу получения кредита на сходных условиях (ч. 3 ст. 3 Закона о синдицированном кредите (займе)).

В международной практике синдицированного кредитования отношения между заемщиком и организатором оформляются мандатным письмом, которое может иметь индикативный (*indicative*) или обязывающий (*committed*) характер. В зависимости от характера обязательств организатора выделяют синдицированные кредиты с гарантированным размещением (*underwritten loan*) и кредиты, размещаемые с приложением максимальных усилий (*best-efforts loan*). В случае синдицированного кредита с гарантированным размещением организатор обязуется организовать предоставление всей запрошенной заемщиком суммы синдицированного кредита и гарантирует достижение этого результата. На зарубежных рынках кредитор в случае невозможности собрать синдикат обязан предоставить кредит за счет собственных средств. На российском рынке по причине его молодости и низкой емкости соответствующие соглашения не заключаются. В синдицированном кредите, размещаемом с приложением максимальных усилий, организатор не связан обязательством по предоставлению всей суммы кредита, а лишь обязан приложить разумные усилия к достижению результата. В английской практике получение мандатного письма накладывает на организатора определенные юридические обязанности. Однако содержащиеся в нем условия могут быть также расценены судом как декларация о намерениях (*subject to contract*, «*in principle*») или как недостаточно определенные обязательства (*vague*), не подлежащие принудительному исполнению. В контексте российского права отношения заемщика и организатора следует оформлять посредством заключения договора. Этот вопрос урегулирован в ст. 3 Закона о синдицированном кредите (займе). Впрочем, практика применения соответствующих норм пока не сформирована.

На стадии формирования синдиката организатор привлекает в сделку банки-участники. Совместно с заемщиком он готовит информационный меморандум, в котором содержатся основные условия кредита, информация о финансовом положении и деятельности заемщика. Информационный меморандум направляется выразившим заинтересованность потенциальным кредиторам в случае подписания последними соглашения о конфиденциальности. Подготовленная документация согласовывается с заемщиком, а затем с предполагаемыми кредиторами, высказавшими предварительное согласие на участие в кредитовании. Затем организатор определяет возможные доли участия кредиторов в предоставляемом кредите. Организатор ведет журнал синдикации, в котором регистрируются будущие участники синдиката, а также содержится информация о направлении потенциальным кредиторам приглашений участвовать в синдикате и результатах их рассмотрения. Ведение журнала синдикации может быть поручено отдельному банку, выполняющему функции регистратора.

Действие договора об организации синдицированного кредита и обязанности организатора прекращаются после подписания договора синдицированного кредита.

На российском рынке распространена не классическая синдикация, к участию в которой привлекается широкий круг банков, а так называемые клубные сделки синдицированного кредитования (*club deal loans*). В них участвует небольшое число банков, как правило, уже имеющих коммерческие взаимоотношения с заемщиком, а сама сделка имеет небольшой объем. Заемщик может самостоятельно организовывать кредит. В договор часто включается условие о запрете передачи участия в договоре третьим лицам. Таким образом, в клубных сделках могут отсутствовать некоторые элементы классического синдиката.

1.10. Обязательство банка по предоставлению кредита. Существует несколько способов выдачи кредита.

Во-первых, зачисление на счет заемщика, открытый в банке-кредиторе. Кредит в этом случае будет считаться предоставленным в момент такого зачисления.

Во-вторых, перечисление на счет заемщика, открытый в другом банке. Кредит в таком случае будет считаться предоставленным в момент поступления денег на корреспондентский счет банка, обслуживающего заемщика. Это же правило применяется при кредитовании банка.

В-третьих, выдача кредита согласно п. 5 ст. 807 ГК РФ путем перечисления денежных средств по указанию заемщика третьим лицам. В этом случае кредит считается выданным в момент зачисления средств

на корсчет банка, обслуживающего указанного заемщиком получателя платежа.

В-четвертых, путем зачета в ситуации, указанной в п. 1.1 ст. 821 ГК РФ.

Подробнее см. подп. «д»–«е» п. 1.3 комментария к ст. 807 ГК РФ, комментарий к п. 1.1 ст. 821 ГК РФ, а также комментарий к п. 5 ст. 807 ГК РФ.

1.11. Основные обязательства заемщика. Как и по обычному процентному займу, заемщик по кредитному договору обязан погасить кредит и уплатить проценты. Беспроцентный кредит невозможен и должен квалифицироваться как заем. Подробнее о порядке начисления и уплаты процентов по процентному займу см. комментарий к ст. 809 ГК РФ, а о порядке погашения займа – комментарий к ст. 810 ГК РФ. Написанное там с необходимыми адаптациями применяется и к кредитным договорам.

1.12. Обязательство по уплате непроцентных платежей. Комментируемая норма была изменена с вступлением в силу Закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ 1 июня 2018 г. Помимо уплаты процентов, договором на заемщика может быть возложена уплата иных платежей, которые не связаны ни с возвратом кредита, ни с уплатой процентов. Новелла позволяет сделать вывод о сложном составе платы за кредит, которая может включать как процентные, так и непроцентные платежи заемщика. Правовая природа непроцентных платежей («иных платежей») в данной норме не раскрывается.

Рассматриваемая формулировка может породить представление о том, что внесенные изменения санкционируют любые комиссии, взимаемые банком по коммерческому кредитному договору. В то же время норма прямо ограничивает взимание таких комиссий, отсылая по данному вопросу к пределам, установленным в Законе о потребительском кредите (займе).

(а) Проблема действительности условий о банковских комиссиях. Предпосылки включения в ГК РФ оговорки об «иных платежах» по кредитному договору. Общий принцип свободы договора (ст. 421 ГК РФ) позволяет сторонам кредитного договора дополнительно к процентам за временное использование суммы кредита устанавливать иные платежи, обязанность по уплате которых возлагается на заемщика, если такая возможность прямо не ограничена законом или иными правовыми актами и не противоречит принципу добросовестности. И до вступления в силу изменений, внесенных Законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ, в законодательстве отсутствовал запрет на использование иных форм оплаты услуг банка по кредитованию за-

емщика, помимо процентов. В ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности закреплено право кредитных организаций взимать комиссионное вознаграждение за проведение банковских операций. Поэтому по мере развития кредитного дела широчайшее распространение в кредитных договорах, заключаемых банками, получили так называемые банковские комиссии (комиссионные вознаграждения). Под комиссиями понимались любые выплаты заемщика, которые не могут быть отнесены к возврату основного долга, процентам или мерам ответственности за нарушение заемщиком своих договорных обязательств.

Следует отметить очевидную неудачность этого термина. В гражданском праве комиссионным вознаграждением называется вознаграждение, которое комитент выплачивает комиссионеру по договору комиссии (ст. 991 ГК РФ). В банковском праве термин «комиссионное вознаграждение» приобретает более широкое значение. Так как соотношение между понятиями банковской услуги и банковской операции не является однозначным, допустимы ситуации, когда комиссионное вознаграждение по банковской операции не будет в то же время вознаграждением за услугу.

Широкое использование в кредитных договорах различных комиссий при наличии правовой неопределенности породило в середине первого десятилетия XXI в. вал споров относительно законности их взимания. Изначально с инициативой оспаривания условий кредитных договоров выступили заемщики-потребители. До 2008 г. в законодательстве не было закреплено понятие эффективной процентной ставки (прежняя редакция ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности). Поэтому включение в договор дополнительных комиссий позволяло банкам занижать процентную ставку, указываемую в рекламе кредитных продуктов, при этом компенсировать свои «потери» в проценте за счет всевозможных комиссий и тем самым создавать у потенциальных клиентов ложное представление о действительной стоимости кредита, эксплуатируя тем самым асимметрию профессионализма и ограниченную рациональность потребителей. В связи с этим в общественном мнении и судебной практике начало формироваться резко негативное отношение к так называемым скрытым комиссиям.

Следствием этого стало принятие в 2007–2009 гг. ряда не до конца согласованных законодательных изменений, направленных на повышение прозрачности ценовых условий кредита. В Закон о защите прав потребителей было добавлено положение об информировании заемщика о полной сумме платежей, подлежащей выплате (ст. 10),

а в Закон о банках и банковской деятельности — о полной стоимости кредита (ст. 30)¹.

Изменение законодательства и повышение информированности банковских заемщиков-потребителей о цене кредитной услуги не переломило общего негативного отношения к непроцентным вознаграждениям (комиссиям) со стороны судов и территориальных органов Роспотребнадзора. Борьба за информационную прозрачность сменилась борьбой с комиссиями как таковыми.

В течение 2009–2011 гг. сформировалась единообразная судебная практика: условия кредитных договоров с потребителями о взимании комиссий за ведение и открытие ссудного счета, за предоставление, выдачу и обслуживание кредита, за досрочный возврат кредита были признаны не соответствующими нормам действующего законодательства. Действия банка по взиманию таких комиссий согласно ч. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей были квалифицированы судами как ущемляющие установленные законом права потребителей и образующие состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ. В ходе научной дискуссии высказывались крайние мнения о том, что по кредитным договорам кредиторы вообще не вправе взимать непроцентные платежи, коль скоро их уплата не упоминается в ст. 819 ГК РФ среди обязанностей заемщика.

С начала 2009 г. суды начали признавать недействительными условия о взимании комиссий, включенные в предпринимательские кредитные договоры. В условиях разворачивающегося финансового кризиса экономическое положение заемщиков (предприятий реального сектора) существенно ухудшилось, возросло количество дел о взыскании задолженности по кредитным договорам, и суды при рассмотрении дел все чаще стали занимать должниковскую позицию.

Если в договорах потребительского кредита условие о взимании комиссий признавалось судом недействительным по причине ущемления прав потребителей, то в предпринимательских кредитах запрет комиссий обосновывался отсутствием догматических оснований для их взимания. В п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 получила закрепление следующая формула: банк имеет право на получение отдельного вознаграждения (комиссии) наряду с процентами за пользование кредитом в том случае, если оно установлено за оказание самостоятельной услуги клиенту,

¹ С принятием в 2013 г. Закона о потребительском кредите (займе) в него из Закона о банках и банковской деятельности были перенесены все нормы о полной стоимости кредита.

создающей для заемщика какое-либо дополнительное благо или иной полезный эффект. Суд использовал следующий тест для проверки действительности договорных условий. Если спорные комиссии взимаются за совершение банком действий, которые являются самостоятельной услугой, создающей для заемщика какое-либо дополнительное благо или иной полезный эффект, и получение этой услуги не является неотъемлемым правом заемщика, вытекающим из сути кредитной договорной конструкции, то соответствующее условие договора признается действительным. Если они предусмотрены за стандартные действия, без совершения которых банк не смог бы заключить и исполнить кредитный договор, то условие кредитного договора о комиссиях признается судом ничтожным. В то же время, согласно отраженной там же позиции ВАС РФ, если такая комиссия начисляется периодически и исчисляется в виде процента от суммы остатка задолженности, суд должен переqualифицировать комиссию в часть процента, применив правила о притворности.

На этом фоне вступает в силу 1 июня 2018 г. комментируемая новелла, устанавливающая возможность свободного согласования непцентных платежей в договоре кредита с отсылкой к ограничениям, которые могут устанавливаться Законом о потребительском кредите (займе) для кредитных сделок с потребителями.

(б) «Иные платежи» заемщика и намерение законодателя. Теоретически допустимы две точки зрения в отношении толкования данных либеральных новелл касательно непотребительских кредитов.

В соответствии с ограничительным подходом дозволение банку взимать «иные платежи» не отвергает позицию ВАС РФ, высказанную в Информационном письме от 13 сентября 2011 г. № 147 (о «тесте на дополнительную услугу» и переqualификации в процент периодических комиссий, размер которых привязан к остатку долга). При таком подходе «иными платежами» будут комиссии за совершение банком действий, которые являются самостоятельной услугой, создающей для заемщика какое-либо дополнительное благо или иной полезный эффект.

Согласно буквальному подходу, действительное намерение законодателя при принятии комментируемой нормы состояло в том, чтобы преодолеть ограничительный подход к банковским комиссиям по непотребительским кредитным договорам, сформулированный ВАС РФ, и допустить взимание с заемщика отдельных видов платежей (комиссий), ранее признанных судами незаконными. В этом случае наряду с указанными выше комиссиями за дополнительные услуги, которые признавались и ранее, в перечень «иных платежей» попадут

любые согласованные в договоре выплаты заемщика в пользу банка, носящие непроцентный характер. В пользу такого подхода свидетельствует оговорка законодателя о «платежах, связанных с предоставлением кредита». Ранее суд признал незаконной комиссию за выдачу (предоставление) кредита на том основании, что данная комиссия взимается не за дополнительную услугу, а за осуществление кредитором действий, направленных на исполнение предусмотренного договором обязательства. Новая редакция комментируемой статьи прямо разрешает взимание такого платежа, что наводит на мысль, что законодатель действительно решил либерализовать взимание непроцентных платежей в непотребительских кредитах.

Действительное намерение законодателя узнать, по-видимому, невозможно.

Как представляется, магистральный подход к проблеме должен быть следующим. Во-первых, искусственное дробление финансовых обязательств заемщика по договорам потребительского кредита за счет сложных сочетаний процента и непроцентных платежей не следует поддерживать, так как эта договорная практика путает заемщика, сбивает его с толку, затрудняет информированный выбор. С учетом ограниченной рациональности заемщика-потребителя и ограниченности его математических способностей в таком запретительном подходе, возможно, есть смысл. Право должно подталкивать банки закладывать компенсацию своих издержек в процент, относительно понятный показатель, который потребитель может осознать и сопоставить с аналогичным показателем банков-конкурентов. Впрочем, в контексте даже и потребительских договоров было бы, видимо, возможно признавать некоторые комиссии, которые действительно причитаются банку за некую дополнительную услугу, на получение которой потребитель не имеет права по умолчанию и которая не может быть по экономическим причинам «растворена» в процентной ставке. Например, плата за выпуск и обслуживание кредитной карты, с одной стороны, выступает аналогом (разово взимаемой или регулярной) опционной премии по договору кредитной линии, а с другой — является платой за платежные услуги, которые получает заемщик вместе с кредитом.

Во-вторых, в контексте непотребительских кредитов нет особых резонов заботиться о последствиях неинформированного выбора и неспособности заемщика просчитать по проекту договора размер комиссии и сопоставить его с предлагаемым процентом. В принципе, нет никакой причины, в силу которой встречное предоставление по договору займа (а равно и кредита) могло бы выражаться исключительно

в проценте от тела долга. Нет причин запрещать договор займа, в котором заемщик обязуется вернуть заем и в качестве вознаграждения оказать займодавцу некую услугу, ибо начисление именно процента вовсе не является квалифицирующим признаком займа. В случае с кредитом начисление процента является квалифицирующим признаком договора, но из закона не следует, что договор, заключенный между банком и коммерсантом, не может предусмотреть в дополнение к неотъемлемому для кредитного договора проценту обязанность заемщика вносить и иные непроцентные платежи. Если предприниматели так видят структуру финансовых обязательств, какое конституционное право оправдывает вторжение судов или законодателя в сферу этих отношений? Проблемы информационной асимметрии здесь нет. Опасения же злоупотреблений со стороны банков при навязывании каких-то комиссий надуманны. С тем же успехом банки могут, казалось бы, навязать и неразумно высокую процентную ставку, но здесь ни о какой проблеме говорить не приходится. Профессиональный коммерсант просто не возьмет кредит, если ставка процента адекватна, а набор комиссий таков, что это делает кредитование на таких условиях невыгодным.

Судя по всему, законодатель решил реализовать именно такой дифференцированный подход в комментируемом пункте. Соответственно, при таком подходе следует исходить из того, что данный пункт подтвердил негативное отношение к непроцентным платежам в потребительских кредитах (указание на допустимость таких комиссий только в случаях, перечисленных в Законе о потребительском кредите (займе)), но дезавуировал «тест на дополнительную услугу» в контексте иных сугубо коммерческих кредитных сделок, допустив свободное сочетание процентных и непроцентных вознаграждений банка. Впрочем, следует сказать, что какая-то судебная практика по данному пункту, которая подтверждала бы или опровергала бы такое прочтение обсуждаемой новеллы, на момент написания настоящего комментария еще не сложилась.

(в) Непроцентные платежи: плата или компенсация. Возникает крайне важный вопрос о том, как право должно относиться к таким непроцентным платежам. Если под видом некой периодически начисляемой комиссии, расчет которой привязан к размеру непогашенного долга, скрывается на самом деле часть процентного бремени, вопрос решается сам собой: природа такой комиссии процентная. Если комиссия представляет собой фиксированный платеж не за дополнительную услугу и стороны просто решили часть вознаграждения банка определять не в виде процента, а в виде фиксированных отчислений, природа платежа

(если дальнейшая судебная практика подтвердит либеральный подход, намеченный в комментируемом пункте) также понятна: это часть цены, которую заемщик платит за полученное заемное предоставление.

Но что, если комиссия нацелена на оплату дополнительной услуги банка или некоего особого права, которое банк дает заемщику (например, плата за досрочный возврат кредита или опционная премия за поддержание кредитной линии)? Должны ли мы воспринимать такую плату как цену за то благо, которое получает заемщик, или как сугубо компенсационный механизм, реализация которого требует пристального контроля судов на предмет соразмерности такой платы и понесенных банком расходов? Очевидно, что оказание некоей дополнительной услуги или предоставление какого-то особого права предполагает несение банком определенных издержек, но означает ли это, что банк ни в коем случае не может заработать на оказании таких дополнительных услуг или предоставлении таких прав?

До 1 июня 2018 г. суды часто увязывали возможность взимания согласованного непроцентного платежа с доказанными расходами банка (см. далее пример с платой за предоставление кредитной линии). Но этот подход сложно признать обоснованным. Как представляется, логично исходить из того, что эти платежи носят характер цены, включающей покрытие издержек, но не сводящейся к нему. В отдельных исключительных случаях суд наделен правом вмешаться и ограничить аппетиты банка, когда речь идет о явной недобросовестности (это видно на примере платы за отказ от договора, о которой см. далее).

Далее мы разберем основные используемые в банковской практике комиссии и оценим их правомерность в контексте прежнего и действующего с 1 июня 2018 г. законодательства.

(г) Плата, взимаемая при предоставлении кредита. Плата (платеж), взимаемая с заемщика при предоставлении кредита, хорошо известна российской практике. Она широко включалась банками в кредитные договоры и называлась комиссией за выдачу кредита, платой за предоставление кредита, комиссией за оформление кредита, платой за организацию кредита. Данная комиссия (плата) уплачивается заемщиком после получения кредита (например, вместе с первым платежом по графику платежей) или взимается с заемщика в момент предоставления кредита посредством зачета к сумме подлежащего выдаче кредита (займа). В последнем случае заемщик получает в распоряжение сумму кредита, уменьшенную на размер комиссии (платы). Размер такой комиссии устанавливается, как правило, в процентах (долях) от суммы кредита или лимита кредитования. При досрочном возврате кредита плата заемщику не возвращается.

До 2009 г. комиссия за выдачу кредита часто признавалась судами законной, в том числе в спорах о взыскании с заемщиков просроченной задолженности. Суды присуждали банку не только сумму комиссии, но и неустойку за несвоевременное погашение задолженности по уплате комиссии. Позиция судов состояла в том, что комиссия является вознаграждением, не зависящим от срока кредита. Если это прямо не предусмотрено в договоре, оплата комиссии за выдачу кредита не находится в зависимости от исполнения обязательств по возврату кредита. Следовательно, при досрочном погашении кредита заемщик не вправе требовать возврата пропорциональной части ранее уплаченной комиссии.

С выходом Информационного письма ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, связавшего взимание комиссий с оказанием заемщику самостоятельной услуги, комиссия за выдачу кредита была признана незаконной. Суд указал на то, что, поскольку выдача кредита не является оказываемой заемщику услугой в смысле положений п. 1 ст. 779 ГК РФ и является неотъемлемым элементом исполнения кредитного договора, взимание комиссии неправомерно, даже в контексте кредитов, привлекаемых в предпринимательских целях.

При рассмотрении именно этой комиссии наиболее наглядным является результат применения «теста на дополнительную услугу», предложенного ВАС РФ для выяснения правомерности установления дополнительных банковских вознаграждений в кредитном договоре. Предоставляя кредит, банк лишь исполняет обязанность, предусмотренную кредитным договором, о самостоятельной услуге, дополнительном благе или полезном эффекте не может быть и речи. Использование в названии комиссии предлога «за» подталкивает суд к тому, чтобы рассматривать ее в качестве платы за некоторое предоставление со стороны банка. Отсутствие такого предоставления наводит на мысль о незаконности комиссии. Однако было бы ошибкой выводить правовую природу платы за кредит из ее наименования — необходимо исследовать ее содержание.

С экономической точки зрения взимание банком платы за выдачу кредита позволяет покрыть связанные с этим расходы, снизить риск ликвидности, риск неполучения процентного дохода в случае досрочного возврата кредита и риск реинвестирования, а также направить средства на формирование резерва на возможные потери по ссудам (Положение Банка России от 28 июня 2017 г. № 590-П). Операционные расходы, которые несет банк при обслуживании потенциального заемщика, сборе и подготовке документов, покрываются за счет платы заемщика, взимаемой непосредственно в момент возникновения таких

расходов. В случае досрочного возврата кредита потери банка, возникающие из-за недополучения процентов, а также из-за невозможности реинвестировать досрочно возвращенные заемщиком средства с желаемой доходностью, частично компенсируются полученной в момент выдачи кредита платой. Кроме того, в предоставлении кредита может участвовать посредник – кредитный брокер, услуги которого обычно оплачиваются кредитором за счет полученных от заемщика вознаграждений. Вознаграждение кредитного брокера является фиксированным и не зависит от срока возврата кредита. Если предположить, что первый процентный платеж будет получен не ранее месяца с момента выдачи займа, кредитор будет вынужден покрывать издержки за счет собственных источников, т.е. еще до получения какой-либо выгоды от размещения средств.

С учетом изменений, внесенных в комментируемую норму Законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ, плату за выдачу кредита в контексте кредитов, выдаваемых юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям, следует признать частью платы за кредит, которая не тождественна процентам. Независимость размера платы от срока кредита отличает ее от процентов, которые заемщик, например, уплачивает авансом. В целях предотвращения ошибочной квалификации данного вида платы, опирающейся на буквальное толкование ее названия, предлагается его изменить. Например, в германской банковской практике аналогичную плату называют дизажио или дамнум (*Disagio, Damnum*), а в американской – поинтами (*points*). Итальянский термин *disagio* (изъятие, недостаток) закрепился во многих европейских языках для обозначения разницы между номинальной и фактической стоимостью (ценностью). Дизажио автоматически вычитается из номинальной (определенной в договоре) суммы кредита, предоставляемого заемщику.

Аналогом дизажио будет дисконт, который возникает при размещении облигаций по цене ниже номинала. При этом фактически привлеченная заемщиком-эмитентом сумма займа оказывается ниже номинала, притом что проценты по облигации начисляются на ее номинальную стоимость.

Таким образом, плата за «голый» кредит определяется с использованием банковского тарифа, состоящего из двух тарифных элементов – размера процентной ставки и дизажио, выраженного в процентах от суммы кредита. Процентная часть платы пропорциональна сроку кредита, а непроцентная часть от него не зависит. Комментируемая норма прямо не устанавливает сложный состав платы за кредит, но косвенно предусматривает несколько видов платежей заемщиков при

внесении такой платы – уплату процентов и уплату иных платежей, предусмотренных кредитным договором.

В комментируемой норме не приводится легального наименования такой платы. Вряд ли таковым можно считать название «плата, связанная с предоставлением кредита». Поэтому при подготовке кредитной документации сторонам необходимо самостоятельно определить соответствующий термин. Не следует, как представляется, сохранять в названии данной платы слова «комиссия» или «комиссионное вознаграждение». Установленное в ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности право банков на взимание комиссионного вознаграждения по банковским операциям плохо поддается гражданско-правовому толкованию. Для этого потребовалось бы соотнести между собой сразу две пары понятий – «кредит – операция» и «платеж – комиссия». К тому же указанная статья не содержит ответа на вопрос о том, вправе ли банк взимать сразу несколько вознаграждений по одной банковской операции. С учетом позиции ВАС РФ (п. 4 Информационного письма от 13 сентября 2011 г. № 147) целесообразно сохранить использование термина «комиссия» в узком смысле, т.е. для обозначения вознаграждений, взимаемых банком при оказании заемщику самостоятельных услуг, отличных от кредита.

При включении в кредитный договор условия о дизажио (плате за выдачу кредита) перед судом встанет новый вопрос – о контроле за справедливостью его размера. В зарубежной практике можно встретить примеры его прямого или косвенного ограничения. Дизажио следует отличать от авансовой формы уплаты процентов посредством зачета при выдаче кредита (займа), о которой писалось в п. 3.3 комментария к ст. 809 ГК РФ. Различаются последствия, наступающие при досрочном возврате кредита (займа). Если уплаченные авансом проценты кредитор обязан частично вернуть заемщику (см. п. 3.3 комментария к ст. 809 ГК РФ), то в отношении уплаченного дизажио такой обязанности не возникает. Следовательно, при определении договорных условий кредитор заинтересован в том, чтобы увеличить размер дизажио сверх экономически обоснованного значения. Однако чрезмерное дизажио свидетельствует о недобросовестном поведении кредитора. В целях противодействия этому Верховный суд Германии сформулировал следующую позицию. При превышении дизажио экономически обоснованного значения вся плата, взимаемая сверх него, квалифицируется в качестве уплаченных авансом процентов и потому должна быть возвращена заемщику при досрочном возврате кредита. Обычно дизажио не превышает 2–3% от суммы кредита. Вопрос об экономически обоснованном размере дизажио решается с учетом

вида кредита. Во внимание следует принять срок согласования сторонами условий кредита, сложность кредитной документации, размер формируемых банком резервов на возможные потери по ссуде, а также установленный в договоре размер платы, которая взимается с заемщика при досрочном возврате кредита. Как представляется, такой подход можно было бы взять на вооружение и в российском праве.

В договорах потребительского кредита условие о взимании с заемщика платы при предоставлении кредита, по-видимому, следует признать незаконным. Согласно ч. 19 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) не допускается взимание кредитором вознаграждения за исполнение обязанностей, возложенных на него нормативными правовыми актами, а также за услуги, оказывая которые кредитор действует исключительно в собственных интересах и в результате предоставления которых не создается отдельное имущественное благо для заемщика.

Поскольку уплата дизажио (или платы, связанной с предоставлением кредита) осуществляется в момент выдачи кредита (займа), то возникает разница между номинальной суммой кредита, определенной в договоре, и фактически получаемой заемщиком суммой. Вопрос о неприменимости к данному случаю ст. 812 ГК РФ разрешается по аналогии с тем, как это сделано в п. 3.3 комментария к ст. 809 ГК РФ в отношении уплачиваемых авансом процентов.

(д) Плата за открытие кредитной линии и плата за поддержание кредитного лимита. В договорах кредитной линии используются два вида вознаграждения — «комиссия за открытие кредитной линии», которая взимается одновременно при заключении кредитного договора и этим мало отличается от комиссии за выдачу кредита, и «комиссия за поддержание кредитной линии», которая взимается периодически с установлением небольшого процента, начисляемого на неиспользованный лимит кредитной линии. Обе указанные платы не имеют природу процентов за пользование кредитом, так как их взимание не связано с передачей заемщику суммы кредита.

Иногда вторая комиссия называется платой за резервирование денежных средств. Исходя из существа оказываемой кредитной услуги, плата за резервирование пропорционально зависит от суммы кредита (неиспользованного лимита кредитной линии) и срока существования обязанности по предоставлению кредита (срока выборки), начиная с момента заключения кредитного договора (открытия кредитной линии).

До включения в ГК РФ ст. 429.3 (Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского

кодекса Российской Федерации» (вступил в силу с 1 июня 2015 г.) взимание комиссии за поддержание лимита кредитования признавалось обычной банковской практикой. Суды нередко признавали действительность этого договорного условия. При этом они основывались на ст. 421 ГК РФ, указывая, что банк и заемщик согласно гражданскому законодательству свободны в заключении договора и включении в него условий о внесении заемщиком платы. Впрочем, ясной позиции высших судов по данному вопросу не было, хотя в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 суд признал правомерным установление в договоре банковского счета ежемесячной комиссии за возможность кредитования расчетного счета (овердрафт), указав, что в этом случае банковская услуга, оплачиваемая клиентом, заключается в предоставлении банком возможности совершить платеж, несмотря на недостаточность или отсутствие денежных средств на расчетном счете.

С вступлением в силу ст. 429.3 ГК РФ кредитная линия получила квалификацию опционного договора (в качестве договорной конструкции), а плата за поддержание лимита кредитной линии — платы по такому договору, которая взимается за право заявить предусмотренное им требование (опционная премия). Это должно снять вопрос о законности такой платы.

В отличие от комиссии за поддержание лимита, суды с подозрением относились к комиссии за открытие кредитной линии. Одновременно с запретом комиссии за выдачу кредита они наложили запрет и на эту комиссию. Первоначально высказанная позиция ВАС РФ сводилась к тому, что установленное в кредитном договоре условие о взимании с заемщика единовременного платежа за открытие кредитной линии не создает для него какого-либо дополнительного блага или иного полезного эффекта, следовательно, не может считаться самостоятельной услугой, за оказание которой банк может требовать с клиента плату (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2012 г. № 13567/11).

Спустя год ВАС РФ скорректировал свою позицию. Взимание комиссии было допущено, если банк в состоянии доказать, что особенности выдачи кредита могли привести к возникновению у банка определенных затрат и расходов, в том числе на резервирование конкретной суммы для удовлетворения будущих заявок заемщика в рамках договора об открытии кредитной линии. По мнению Суда, комиссия призвана компенсировать эти финансовые издержки банка (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 марта 2013 г. № 16242/12). После заключения договора о предоставлении кредитной линии банк вынужден держать наготове соответствующую сумму кредитных ресурсов

в течение срока действия кредитной линии. Но доказать конкретные затраты в такой ситуации не так просто.

В настоящих условиях, когда в ГК РФ появилась ст. 429.3 ГК РФ, допускающая установление опционной премии в опционном договоре, эта проблема должна сойти на нет. Опционная премия — это цена, плата за согласие одной из сторон договора вступить в асимметричные договорные отношения, в которых эта сторона сама настаивать на осуществлении трансакции не может, но вынуждена определенное время поддерживать готовность исполнять обязательства по первому требованию другой стороны (в данном случае — заемщика). Юридических оснований жестко контролировать размер опционной премии на предмет соразмерности конкретным доказанным издержкам банка больше нет, и, соответственно, вышеизложенная позиция ВАС РФ теряет свое значение. В ст. 429.3 ГК РФ отсутствует связь между издержками, которые несет сторона опционного договора, и причитающейся ей платой. Единственным основанием для ее взимания является наделение контрагента соответствующим правом требования.

Смысл такой опционной премии состоит в том, чтобы оплатить банку (займодавцу) те неудобства, риски и неопределенность, которые возникают в связи с порождаемой опционной моделью договора асимметрией правомочий: банк (займодавец) вынужден постоянно находиться в готовности выдавать заемное финансирование в затребованном заемщиком размере по первому требованию и на заранее согласованных условиях, заемщик же «выбирать» соответствующий лимит и затребовать финансирование хотя бы раз не обязан. За время действия договора экономическая конъюнктура может измениться не в пользу банка, а согласованная процентная ставка — перестать покрывать стоимость рефинансирования, но банк оказывается связан своим обязательством финансировать заемщика на изначально согласованных условиях по первому требованию. Эти риски, а также затраты на оформление договора, которые могут оказаться не покрытыми процентными платежами при непоступлении ни одной заявки на финансирование и покрывает опционная премия.

В то же время экономическая логика уплаты такой премии имеется только тогда, когда заключенный договор действительно порождает обязательство банка (займодавца) финансировать заемщика при поступлении от последнего заявок (т.е. когда договор имеет опционную природу). Если договор предполагает необходимость согласования сторонами суммы выделяемого кредитного (заемного) транша и, соответственно, право банка произвольно, без каких-либо объективных оснований воздержаться от финансирования, то он, по сути, носит

лишь рамочный характер; его заключение никакого экономического блага в виде сильной правовой позиции заемщику не предоставляет. В такой ситуации экономическая основа уплаты опционной премии отпадает. Вопрос же о том, стоит ли признавать законными и действительными выплаты за сам факт согласия заключить рамочный договор (ст. 429.1 ГК РФ), не порождающий никаких обязательств по осуществлению экономического предоставления, носит достаточно дискуссионный характер. Очевидно, что в контексте договора, заключенного с заемщиком-потребителем, навязывание такой экономически бессмысленной платы незаконно. Что же до сугубо коммерческих договоров, вопрос пока ясного ответа не имеет.

Еще один вопрос, возникший в судебной практике, связан с возвратом ранее уплаченной комиссии за открытие кредитной линии. Иногда суды соглашались с мнением, что эта комиссия должна частично возвращаться заемщику в случае, если кредитный лимит был уменьшен банком в одностороннем порядке до того момента, как заемщик смог выбрать сумму кредита в полном объеме. В случае единовременного внесения платы по договору кредитной линии некоторые суды применяют подход, аналогичный применяемому в отношении авансовой уплаты процентов. Если при досрочном возврате кредита заемщику возвращаются избыточно уплаченные проценты, то при уменьшении лимита кредитной линии — часть платы за ее открытие. Подобная аналогия по меньшей мере вызывает серьезные сомнения. Действительно, в обоих случаях размер платы рассчитывается в процентах или в процентах годовых от суммы кредита (лимита кредитования). Однако правовая природа процентов за пользование кредитом и природа платы по опционному договору, как представляется, имеют мало общего.

При последовательном отнесении кредитной линии к виду опционных договоров оба вида платы — и за открытие, и за поддержание лимита кредитной линии — могут быть объединены в рамках одной правовой категории. При этом надо признать, что плата по опционному договору может состоять из нескольких частей. Одна из них (плата за открытие кредитной линии) уплачивается единовременно в момент заключения договора в сумме, пропорциональной сумме лимита, а вторая (плата за поддержание лимита) — регулярно в течение срока выборки кредитной линии в сумме, пропорциональной невыбранному лимиту кредитной линии. Данный подход исключает квалификацию платы в качестве компенсации издержек банка.

Естественно, возможны какие-то злоупотребления, но, как и в случае с платой за выдачу кредита, анализ издержек целесообразно проводить лишь в исключительных случаях, когда у суда возникают сомнения

относительно добросовестности кредитора, установившего экономически необоснованный размер непроцентной платы за кредит, которая не возвращается заемщику при досрочном возврате кредита.

Остается только отметить, что по опционной модели может быть также заключен кредитный договор, заемщиком по которому является гражданин, не осуществляющий коммерческую деятельность. В банковской практике широкое распространение получил выпуск кредитных карт, которые можно отнести к специальному виду кредитной линии (п. 1.5 Положения Банка России от 24 декабря 2004 г. № 266-П). Соответствующие правоотношения получают различную квалификацию в различных законодательных актах. В соответствии с Законом о потребительском кредите (займе) этот договор относится к категории договоров потребительского кредита с лимитом кредитования, а в соответствии с Законом о национальной платежной системе – к договорам об использовании электронного средства платежа (ч. 1 ст. 9). Смешанную природу кредитной линии, оформленной как «карточный потребительский кредит», следует принимать во внимание при квалификации соответствующих плат (комиссий), взимаемых с заемщика. Так, п. 4 ч. 4 ст. 6 Закона о потребительском кредите (займе) допускает взимание платы за выпуск и обслуживание электронного средства платежа (кредитной карты) при заключении и исполнении договора потребительского кредита. С одной стороны, наличие электронного средства платежа (платежной карты или интернет-банка) является обычным атрибутом потребительского кредита с лимитом кредитования, без которого невозможно предоставить заемщику постоянный доступ к кредиту (его выборке). Поэтому плату за выдачу электронного средства платежа допустимо квалифицировать в качестве опционной премии, предусмотренной в п. 2 ст. 429.3 ГК РФ. С другой стороны, использование электронного средства платежа *per se* опосредует предоставление клиенту платежных услуг. Поэтому периодическую плату за обслуживание электронного средства платежа можно также признать вознаграждением за такие услуги, оказываемые банком заемщику.

(е) *Плата за ведение ссудного счета и плата за обслуживание кредита.* Плата за ведение ссудного счета и плата за обслуживание кредита относятся к категории так называемых процентоподобных платежей, поскольку взимаются периодически. Комиссия (плата) за ведение ссудного счета вызвала наиболее горячие дискуссии, а также стала причиной наибольшего числа исков со стороны потребителей. Исторически она стала первой комиссией, в отношении которой высшая судебная инстанция высказала отрицательную позицию. Обычно ко-

миссия взималась ежемесячно в виде фиксированного процента (от 0,1 до 0,5%) от первоначальной суммы кредита.

В кредитных договорах, как правило, не определено содержание действий по открытию и ведению ссудного счета и проведение операций по нему, за исключением тех, которые следуют из наименования данных платежей. Тем не менее в течение как минимум 15 лет взимание платы за открытие и ведение ссудного счета являлось обычной банковской практикой в кредитных договорах как с коммерческими заемщиками, так и с потребителями. Эта практика заимствована российскими банками из-за рубежа, где она широко распространена.

Термин «ссудный счет» не определен в законе и используется в ряде нормативных правовых актов Банка России. Под ссудным счетом понимается группа бухгалтерских счетов по учету задолженности по возврату кредита. Обязанность по открытию и ведению ссудного счета, а также проведению по нему операций установлена законодательством РФ, т.е. имеет публично-правовой характер (Положение Банка России от 27 февраля 2017 г. № 579-П). За неисполнение данной обязанности применяется административная ответственность, установленная ст. 15.11 КоАП РФ, ст. 74 Закона о Банке России.

В сделках с физическими лицами введение комиссии преследовало двойные цели. Поскольку размер комиссии зависел от суммы кредита, а не остатка задолженности, то возникал «эффект незначительности», когда даже относительно небольшая в процентном отношении комиссия позволяла существенно увеличить доход при банковском кредитовании. Обвинения банков во взимании «скрытых процентов» или «скрытых комиссий» во многом были спровоцированы именно использованием комиссии за ведение ссудного счета.

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2009 г. № 8274/09 суд признал, что действия банка по открытию и ведению ссудного счета нельзя квалифицировать как самостоятельную банковскую услугу, а значит, действия банка по взиманию платы за открытие и ведение ссудного счета ущемляют установленные законом права потребителей. Решение Президиума ВАС РФ повлекло ряд неблагоприятных последствий. Во-первых, суд поставил под сомнение право банка на взимание любых комиссий по договорам потребительского кредита, но при этом не высказался определенно на этот счет. Во-вторых, с учетом многолетней практики взимания банковских комиссий за открытие и ведение ссудного счета, сопровождавшейся научно-теоретической дискуссией о правовой природе данного счета, решение суда создало неопределенность относительно его обратной силы и нового толкования правовых норм. В-третьих, суд даже не наметил

границы применения принципа свободы договора при установлении банковских тарифов и вознаграждений, а также не уточнил своего понимания термина «услуга» в отношении банковских операций и сделок.

Впоследствии Закон о потребительском кредите (займе) однозначно запретил такую комиссию в отношении потребительских кредитов (ч. 19 ст. 5)¹. И это кажется логичным, так как препятствует затуманиванию условий о цене договора, способствует более осознанному принятию потребителем финансовых условий сделки и более простому сопоставлению им ценовых условий кредитных продуктов, предлагаемых разными банками.

Несмотря на остроту ситуации и окончательное судебное запрещение комиссии в сделках потребительского кредитования, ее установление в предпринимательских кредитных договорах суды часто продолжали признавать законным. При этом они основываются на принципе свободы договора и отсутствии запрета устанавливать в кредитном договоре иные виды комиссий и платежей помимо процентных ставок по кредиту. ВАС РФ указал, что условия договора о тех комиссиях, обязанность по уплате которых является периодической, а сумма определяется как процент от остатка задолженности заемщика перед банком на дату платежа, являются притворными. Они прикрывают договоренность сторон о плате за кредит, которая складывается из размера процентов, установленных в договоре, а также всех названных в договоре комиссий. Поскольку воля сторон кредитного договора была направлена на то, чтобы заключить договор с такой формулировкой условия о плате за предоставленный кредит, а закон, запрещающий включение подобных условий в кредитный договор, отсутствует, данное (прикрываемое) условие договора не может быть признано недействительным (п. 4 Информационного письма ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Такой подход представляется оправданным.

Наряду с комиссией за ведение ссудного счета широкое распространение в банковской практике (до 2011 г.) получила другая процентоподобная комиссия — за обслуживание кредита. Она уплачивается заемщиком, как правило, раз в месяц в процентах от суммы кредита. С экономической точки зрения эта плата покрывает издержки банка,

¹ От комиссии за ведение ссудного счета следует отличать плату, взимаемую с заемщика по договору банковского счета, которые обычно открывает банк. В соответствии с ч. 17 ст. 5 Закона о потребительском кредите все операции по такому счету, связанные с исполнением обязательств по договору потребительского кредита, включая открытие счета, выдачу заемщику и зачисление на счет заемщика потребительского кредита, должны осуществляться кредитором бесплатно. Взимание платы допускается лишь за те платежные услуги, которые не связаны с кредитом.

связанные с отражением на открываемом заемщику ссудном счете операций по выдаче и погашению кредита, напоминанием заемщику о сроках уплаты и подлежащих уплате суммах, предоставлением выписок по ссудному счету, мониторингом финансового состояния заемщика и поручителей, мониторингом реализации инвестиционного проекта, рассмотрением любых заявлений заемщика, имеющих отношение к кредиту, а также консультациями по вопросам, возникающим в ходе исполнения кредитных договоров.

Размер рассматриваемой платы также зависит от срока кредита, что сближает ее с процентами. Однако, в отличие от процентов, она взимается не с остатка задолженности заемщика, а с первоначальной суммы кредита. Это экономически оправданно с точки зрения банка, поскольку средства направляются на покрытие издержек по сопровождению кредита, которые не зависят от остатка задолженности. Следовательно, база расчета данной платы отличается от базы, которая используется для расчета процентов. Кроме того, в договоре обычно не предусматривается право банка на изменение размера комиссии в одностороннем порядке, в то время как размер процентной ставки может изменяться со временем (переменное условие о процентах).

Как и в случае с комиссией за ведение ссудного счета, согласно ч. 19 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) условие о плате за обслуживание кредита следует признать незаконным, поскольку действия банка по обслуживанию кредита являются не чем иным, как исполнением обязанностей, возложенных на него нормативными актами Банка России. Это решение в контексте потребительских кредитов представляется оправданным по тем же причинам, по которым следует поддержать запрещение комиссии за ведение ссудного счета (см. выше).

В то же время, как представляется, в контексте кредитов, выданных иным заемщикам (включая индивидуальных предпринимателей, получающих кредит в коммерческих целях, и коммерческие организации), оснований жестко запрещать такую форму ценообразования, видимо, нет. Подобная комиссия не проходит тест на дополнительную услугу или благо, закрепленный в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, и не может быть легко переквалифицирована в процент (как в случае с комиссией за ведение ссудного счета), так как привязана не к остатку долга, а к сумме изначально выданного кредита, но в свете содержащегося в комментируемом пункте общего дозволения устанавливать различные платы в кредитных договорах, заемщиком по которым не является потребитель, есть все основания считать, что позиция ВАС РФ утратила актуальность. Заем-

щик-коммерсант и банк могут согласовать сколь угодно изощренные способы установления платы по договору кредита в форме сочетания классических процентов и непроцентных платежей. С отдельными злоупотреблениями следует бороться посредством правила п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете злоупотребления правом.

(ж) Плата за рассмотрение кредитной заявки. Рассмотрение кредитной заявки потенциального заемщика предваряет заключение кредитного договора. На этой стадии банк уточняет индивидуальные условия кредитного договора, изучает финансовое положение и проверяет кредитоспособность заемщика. Поскольку кредитный договор не является публичным (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49), у банка отсутствует обязанность заключать его с каждым обратившимся.

Оценка кредитоспособности осуществляется в интересах не только банка, но и заемщика. Широкое распространение на розничном рынке получили кредитные продукты, условия которых зависят от кредитного качества клиента. Значение годовой процентной ставки, например, по продукту в целом устанавливается банком в некотором диапазоне. Заемщику с хорошей кредитной историей банк предлагает заключить договор под более низкую процентную ставку, оценивая вероятность просрочки и невозврата кредита как невысокую. В этом случае условие о размере процентной ставки имеет индивидуальный характер. Таким образом, тщательная оценка банком кредитоспособности заемщика сулит ему явный полезный эффект — уменьшение размера процентных платежей.

В российской банковской практике комиссия за рассмотрение кредитной заявки была достаточно распространена в потребительском кредитовании на заре его становления и до сих пор взимается по предпринимательским кредитным договорам. С середины первого десятилетия XXI в. суды начали принимать решение о признании комиссии незаконной, ущемляющей права потребителей. В п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146 такая комиссия косвенно была признана неправомерной в договорах потребительского кредита. Позднее в ст. 7 Закона о потребительском кредите (займе) были установлены особенности заключения соответствующего договора: содержание заявления о предоставлении потребительского кредита, действия кредитора по его рассмотрению, достижение между сторонами согласия по индивидуальным условиям договора, а также минимальный срок, предоставляемый заемщику для изучения индивидуальных условий. В ней не упоминается о праве кредитора взимать соответствующую плату. С учетом этого обоснован

вывод, что взимание платы за исполнение кредитором обязанности по рассмотрению заявлений о предоставлении потребительского кредита незаконно. Как представляется, это ограничение договорной свободы в контексте потребительских договоров оправданно.

В то же время мы не видим серьезных резонов запрещать взимание такой комиссии в кредитных договорах, заключаемых с коммерсантами. До недавнего времени правомерность взимания таких комиссий вызывала споры. При рассмотрении споров банков с юридическими лицами некоторые суды при определенных условиях соглашались с тем, что такая деятельность составляет предмет самостоятельной возмездной услуги, а в случае потребительского кредита принципиально отрицали такую возможность. Так, до вступления в силу комментируемой нормы некоторые суды, соглашаясь с правом банка на взимание комиссии за рассмотрение кредитной заявки, основывали свою позицию на совместном применении ст. 779 и п. 1 ст. 821 ГК РФ. Право на жизнь соответствующая услуга получает, по мнению суда, в силу п. 1 ст. 821 ГК РФ, согласно которой 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. По мнению таких судов, включение в кредитный договор условия о взимании отдельной платы за рассмотрение кредитной заявки предполагает, что рассмотрение заявки предлагается банком в качестве самостоятельной услуги либо одной из составляющей «услуги» по предоставлению кредита. По смыслу п. 1 ст. 779 ГК РФ услуги должны представлять конечную ценность для заказчика. Следовательно, услуга по рассмотрению кредитной заявки, оказываемая в рамках деятельности по предоставлению кредита, направлена на удовлетворение потребностей потенциального заемщика.

Но Президиум ВАС РФ закрепил в этом отношении более нюансированный подход: комиссия за рассмотрение кредитной заявки, которая по условиям договора уплачивается одновременно при выдаче кредита из денежных средств, подлежащих зачислению на счет заемщика, оценивается судом с применением теста «на самостоятельную услугу» (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Если комиссия предусмотрена за стандартные действия, без совершения которых банк не смог бы заключить и исполнить кредитный договор, такое условие договора согласно данному акту ВАС РФ является ничтожным.

Анализ складывавшейся после этого судебной практики позволяет выделить отдельные признаки, которым должны удовлетворять дейст-

вия банка, для того чтобы взимаемая за них плата (комиссия) приобрела в глазах суда характер вознаграждения за самостоятельную услугу:

- принятие банком отдельного документа, регламентирующего процедуру преддоговорного взаимодействия сторон, рассмотрения кредитной заявки и согласования условий будущего договора;

- наличие этапа взаимодействия сторон, предваряющего подачу кредитной заявки, на котором банк осуществляет предварительное информирование и консультирование клиента;

- влияние результата рассмотрения кредитной заявки на условия кредитного договора (например, на размер процентной ставки, сумму кредита или схему кредитования);

- взимание платы за соответствующую услугу со всех обратившихся лиц вне зависимости от последующего получения кредита.

Рассмотрение кредитной заявки, в результате которого заемщик получает от банка консультации и рекомендации по условиям кредитного договора и схемам кредитования, может быть признано самостоятельной, возмездной, имеющей информационно-консультационную природу услугой. Банковская комиссия в этом случае является вознаграждением за оказание банком таких услуг, уплачиваемым на основании самостоятельного договора, когда заемщику отказано в выдаче кредита.

Если с заемщиком заключается кредитный договор, то плату за рассмотрение кредитной заявки можно признать частью цены кредита, не зависящей от его срока и взимаемой одновременно при заключении договора. В этом случае наименование платы не имеет определяющего значения для выяснения ее правовой природы. Важно, что она взимается в момент выдачи кредита и не возвращается (полностью или частично) при досрочном возврате кредита. Как уже отмечалось, элемент тарифа устанавливается банком в привязке к некоторому совершаемому им действию, даже если оно непосредственно не создает для заемщика какого-либо имущественного блага или иного полезного эффекта, и потому не является услугой в смысле ст. 779 ГК РФ. Само по себе это не означает недействительность такого условия банковского тарифа.

Более того, как представляется, если рассматривать комментируемый пункт как легализующий свободу в установлении банковских комиссий и иных непроцентных платежей по кредитам, выдаваемым коммерсантам, и исходить из того, что эта норма отменяет жесткий «тест на дополнительную услугу», который ВАС РФ закрепил для таких кредитов в Информационном письме Президиума от 13 сентября 2011 г. № 147 в отношении дополнительных фиксированных платежей, не выраженных как некий процент от тела долга, снимается угроза и с комиссией за

рассмотрение кредитной заявки. Впрочем, здесь следует напомнить, что пока ясности в отношении соотношения комментируемого пункта и теста на дополнительную услугу в судебной практике нет.

(3) *Плата за выдачу выписок и справок.* В правоотношении «банк — заемщик» обязанность по учету задолженности возлагается на кредитора. Это означает, что заемщик фактически лишен возможности самостоятельно (без помощи банка) определить сумму основного и процентного долга на текущий момент времени. В лучшем случае он может строго придерживаться графика платежей, приложенного к договору срочного кредита. Но в случае реализации права на досрочный возврат кредита должен будет осведомиться у банка относительно размера долга. Следовательно, на банк должна быть возложена обязанность по выдаче справок и выписок, относящихся к кредитному правоотношению.

Для договоров потребительского кредита взимание таких комиссий было признано незаконным ВАС РФ в п. 14 Информационного письма Президиума от 13 сентября 2011 г. № 146. Суд исходил из того, что потребитель всегда имеет право знать о размере своей задолженности перед банком, сумме уплаченных процентов, предстоящих платежах — с отдельным указанием суммы процентов, подлежащих уплате, и оставшейся суммы кредита. Реализация данного права потребителя не может быть обусловлена уплатой им какого-либо вознаграждения за предоставление такого рода информации. В связи с этим положение кредитного договора о том, что предоставление потребителю необходимой информации является платным, было признано противоречащим ст. 10 Закона о защите прав потребителей.

Запрет на взимание платы за предоставление заемщику раз в месяц информации о состоянии задолженности позже был также установлен в Законе о потребительском кредите (займе) (ч. 2 и 3 ст. 10). Это кажется абсолютно справедливым.

Для кредитов, выдаваемых юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям, ситуация более сложная. Если признать, что информирование заемщика о состоянии его задолженности императивно включено в структуру договорных обязательств банка в силу п. 3 ст. 307 ГК РФ и носит неотъемлемый характер, говорить о том, что такая комиссия проходит «тест на дополнительную услугу», закрепленный в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, сложно. Но с учетом нормы комментируемого пункта, вступившей в силу 1 июня 2018 г., вопрос об актуальности «теста на дополнительную услугу», как уже было отмечено, должен отпасть, и в таком случае подобные комиссии должны признаваться

законными. Но следует учитывать, что данный вопрос о сохранении в силе указанного теста пока в судебной практике не прояснен.

При установлении платы за предоставление информации третьим лицам следует исходить из того, существует ли такая обязанность в силу закона или информация запрашивается по соглашению с заемщиком. Если клиент просит банк предоставить такую информацию, например, для того чтобы подтвердить свою надежность контрагенту или потому что она требуется для органов социального обеспечения, и банк исполняет его просьбу, имеет место оказываемая клиенту отдельная услуга, которая подлежит оплате. Если запрос в банк приходит от уполномоченных государственных органов, взимание с заемщика какой-то комиссии необоснованно.

(и) Плата за отказ от получения кредита. Плата за отказ от получения кредита взимается банками в ситуации, когда после заключения кредитного договора, но еще до выдачи заемщику суммы кредита последний отказывается от него.

Пункт 3 ст. 807 и п. 2 ст. 821 ГК РФ закрепляют, что по общему правилу заемщик вправе отказаться от получения кредита полностью или частично, уведомив об этом кредитора до установленного договором срока его предоставления. Пункт 2 ст. 821 ГК РФ при этом указывает на право сторон согласовать иное (т.е. заблокировать право заемщика на произвольный отказ от договора до получения кредита), но вступивший в силу 1 июня 2018 г. п. 3 ст. 807 ГК РФ допускает, что право заемщика на отказ до получения займа (кредита) может быть заблокировано лишь в договоре, в котором заемщиком является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. В принципе, императивность права заемщика произвольно отказаться от договора до получения потребительского кредита подтверждается и в Законе о потребительском кредите (ч. 1 ст. 11).

Поскольку закон не допускает возможность блокирования права заемщика, не являющегося коммерсантом, на отказ от договора до получения кредита, то не допускается и возможность установить в договоре какую-либо санкцию за такой отказ (ибо реализация права не является нарушением), а также невозможно согласовать и плату за отказ от договора по п. 3 ст. 310 ГК РФ, что прямо следует из п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

Совсем иная ситуация возникает в случае, когда заемщиком выступает коммерсант. Здесь закон допускает блокирование права заемщика на произвольный отказ от договора до получения кредита. А раз возможно полное блокирование такого права, то тем более возможно и сохранение этого права с установлением в договоре конкретной пла-

ты за реализацию права на отказ от договора по п. 3 ст. 310 ГК РФ, что также прямо следует из п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Впрочем, надо помнить, что согласно тому же Постановлению Пленума такая плата может быть снижена в исключительных случаях при ее явной несоразмерности последствиям досрочного разрыва отношений, если требование об уплате всей согласованной платы явно недобросовестно.

Впрочем, возможен и иной путь: стороны могут полностью заблокировать право заемщика на отказ от договора и установить неустойку (фиксированный штраф) за уклонение от получения кредита, т.е. от исполнения кредиторской обязанности. Однако идея о том, что банк может заставить заемщика получить кредит, который тот не желает получать (т.е. каким-то образом в судебном порядке вынудить исполнять кредиторскую обязанность), кажется сомнительной. Разумный банк в такой ситуации просрочки кредитора просто откажется от договора и удовлетворится взысканием убытков. Поэтому добросовестность начисления пени за каждый день уклонения от исполнения кредиторской обязанности может вызывать споры.

(к) Плата за досрочный возврат кредита. О плате за досрочный возврат кредита (займа) и ее разграничении с процентами см. п. 2.4 комментария к п. 2 ст. 810 ГК РФ. Отметим здесь лишь то, что такая плата абсолютно законна в контексте кредитов, привлекаемых в предпринимательских целях, представляет собой плату за одностороннее изменение срока договора и урегулирована в п. 3 ст. 310 ГК РФ, но незаконна в контексте потребительских кредитов в силу той же нормы п. 3 ст. 310 ГК РФ, а также в силу невозможности ограничения императивно закрепленного за потребителем права на досрочный возврат кредита (п. 2 ст. 810 ГК РФ). При этом согласно п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 такая плата может быть снижена судом в исключительных случаях при ее явной несоразмерности последствиям досрочного разрыва отношений, если требование об уплате всей согласованной платы явно недобросовестно.

(л) Некоторые итоги. Как мы видим, в контексте нового законодательства нет оснований блокировать любые непроцентные вознаграждения, которые банк согласовывает с заемщиком, привлекающим кредит в коммерческих целях, так как закон не запрещает исчерпывать встречное предоставление исключительно начислением процента. Такие вознаграждения могут быть установлены за некую дополнительную услугу, которую банк соглашается оказывать заемщику в связи с кредитом, за осуществление некоего секундарного права, которое не закреплено законом императивно или вовсе предоставляется за-

емщику в силу условий договора (например, комиссия за досрочный возврат кредита или комиссия за отказ от получения кредита), за предоставление заемщику некоего секундарного права, опять же не гарантированного заемщику в силу императивных норм закона (например, опционная премия по кредитной линии), но в равной степени такие вознаграждения могут быть предусмотрены за любые элементы типичного кредитного продукта, оплата которых обычно осуществляется за счет процента. Закон не запрещает сторонам выразить цену договора кредита путем комбинации процента и непроцентных платежей. Конкретные злоупотребления неравенством переговорных возможностей мыслимо блокировать за счет контроля *ex post* и правил о недопустимости злоупотребления правом.

Что же касается потребительских кредитов, то здесь какие-либо непроцентные вознаграждения, не представляющие собой оплату неких дополнительных услуг, которые не входят в рамки классического кредитного отношения, под строгим запретом и допускаются только тогда, когда это прямо разрешено Законом о потребительском кредите (займе). Пункт 2 ст. 7 данного Закона допускает взимание отдельной платы за дополнительные услуги (например, подключение заемщику к программе страхования жизни или выпуск и обслуживание кредитной карты, предоставляющей ряд привилегий). В остальных случаях банковские комиссии в таких договорах ничтожны. Это касается как тех комиссий, которые взимаются периодически и привязаны к размеру задолженности, так и тех, которые не могут быть выражены как процент от суммы долга.

В силу прямого указания в Законе о потребительском кредите (займе) банк не вправе взимать плату за:

- рассмотрение заявления о предоставлении кредита (ч. 3 ст. 7);
- оценку кредитоспособности заемщика (ч. 3 ст. 7);
- предоставление условий кредитного продукта в размере, превышающем стоимость изготовления копии соответствующего документа (ч. 5 ст. 5);
- предоставление заемщику общих условий договора потребительского кредита (ч. 7 ст. 7);
- операции по банковскому счету, связанные с исполнением обязательств по договору потребительского кредита (займа), если такой счет является частью кредитного продукта (ч. 17 ст. 5);
- напоминание о наличии просроченной задолженности (ч. 4 ст. 10) и многое другое

Более того, законодатель предусмотрел также общий принцип запрета вознаграждений, который распространяется на все вознагражде-

ния, взимаемые за исполнение установленных законом обязанностей (ч. 19 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)). К таким вознаграждениям может быть также отнесена плата за:

- предоставление графика платежей;
- направление уведомления об изменении условий договора;
- консультирование заемщика относительно условий кредитного продукта и др.

2. Сравнение регулирования кредитного договора и договора займа.

К отношениям по кредитному договору субсидиарно применяются правила, предусмотренные для договоров займа, если иное не вытекает из положений о кредите и существа кредитного договора. Исключения, которые предопределяются существом кредитного договора, составляют нормы, в которых выражаются особенности беспроцентных займов (например, п. 4 ст. 809, абз. 1 п. 2 ст. 810 ГК РФ).

Анализ специальных законов – Закона о потребительском кредите (займе) и Закона о синдицированном кредите (займе) – позволяет прийти к выводу о том, что установленные в них правила в равной мере применяются как к кредитным договорам, так и к договорам займа. Специальные нормы, регулирующие исключительно заем или кредит, в них отсутствуют.

Можно составить полный перечень норм § 1 гл. 42, применяемых к кредитным договорам, – ст. 807 (п. 2, 5, 7), ст. 809 (кроме п. 4), ст. 810 (кроме абз. 1 п. 2), ст. 811, 813, 814. Правила, предусмотренные ст. 817 (кроме абз. 1 п. 3), могли бы быть также распространены на кредитные договоры, заемщиком по которым выступают Российская Федерация, субъект Российской Федерации или муниципальное образование. В то же время в бюджетном законодательстве проводится четкое разграничение между двумя видами государственных заимствований – государственными займами, заключенными путем приобретения государственных облигаций, и кредитами (за исключением бюджетных кредитов) (подробнее о договоре государственного займа и его отношении к кредитному договору см. комментарий к ст. 817 ГК РФ).

С внесением Законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ изменений в регулирование кредитного договора (§ 2 гл. 42 ГК РФ) встает следующий вопрос. Могут ли и в каком объеме специальные правила, относящиеся к кредитным договорам, быть распространены на договоры займа. Укажем на два таких правила.

Новая редакция п. 1 ст. 819 ГК РФ прямо допускает взимание по кредитным договорам не только процентов, но также иных платежей заемщика. В отличие от этого в § 1 гл. 42 в отношении договоров

займа отсутствует прямое указание на право займодавца взимать иные виды платы, кроме процентов. Умолчание законодателя о непроцентных платах в случае займа на первый взгляд может навести на мысль об их запрете. Однако такой вывод представляется ошибочным. Право сторон на включение в договор предпринимательского займа условия о непроцентных платах может быть обосновано принципом свободы договора (ст. 421 ГК РФ). В равной степени такие непроцентные вознаграждения должны ограничиваться для потребительских займов. Как уже было отмечено, регулирование плат (комиссий) в Законе о потребительском кредите (займе) не предполагает каких-либо особенностей для договоров потребительского займа. Аналогичным образом в Законе о синдицированном кредите (займе) не установлено никаких отличий в регулировании участников синдиката кредиторов, которые не являются кредитными организациями, например для негосударственных пенсионных фондов. Заключение договора синдицированного кредита (займа) для этой категории кредиторов будет означать возникновение отношений по займу, что не лишает их права на получение всех предусмотренных договором плат (комиссий) пропорционально их доле в синдицированном кредите. С учетом сказанного можно сделать вывод о том, что п. 1 ст. 819 ГК РФ применим также к договорам займа в части условий о непроцентных платежах заемщика.

Новая ст. 821.1 ГК РФ позволяет сторонам договора предпринимательского кредита предусматривать в договоре случаи, в которых кредитор вправе требовать от заемщика досрочного возврата кредита. В отношении договоров займа подобное правило прямо не сформулировано в § 1. Несмотря на это, не вызывает сомнений допустимость включения соответствующих условий также в договор предпринимательского займа, если заемщиком по договору является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Это в полной мере вытекает из положений п. 2 ст. 310 ГК РФ, допускающего согласование в договоре права на одностороннее изменение договора или отказ от него (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 811 и к ст. 821.1).

Из сказанного следует вывод о том, что названные правила § 2, сформулированные в отношении кредитных договоров, могут быть также распространены на договоры займа. Как представляется, внося изменения в гл. 42, законодатель неудачно выбрал место для помещения новелл. Названные выше нормы следовало бы включить в § 1, что сразу распространило бы их действие на договоры займа и кредитные договоры. Все это еще раз демонстрирует, что сейчас никаких оснований для дифференцированного регулирования договоров кредита и договоров процентного консенсуального займа нет, а сохранение

в ГК РФ параграфа о кредите является, скорее, просто данью традиции (см. также п. 1.5 комментария к ст. 807 ГК РФ).

Статья 820. Форма кредитного договора

Кредитный договор должен быть заключен в письменной форме.

Несоблюдение письменной формы влечет недействительность кредитного договора. Такой договор считается ничтожным.

Комментарий

(а) Письменная форма кредитного договора. Согласно п. 1 ст. 434 ГК РФ для договоров конкретного вида законом может быть установлена определенная форма. Комментируемая норма устанавливает обязательную письменную форму для кредитных договоров. Стороной кредитного договора всегда является юридическое лицо — кредитная организация. Поэтому необходимость заключения кредитного договора как минимум в простой письменной форме следует уже из подп. 1 п. 1 ст. 161 ГК РФ, которая устанавливает категории сделок, совершаемых в простой письменной форме.

Письменная форма кредитного договора подразумевает, что стороны составляют документ или несколько документов, содержащих условия договора, которые подписываются лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами.

По общему правилу, установленному п. 1 ст. 162 ГК РФ, несоблюдение простой письменной формы сделки ограничивает право сторон спора на использование свидетельских показаний при возникновении споров о факте совершения сделки и ее содержании. Но в отличие от общего правила, действующего в том числе для договоров займа (см. комментарий к ст. 808 ГК РФ), несоблюдение письменной формы кредитного договора согласно данной норме влечет его ничтожность.

В теории указывается несколько оснований для ограничения свободы сторон выбирать форму договора: обеспечение необходимых доказательств возникновения и содержания правоотношения в случае последующего возникновения спора, достижение большей определенности обязательств и многое другое (см. комментарий к ст. 808 ГК РФ). Кредитное правоотношение отличают сложность и разнообразие. Кроме того, обычной практикой является обеспечение исполнения обязательства заемщика по возврату кредита, что порождает потребность в обеспечении транспарентности условий кредитного обязательства

для третьих лиц, предоставивших обеспечение (поручителей или залогодателей). С учетом этого установление в данной норме жестких последствий несоблюдения письменной формы кредитного договора является обоснованным.

(б) Кредитный договор на бумажном носителе. Кредитный договор чаще всего составляется на бумажном носителе. В рамках такой технологии договор может заключаться следующими способами.

Во-первых, письменная форма будет считаться заключенной, если стороны в соответствии с п. 1 ст. 433 ГК РФ обменялись отдельными документами, каждый из которых подписан отправителем, если в рамках такого документационного обмена речь идет об оферте и акцепте (например, заявка на кредитование и подтверждение согласия на условия заявки). На практике такой способ в контексте кредитных договоров используется редко.

Во-вторых, письменная форма считается соблюденной и тогда, когда в ответ на письменную оферту другая сторона совершила конклюдентные действия (п. 3 ст. 434 и п. 3 ст. 438 ГК РФ). Например, заемщик направляет заявку на кредитование, а банк перечисляет запрошенную сумму кредита.

В-третьих, кредитный договор может оформляться в виде бумажного документа, подписанного собственноручными подписями представителя банка и заемщика (или представителя последнего).

Наконец, в-четвертых, кредитный договор может быть заключен путем составления нескольких документов. Существует ряд причин, в силу которых стороны иногда прибегают к этому способу заключения договора. Так, кредитор часто определяет отдельные условия договора (общие условия договора) самостоятельно и стандартизирует их, предполагая неоднократное использование во взаимоотношениях с заемщиками; в составлении таких общих условий заемщики, как правило, не участвуют. Эти условия договора удобно оформлять в виде отдельного документа (стандартизированного документа о правилах кредитования), который воспроизводится кредитором типографским способом. Индивидуальные же условия удобно оформлять в виде отдельного документа, отсылающего к стандартизированному формуляру.

Для всех указанных вариантов соответствующий документ должен быть подписан (п. 1 ст. 160 ГК РФ), а п. 3 ст. 160 ГК РФ намекает на то, что по общему правилу такая подпись должна быть собственноручной, но вряд ли данное требование должно толковаться настолько буквально, чтобы исключить признание письменной формы соблюденной

в ситуации, когда такой подписи на бумажном документе нет, но не остается никаких сомнений, что соответствующий документ исходил от соответствующей стороны (например, если условия оферты опубликованы в печати, и установлено, что соответствующая публикация одобрена руководством банка). Эту позицию поддержал и ВС РФ (см. п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Впрочем, на практике такие ситуации в контексте кредитных сделок встречаются нечасто.

(в) Кредитный договор, заключаемый посредством обмена электронными документами. Кредитные договоры могут заключаться сторонами дистанционно с использованием электронных средств связи. Такая практика распространена на рынке межбанковского кредитования, при заключении договоров с гражданами и юридическими лицами (субъектами малого и среднего предпринимательства).

Но здесь мы сталкиваемся с проблемой определения требований к электронной технологии заключения договора, описанной в комментарии к ст. 808 ГК РФ. Суть проблемы, напомним, в том, что согласно п. 2 ст. 434 ГК РФ договор в письменной форме может быть заключен путем обмена электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющим достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. При этом согласно п. 2 ст. 160 ГК РФ по общему правилу использование при совершении сделок аналога собственноручной подписи допускается в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. А Закон об электронной подписи в его системном толковании с положениями указанных двух норм ГК РФ оставляет сомнения в отношении того, будет ли по общему правилу считаться соблюдением письменной формы сделки обмен электронными документами, не заверенными никакими электронными подписями (например, посредством обычных электронных сообщений), а также заверенными простой электронной подписью или усиленной неквалифицированной подписью. При определенном (консервативном) прочтении закона получается, что письменная форма сделки будет считаться соблюденной при обмене электронными документами, заверенными простой или усиленной неквалифицированной подписями только тогда, когда между сторонами имеется ранее заключенный договор, который легализует такой вариант подписания, а по общему правилу требуется использование лишь усиленной квалифицированной подписи. Этому подходу противостоит либеральный подход, который не выводит из сочетания данных норм идею о необходимости обязательной легализации простой

электронной подписи в некоем ранее заключенном на бумажном носителе соглашении. Данный вопрос в полной мере в судебной практике не прояснен (подробнее см. комментарий к ст. 808 ГК РФ). Как бы то ни было, в практике банковского кредитования преимущественно стараются избегать этого подводного камня. При желании использовать обмен электронными документами, удостоверяемыми простой электронной подписью, при оформлении кредитных отношений банк вначале заключает с заемщиком договор на бумажном носителе, который на будущее легализует электронную форму оформления договоров с использованием простой электронной подписи (с подтверждением в форме СМС-сообщений, логинов и паролей и т.п.).

Далее мы разберем складывающуюся практику электронного оформления кредитных межбанковских и потребительских договоров.

(i) Межбанковский кредит.

Межбанковские кредитные договоры часто заключаются дистанционным образом. Банки, намеренные совершать в будущем такие сделки, заключают между собой на бумажном носителе так называемое генеральное соглашение об операциях на межбанковском рынке. Уполномоченных сотрудников банков, которые ведут переговоры и заключают сделки, называют дилерами.

Договором обычно предусматриваются два способа заключения сделок межбанковского кредитования:

1) путем обмена сообщениями, содержащими идентичные существенные условия сделки, по системам *SWIFT*, телекс или предоставляя друг другу письменные сообщения, подписанные уполномоченными лицами и скрепленные печатями сторон;

2) посредством проведения переговоров по системе «Рейтер Дилинг»; в этом случае сделка считается заключенной с момента достижения согласия между дилерами сторон по всем существенным условиям.

Заключенные таким способом кредитные сделки следует признать отдельными договорами, заключаемыми на основании рамочного договора (ст. 429.1 ГК РФ). Наличие такого договора позволяет сторонам предварительно договориться о признании юридической силы последующих кредитных сделок, если при заключении таковых используется простая электронная подпись. Если сделка заключается, например, с использованием телекоммуникационной системы *SWIFT*, то требования ГК РФ к простой письменной форме договора (п. 2 ст. 160, п. 2 ст. 434 ГК РФ) выполняются в силу следующих обстоятельств. В системе используются стандартные формы сообщений, имеющие форму документа. Пользователи имеют возможность получить от самой системы справки, идентифицирующие абонента — отправителя

информации. Аналогичным образом при использовании системы «Рейтер Дилинг» дилеры до начала переговоров вводят идентификационные коды, которые можно признать аналогом собственноручной подписи. Тем самым исполняется требование закона о необходимости достоверно установить противоположную сторону (п. 2 ст. 434 ГК РФ) даже без использования квалифицированной электронной подписи.

(ii) Потребительский кредит.

Дистанционному порядку заключения договора потребительского кредита (займа) присущи особенности, которые оказывают непосредственное влияние на достижение требуемой формы договора. Согласно ч. 14 ст. 7 Закона о потребительском кредите (займе) документы, необходимые для заключения договора потребительского кредита, включая индивидуальные условия договора и заявление о предоставлении кредита, могут быть подписаны сторонами с использованием аналога собственноручной подписи способом, подтверждающим ее принадлежность сторонам в соответствии с требованиями федеральных законов, и направлены с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети «Интернет». Таким образом, документы, составляемые при заключении договора, могут быть подписаны сторонами собственноручно или с использованием аналога собственноручной подписи.

В практике потребительского (банковского) кредитования чаще всего используются следующие аналоги собственноручной подписи:

- усиленная электронная подпись – со стороны банка;
- *PIN*-код или иная простая электронная подпись – со стороны заемщика.

Но для того, чтобы исключить риски, связанные с возможным консервативным прочтением закона судами, банки допускают использование простой электронной формы подписи заемщика при заключении кредитного договора только после того, как в некоем изначально заключенном договоре между сторонами такой подписи придается правовое значение.

Наиболее типичная ситуация имеет место тогда, когда в договоре о выпуске кредитной карты допускается изъявление заемщиком воли на кредитование посредством использования самой карты как электронного средства платежа и соответствующих средств дополнительной аутентификации, отвечающих критериям простой электронной подписи. Согласно п. 3 ст. 847 ГК РФ договором банковского счета может быть предусмотрено удостоверение прав распоряжения денежными суммами, находящимися на счете, электронными средствами платежа и другими документами с использованием в них аналогов

собственноручной подписи, кодов, паролей и иных средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом. При использовании платежных карт Банк России признает такие коды и пароли аналогами собственноручной подписи (п. 1.11 Положения Банка России от 24 декабря 2004 г. № 266-П).

Примером простой электронной подписи, используемой на основании ранее заключенного договора при кредитовании посредством использования кредитной карты, является *PIN*-код. *PIN*-код – это персональный идентификационный номер, индивидуальный код, присваиваемый карте и используемый держателем карты при совершении операций с карты в качестве аналога его собственноручной подписи. Наряду с *PIN*-кодом при совершении операций по карте расчетные документы, оформляемые с помощью карты, могут быть подписаны с использованием аналога собственноручной подписи держателя карты в виде постоянного или одноразового пароля.

Банки предоставляют своим клиентам услуги по проведению операций и совершению сделок посредством персонального компьютера, подключенного к сети «Интернет», и мобильного телефона (смартфона). Могут в такой форме осуществляться и сделки кредитования, как минимум если такая форма легализована в ранее заключенном между сторонами договоре. Доступ клиента к этим услугам осуществляется при условии его успешной идентификации и аутентификации на сайте банка или в специальном приложении на основании идентификатора пользователя и постоянного пароля. Операции в системе обычно подтверждаются одноразовыми паролями, которые вводятся при их совершении. Клиент часто получает одноразовые пароли в СМС-сообщении, отправленном на номер его мобильного телефона (при условии подключения к соответствующей услуге). В договоре стороны соглашаются с тем, что электронные документы, подтвержденные постоянным и (или) одноразовым паролем, признаются ими равнозначными документам на бумажном носителе. Документальным подтверждением факта совершения операции является протокол проведения операций в автоматизированной системе банка, подтверждающий корректную идентификацию и аутентификацию клиента и совершение операции.

Итак, дистанционное заключение договора потребительского кредита с использованием заемщиком простой электронной подписи чаще всего происходит в случае, если заемщик уже открыл в банке-кредиторе банковский счет и при этом в заключенном договоре имеется указание на возможность заключения дальнейших сделок в отношениях между сторонами с использованием простой электронной подписи. Это

означает, что на практике широкие возможности для выбора порядка электронного взаимодействия с заемщиком при заключении кредитных сделок существуют в случае, если он уже был идентифицирован кредитором и между сторонами заключено обычное письменное соглашение на бумажном носителе, которое среди прочего укажет на возможность использования простой электронной подписи и порядок ее использования. В частности, для направления клиенту индивидуальных условий и иных документов, составляемых при заключении договора, кредитор вправе использовать так называемый личный кабинет клиента, электронную почту и иные средства связи.

При этом следует учитывать, что кредитным организациям запрещено открывать счета физическим лицам без личного присутствия открывающего счет лица либо его представителя (ч. 5 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов). А согласно ст. 8 Закона о потребительском кредите (займе) «передача и использование электронного средства платежа заемщиком допускаются только после проведения кредитором идентификации клиента в соответствии с требованиями, предусмотренными законодательством Российской Федерации». Допускается ситуация, когда прием документов, удостоверяющих личность клиента — физического лица, проверка надлежащего оформления документов, полноты представленных сведений и их достоверности, заверение копий документов осуществляются как должностным лицом кредитной организации, так и иным уполномоченным кредитной организацией лицом, не являющимся ее сотрудником, вне помещения кредитной организации, и эти документы направляются в кредитную организацию, в том числе с использованием соответствующих средств связи. Но возможности использования простой электронной подписи для подписания кредитных и иных договоров граждан с кредитными организациями кардинально расширились с принятием Федерального закона от 31 декабря 2017 г. № 482-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Закон закрепил механизм интерактивной удаленной аутентификации и идентификации клиента кредитной организации — физического лица с использованием его биометрических персональных данных, а также сведений о нем, содержащихся в ЕСИА. Идентифицированный таким способом гражданин вправе без его личного присутствия с использованием сети «Интернет» заключать с кредитными организациями не только кредитные договоры, но также договоры банковского вклада и счета, используя при этом простую электронную подпись (п. 5.8 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов).

В соответствии с новым порядком отпадает необходимость заключения между банком и клиентом отдельного соглашения, в силу которого информация в электронной форме, подписанная простой электронной подписью, признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе (ч. 2 ст. 6 Закона об электронной подписи). Процедура прохождения удаленной идентификации и заключения кредитного договора включает два шага. Сначала банк по поручению клиента и с его согласия осуществляет сбор и обработку его персональных данных, включая биометрические персональные данные. Собранные таким образом данные о гражданине, в том числе изображение лица и голос, передаются в ЕСИА и единую биометрическую систему. Эта информация доступна всем кредитным организациям, соответствующим установленным законом критериям (п. 5.7 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов). Одновременно с прохождением первичной идентификации гражданин получает ключ простой электронной подписи. На втором шаге заключение кредитного договора осуществляется удаленно с использованием сети «Интернет» при успешном прохождении удаленной идентификации и соответствии условиям отсутствия причастности к легализации и отмыванию доходов, полученных преступным путем, экстремистской и (или) террористической деятельности. Кредитный договор подписывается полученным в ходе первого шага ключом простой электронной подписи. Соответствующий электронный документ признается равнозначным документам на бумажном носителе, подписанным собственноручной подписью гражданина (ч. 1 ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности).

Перечень кредитных организаций, которые обязаны осуществлять сбор и передачу персональных данных клиента — физического лица, включая биометрические персональные данные, и требования к таким организациям устанавливаются Банком России. Открывать гражданину счета (вклады) на основе пройденной удаленной идентификации при соблюдении условий об отсутствии подозрений в причастности указанного лица к легализации и отмыванию доходов, полученных преступным путем, экстремистской и (или) террористической деятельности, имеют право как организации, обязанные проводить сбор и передачу персональных данных клиента — физического лица, так и иные кредитные организации.

Механизм удаленной идентификации заработал 30 июня 2018 г. С этого момента сбор биометрических данных доступен более чем в 400 точках банковского обслуживания в 140 городах России. Банки будут постепенно обеспечивать в своих структурных подразделениях

сбор биометрических данных по мере готовности их технологической инфраструктуры. Ожидается, что до конца 2019 г. такой сервис должны будут предоставлять все структурные подразделения банков в каждом регионе присутствия.

(г) Особенности оформления кредитного договора с использованием общих условий. При массовом (розничном) кредитовании кредиторы самостоятельно разрабатывают, стандартизируют и определяют для многократного использования при заключении договоров с заемщиками (прежде всего потребителями, индивидуальными предпринимателями и небольшими корпорациями) бóльшую часть условий кредитных договоров. Индивидуальному согласованию или определению с учетом специфики конкретного договора и заемщика обычно подлежат лишь ряд существенных условий (размер кредита, срок, процент и т.п.).

В теории такие стандартизированные условия договора называются общими, в законодательстве данный термин получил закрепление лишь в отношении договора потребительского кредита (займа) и прямо не упоминается в ст. 428 ГК РФ. Использование кредитором общих условий непосредственно влияет на оформление кредитного договора.

Заемщик в большинстве случаев (за исключением тех, когда сумма кредита оправдывает индивидуальный подход к согласованию всего текста договора) лишен фактической возможности влиять на общие условия договора. Он вынужден либо принять их целиком так, как их определил кредитор, либо отказаться от заключения договора. Фактическое неравенство сторон при формулировании условий договора является проявлением так называемой договорной диспропорции.

Практическая потребность в общих условиях объясняется тем, что использование стандартных текстов договоров при осуществлении коммерческой деятельности позволяет в упрощенном порядке учитывать особенности конкретного типа сделки, исключить возможные сомнения при толковании норм закона и восполнить имеющиеся пробелы. Тем самым отпадает необходимость в расходовании времени на обсуждение всех деталей договора, хотя и ценой значительного отказа от свободы усмотрения заемщика. Обратная сторона такого упрощения проявляется в том, что кредиторы с большей легкостью могут переложить коммерческий риск на клиентов, особенно когда те не имеют возможности или желания проводить юридическую проверку предложенных им договорных условий.

Можно выделить два практических способа включения общих условий в кредитный договор (как документ). Во-первых, они могут быть непосредственно включены в документ, содержащий текст договора.

В практике банковского кредитования для этого используют формуляры (формы) договоров, часть полей которых заполняют вручную или с использованием компьютерной техники. Во-вторых, общие условия могут содержаться в отдельном документе, ссылка на который включается в основное соглашение, подписываемое сторонами. Часто оба способа комбинируют: одна часть общих условий помещается в формуляре договора, а другая — в отдельном, прилагаемом к нему документе. Для различения общих и индивидуальных условий договора можно предложить следующий тест. Если используемые кредитором форма (формуляр) договора и регламент (процедура) его заключения допускают возможность изменения рассматриваемого условия по предложению заемщика, то такое условие следует признать индивидуально согласуемым. В противном случае оно будет общим.

Сторона договора, определяющая в одностороннем порядке часть его условий и намеренная многократно использовать их для заключения сделок с клиентами, может использовать выигрышную переговорную позицию для того, чтобы заранее сформулировать наиболее выгодные для себя оговорки. Так, она может включить в договоры условия, которые хотя и не противоречат закону, тем не менее являются необычными или неожиданными для другой стороны, ограничивают ответственность лица, предлагающего услуги, существенно отклоняются от диспозитивных норм закона или нарушают баланс прав и обязанностей клиента таким образом, что тот как сторона договора оказывается поставлен в явно обременительное положение. Специальное регулирование в гражданском праве общих условий договоров (сделок) преследует цель исправления договорной диспропорции, защиты слабой стороны, исключения или ограничения действия несправедливых условий договора.

За рубежом широко применяются и подлежат регулированию общие условия (*standard terms*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*) договоров любого типа, а не только договоров потребительского кредита. Ключевой особенностью этого регулирования является предоставление судам компетенции контролировать справедливость соответствующих общих условий, которые формально закону не противоречат, но могут существенно нарушать справедливый баланс интересов сторон. В российском законодательстве соответствующий судебный контроль *ex post* справедливости условий договора присоединения устанавливается в п. 3 ст. 428 ГК РФ. Несмотря на то что российский законодатель использует понятие «договор присоединения», фактически контролируется справедливость стандартных условий. Как разъяснил ВАС РФ (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября

2011 г. № 147), применение правил ст. 428 ГК РФ не исключается тем фактом, что в договоре могут оказаться отдельные условия, согласованные индивидуально с заемщиком: в таком случае судебный контроль *ex post* справедливости применяется к стандартным условиям.

В то же время следует учесть, что на практике такой судебный контроль *ex post* справедливости договорных условий достаточно интенсивно применяется в основном в отношении потребительских кредитных договоров, и здесь, как правило, применяется не ст. 428 ГК РФ, несколько неудачная и предполагающая необходимость обращения в суд с иском об изменении договора, а п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей, который в его интерпретации судами превращается в правило о ничтожности любых явно несправедливых условий потребительских договоров (несмотря на то что сам буквальный текст нормы посвящен несколько иному вопросу). К бизнес-кредитам же мыслимо применение именно ст. 428 ГК РФ, но и здесь достаточно спорным является вопрос о том, достаточно ли только одного лишь факта стандартизации договорных условий для того, чтобы суд получил карт-бланш на контроль справедливости договорных условий сугубо коммерческого договора, или при оценке вынужденности присоединения к стандартным условиям необходимо анализировать наличие или отсутствие у присоединившейся стороны возможности избежать принятия подобных условий путем заключения договора с иными банками. Судебная практика пока окончательно не определилась, а сам вопрос носит преимущественно политико-правовой характер. Подробнее о применении ст. 428 ГК РФ см. Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16¹.

(д) Табличная форма индивидуальных условий договора потребительского кредита. В соответствии с п. 1 ст. 160 ГК РФ законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма сделки. Такие требования установлены Законом о потребительском кредите к форме договора потребительского кредита (займа).

Условия договора потребительского кредита (займа) разделяются на две группы — общие условия и индивидуально согласованные сторонами условия договора (ч. 1 ст. 5 Закона о потребительском кредите). Все условия договора, которые не были согласованы сторонами

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 870–883 (автор комментария к ст. 428 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

индивидуально, признаются общими. Согласно ч. 3 ст. 5 Закона о потребительском кредите общие условия договора потребительского кредита устанавливаются кредитором в одностороннем порядке в целях многократного применения.

Часть 12 ст. 5 Закона о потребительском кредите накладывает на кредитора обязанность отражать индивидуальные условия договора потребительского кредита в табличной форме, установленной Банком России. Целью предоставления индивидуальных условий в табличной форме является акцентированное доведение до заемщика основных условий договора, достижение согласия по которым является обязательным для заключения договора. Табличная форма индивидуальных условий утверждена Указанием Банка России от 23 апреля 2014 г. № 3240-У. Таблица индивидуальных условий состоит из общего заголовка и трех граф: 1) порядковый номер; 2) условие; 3) содержание условия. Формулировки второй графы «Условие» определены в названном Указании и не могут быть изменены сторонами. Графа «Содержание условия» заполняется кредитором и содержит индивидуальные условия заключаемого договора потребительского кредита (займа). В таблице индивидуальных условий стороны должны согласовать 18 обязательных условий в порядке, установленном Указанием Банка России от 23 апреля 2014 г. № 3240-У. Если стороны пожелают согласовать дополнительно иные индивидуальные условия, таблица индивидуальных условий дополняется строками, содержащими такие условия, после строки 16 с продолжением нумерации по порядку.

Помимо таблицы индивидуальных условий, в правом верхнем углу первой страницы договора должна размещаться информация о полной стоимости потребительского кредита (займа) — в процентах годовых и в денежном выражении — в квадратных рамках площадью не менее чем 5% площади первой страницы договора.

Перед таблицей обычно указывается информация о сторонах договора и виде кредита, к которому относятся индивидуальные условия. Кредитор может предусмотреть место для проставления подписей сторон. Такая компоновка передаваемого заемщику документа является максимально приближенной по форме к обычному тексту договора и облегчает ознакомление заемщика с индивидуальными условиями.

Таблица индивидуальных условий может содержаться в отдельном документе, передаваемом заемщику вместе с общими условиями договора потребительского кредита (займа), либо включаться в текст договора, содержащего общие условия.

Законодателем предъявляются специальные требования не только к форме, но и к шрифту индивидуальных условий договора потреби-

тельского кредита (займа), а именно индивидуально согласованные условия договора должны доводиться до заемщика способом, не затрудняющим его восприятие, т.е. четким, хорошо читаемым шрифтом.

Действующее законодательство прямо не устанавливает специальных требований к шрифту договора. В связи с этим само понятие четкого, хорошо читаемого шрифта является оценочным. К шрифту договора потребительского кредита (займа) должны применяться общие требования, предъявляемые к предоставлению информации потребителю. В силу требований ст. 8 и 10 Закона о защите прав потребителей потребитель имеет право на получение необходимой и достоверной информации об услугах, обеспечивающих возможность их правильного выбора. Данная информация должна доводиться до сведения потребителя в наглядной и доступной форме, не затрудняющей визуальное восприятие текста. При этом применяются общие требования санитарных правил и нормативов «Гигиенические требования к изданиям книжным для взрослых. СанПиН 1.2.1253-03».

Таблица 6

Индивидуальные условия договора потребительского кредита (займа)

№ п/п	Условие	Содержание условия
1.	Сумма кредита (займа) или лимит кредитования и порядок его изменения	
2.	Срок действия договора, срок возврата кредита (займа)	
3.	Валюта, в которой предоставляется кредит (заем)	
4.	Процентная ставка (процентные ставки) в процентах годовых, а при применении переменной процентной ставки – порядок ее определения, соответствующий требованиям Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)», ее значение на дату предоставления заемщику индивидуальных условий	
5.	Порядок определения курса иностранной валюты при переводе денежных средств кредитором третьему лицу, указанному заемщиком	

5.1.	Указание на изменение суммы расходов заемщика при увеличении используемой в договоре переменной процентной ставки потребительского кредита (займа) на один процентный пункт начиная со второго очередного платежа на ближайшую дату после предполагаемой даты заключения договора	
6.	Количество, размер и периодичность (сроки) платежей заемщика по договору или порядок определения этих платежей	
7.	Порядок изменения количества, размера и периодичности (сроков) платежей заемщика при частичном досрочном возврате кредита (займа)	
8.	Способы исполнения заемщиком обязательств по договору по месту нахождения заемщика	
8.1	Бесплатный способ исполнения заемщиком обязательств по договору	
9.	Обязанность заемщика заключить иные договоры	
10.	Обязанность заемщика по предоставлению обеспечения исполнения обязательств по договору и требования к такому обеспечению	
11.	Цели использования заемщиком потребительского кредита (займа)	
12.	Ответственность заемщика за ненадлежащее исполнение условий договора, размер неустойки (штрафа, пени) или порядок их определения	
13.	Условие об уступке кредитором третьим лицам прав (требований) по договору	
14.	Согласие заемщика с общими условиями договора	
15.	Услуги, оказываемые кредитором заемщику за отдельную плату и необходимые для заключения договора, их цена или порядок ее определения, а также согласие заемщика на оказание таких услуг	
16.	Способ обмена информацией между кредитором и заемщиком	

Необходимо обратить внимание на то, что наименования отдельных индивидуальных условий в таблице (и в Указании Банка России от 23 апреля 2014 г. № 3240-У) сформулированы иначе, чем в п. 1–16 ч. 9 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе). Банк России сделал содержание табличной формы максимально понятным для заемщика-потребителя. Приведение в таблице индивидуальных условий дословных формулировок в том виде, в каком они указаны в Законе, могло бы затруднить понимание их содержания заемщиками, не обладающими специальными знаниями (например, п. 5, 8, 13 таблицы).

В отношении наименования условий в рассматриваемой таблице следует сделать еще одно замечание. Как показали недавно проведенные в рамках проекта по развитию финансовой грамотности исследования, восприятие и понимание содержания предложенных условий образованным и среднестатистическим заемщиком существенно различаются¹. Большая часть опрошенных граждан, например, сообщила, что условие 8.1 «Бесплатный способ исполнения заемщиком обязательств по договору», по их мнению, относится к ситуации, когда заемщик вправе пользоваться кредитными средствами бесплатно. Хотя в действительности речь идет лишь о бесплатном способе перевода кредитору денежных средств. Данный пример показывает, что при подготовке нормативных актов, адресованных к применению самым широким кругам граждан, следует обращать повышенное внимание на ясность и однозначность формулировок, исключающих неверное толкование лицами, которые не обладают специальными знаниями. Возможно, при издании таких актов их проекты должны проходить специальную экспертизу на предмет точности понимания нормы потенциальным пользователем (фокус-группы, глубинные интервью, лингвистический анализ и пр.)².

¹ Материалы V Банковской юридической конференции «Правовая неопределенность и юридические риски в банковской практике», 28–29 ноября 2018 г.

² Третья от кредиторов доведения до заемщика индивидуальных условий в единообразной (табличной) форме, законодатель упрощает последнему сравнение и выбор между кредитными продуктами различных кредиторов. На это же нацелено большое число норм Закона о потребительском кредите (займе), касающихся порядка предоставления информации на преддоговорном этапе и процедуры заключения договора. В соответствии с ч. 7 ст. 7 Закона при получении от кредитора индивидуальных условий заемщик вправе изучать их в течение как минимум пяти рабочих дней (больший срок может быть установлен кредитором), прежде чем выразить согласие. Однако, как свидетельствует практика, лишь несколько процентов заемщиков действительно пользуются представленной законом возможностью сравнивать индивидуальные условия (предложения) разных банков. В связи с этим уместно поставить вопрос о неэффективности принятой законодателем модели регулирования отношений по потребительскому кредиту (займу). Оценка эффективности правового воздействия и соответствия

Не все из перечисленных в ч. 9 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) и помещенных в таблицу индивидуальных условий договора потребительского кредита в действительности согласуются в индивидуальном порядке кредитором и заемщиком. Часть из них определяется кредитором в одностороннем порядке и не допускает изменений по предложению заемщика (п. 3, 5, 7, 8, 8.1, 10–13, 16 таблицы). Эти условия соответствуют всем признакам общих условий договора. Для большей точности указанные в таблице 18 условий договора следовало бы назвать условиями (информацией, сведениями), подлежащими максимально наглядному раскрытию в тексте договора.

В соответствии с замыслом российского законодателя, заемщик должен получить возможность ознакомиться со всеми основными условиями договора из формы, включающей 18 указанных индивидуальных условий, к которой прилагается отдельный документ, содержащий общие условия договора. Как указано выше, 10 из 18 индивидуальных условий в действительности могут оказаться общими в смысле ч. 3 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе), поскольку кредитор не допускает возможности их изменения по предложению заемщика. Под индивидуальным согласованием таких «общих» индивидуальных условий следует понимать не полноценное участие заемщика в формулировании и определении их содержания, а сам факт помещения их в табличную форму. Тем самым обеспечивается их акцентированное доведение до заемщика. В отличие от этого действительно индивидуальные условия (например, условия о сумме или о сроке кредита) изначально определяются самим заемщиком и включаются им в заявление о предоставлении кредита (займа).

Закон о потребительском кредите (займе) не устанавливает правовых последствий несоблюдения кредитором табличной формы индивидуальных условий, поэтому подлежит применению общее правило. Руководствуясь абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ и комментируемой статьей, можно было бы решить, что отсутствие или дефект табличной формы (невключение в нее отдельных условий) влечет ничтожность кредитного договора. Однако такое решение очевидным образом ущемляет права заемщика-потребителя, который уже распорядился суммой полученного кредита: применение последствий недействительности влечет обязанность ее возврата. По этой причине в зарубежных правовых порядках стремятся сохранить действительность кредитного договора (санация договора) даже при наличии пороков формы, возникших

действующего регулирования уровню правовой культуры общества выходит за рамки настоящего комментария.

не по вине потребителя. Содержание спорных условий договора при этом определяется в пользу заемщика. Если же кредит еще не был предоставлен, препятствий для аннулирования договора не существует. Интересам заемщика отвечает признание договора с дефектом формы оспоримой сделкой, например, по основаниям, предусмотренным п. 2 ст. 179 (обман) или ст. 178 (заблуждение) ГК РФ. В этом случае он, как потерпевшая сторона, самостоятельно определяет судьбу договора.

Наиболее оперативным способом защиты прав заемщика-потребителя может стать применение Закона о защите прав потребителей. В соответствии с п. 1 ст. 12 указанного Закона заемщик вправе отказаться от исполнения кредитного договора, сославшись на отсутствие в договоре полной информации об услуге. В случае спора, правда, потребуются доказать суду, что под полнотой информации следует понимать не просто включение в договор определенных условий, но и их надлежащее оформление (помещение в табличную форму). Отказ от исполнения договора приемлем лишь тогда, когда заемщик готов немедленно вернуть кредитору сумму кредита.

(е) Стандартные формы договора синдицированного кредита. Синдицированный кредит — это кредит, который предоставляется несколькими кредиторами. Благодаря этому заемщик может увеличить сумму кредита (займа), а кредиторы — разделить риски. Несмотря на кажущуюся простоту определения синдицированный кредит имеет сложную правовую конструкцию (подробнее о синдицированном кредите см. п. 1.9 комментария к ст. 819 ГК РФ).

На зарубежных и международных кредитных рынках широко используются так называемые стандартные формы договора синдицированного кредита. Стандартная форма договора рассматривается кредиторами и заемщиком в качестве исходной точки для начала переговоров и потому представляет собой каркас, к которому добавляется множество индивидуальных, специально согласованных сторонами условий. Это позволяет сторонам при ведении переговоров сконцентрироваться на коммерческих особенностях сделки и тех дополнительных правах и обязанностях, которые накладываются на банки и заемщика. Так, например, особенно серьезное внимание в ходе переговоров уделяется так называемым ковенантам. Содержанием переговорного процесса здесь является поиск баланса между стремлением заемщика не допустить введения условий, значительно ограничивающих его экономическую свободу и дающих банкам дополнительные основания для акселерации долга, и потребностью кредиторов максимально контролировать уровень кредитного риска

посредством включения в договор соответствующих ковенантов. Благодаря единообразию структуры и формулировок облегчается сравнение итоговых договоров, позволяющее выделить их отличия от стандарта или иные особенности формы.

Стандартные формы договора разрабатываются профессиональными объединениями, в которых участвуют кредиторы и юридические консультанты. Такие объединения создавались по мере становления кредитных рынков. В 1995 г. в Нью-Йорке была основана Американская Ассоциация синдицированного кредитования (*Loan Syndications and Trading Association (LSTA)*), некоммерческая торговая ассоциация, объединившая участников рынка кредитов с плавающей ставкой. Ее целями были заявлены защита интересов рынка и повышение доверия инвесторов. Сходные задачи решает созданная в Лондоне годом позже Ассоциация кредитного рынка (*Loan Market Association (LMA)*). За более чем 20-летнюю историю существования *LMA* подготовила большое количество стандартов, руководств и рекомендаций. Они сгруппированы в зависимости от рынка (первичный, вторичный) и вида кредита (заемщика). Разработаны формы документов, рекомендуемые для вторичного рынка (*Secondary Trading Documents*), выпущены шесть рекомендуемых форм договоров для первичного рынка, различающихся в зависимости от количества используемых при кредитовании валют (одно или мультивалютные) и типа кредита (срочный кредит или возобновляемая кредитная линия). В документацию включены поручение на организацию кредита (*Mandate Letter*), таблица с основными условиями кредита (*Term Sheet*), а также соглашения об использовании аккредитива и краткосрочной кредитной линии (*swingline*). Подготовлен обеспеченный стандартный договор, предназначенный для использования в сделках финансирования слияний и поглощений (*leveraged loan*). Позже были опубликованы специализированные кредитные соглашения, имеющие целевой характер, — кредитование заемщиков на развивающихся рынках, финансирование приобретения недвижимости, предэкспортное финансирование. Следуя пожеланиям участников, *LMA* провела работу по подготовке национальной документации, адаптированной к практике заключения международных сделок. В 2002 г. был выпущен стандартный кредитный договор (*investment grade*), регулируемый французским, в 2007 г. — немецким, а в 2013 г. — испанским правом.

В целях развития отечественного рынка и его стандартов, основанных на российском праве, весной 2011 г. Ассоциация банков России (Ассоциация «Россия») создала Комитет по синдицированному кредитованию, в который вошли представители почти 30 кредитных

организаций. К его деятельности подключились также ведущие международные юридические фирмы, являющиеся членами *LMA* и имеющие большой опыт сопровождения международных сделок. Через четыре года Комитетом была подготовлена стандартная форма договора синдицированного кредита, подчиненного российскому праву¹.

Эта стандартная форма имеет ту же конструкцию, что и подчиненный английскому праву стандарт *LMA*. Для обеспечения точности формулировок в договоре используются определения, включенные в первый раздел. Структура договора имеет модульный характер. Это позволяет учесть особенности конкретной сделки, например включить в договор дополнительные определения и условия, сохраняя при этом его структуру. Единая договорная структура всех договоров, построенных на стандарте *LMA*, служит прежде всего повышению оборотоспособности кредитных требований. Она упрощает участникам вторичного рынка понимание договора. Наряду с этим единообразие обеспечивается также на уровне отдельных договорных условий (разделов договора). Несмотря на это, те элементы договора, которые касаются коммерческих деталей сделки, в том числе финансовые показатели, общие обязательства, основания досрочного истребования кредита по инициативе кредиторов (ковенанты), а также условие об уступке и даже более стандартные условия о дополнительных затратах (*increased costs*), дестабилизации рынка (*market disruption*), могут различаться в конкретных сделках.

Следует указать на роль стандартной (типовой) формы договора как источника регулирования (а также классификации, типизации и пр.) банковских сделок. В развитых правовых системах, независимо от правовой семьи, роль таких форм оказывается крайне высокой. В некодифицированном английском праве внедрение профессиональным сообществом соответствующего стандарта означает появление нового банковского инструмента. В Германии сходную роль играют общие условия сделок (*AGB*), а также специальные условия отдельных банковских продуктов и типовые договоры (*Mustervertrag*), которые принимаются федеральными банковскими союзами.

Близкой стандартному кредитному договору правовой категорией, по-видимому, следует признать базовый стандарт совершения сделок на финансовом рынке, который обязаны разрабатывать для своих членов саморегулируемые организации в сфере финансового

¹ Используемый российскими банками стандартный договор синдицированного кредита размещен на сайте Ассоциации «Россия» <https://asros.ru/ru/activities/syndicate/stnsnd>: <https://asros.ru/ru/activities/syndicate/stnsnd>.

рынка (СРО) (ст. 5 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 223-ФЗ «О саморегулируемых организациях в сфере финансового рынка»). Эти стандарты дополняют и детализируют нормы государственного регулирования. Базовые стандарты обязательны для исполнения всеми некредитными финансовыми организациями соответствующего вида и потому их следует признать источником права, регулирующим деятельность названных организаций. Проекты базовых стандартов разрабатываются СРО, а затем утверждаются Банком России. В то же время действие данного Закона не распространяется на деятельность кредитных организаций. Поэтому отнесение стандартного договора синдицированного кредита к базовым стандартам профессиональных объединений носит условный характер. Банковские союзы и ассоциации не обладают статусом СРО.

Необходимо также отметить важные отличия стандартного договора от базового стандарта СРО:

- договор не является обязательным для применения кредитными организациями;

- его отдельные положения, которые касаются вопросов, прямо не урегулированных в законе, могут (а со временем должны) быть признаны обычаями (ст. 427 ГК РФ);

- стороны конкретной сделки могут изменять и адаптировать положения стандартного договора, при этом они принимают на себя правовые риски недействительности вносимых изменений;

- законом не предусмотрены полномочия Банка России рекомендовать применение стандартных договоров, разработанных банковскими союзами и ассоциациями, но они могут быть выведены при расширительном толковании целей деятельности и функций Банка России (ст. 3–4 Закона о Банке России), согласно которым Банк России отвечает за развитие банковской системы и проведение единой государственной денежно-кредитной политики.

Так каков сейчас статус этой стандартной документации (помимо того, что она являет собой рекомендацию, адресованную участникам финансового рынка опираться на нее в качестве исходного текста для переговоров по заключению договора синдицированного кредита)?

Во-первых, такая стандартная документация может выполнять роль так называемых примерных условий договора, которые могут стать частью заключенного договора согласно ст. 427 ГК РФ при наличии прямой отсылки к тексту таких примерных условий в договор. Как указано в п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, «для определения условий договоров стороны могут воспользоваться примерными условиями (стандартной документацией), разработан-

ными в том числе саморегулируемыми и иными некоммерческими организациями участников рынка для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати (статья 427 ГК РФ)». Как здесь же уточнил ВАС РФ, «при этом стороны могут своим соглашением предусмотреть применение таких примерных условий (стандартной документации) к их отношениям по договору как в полном объеме, так и частично, в том числе по своему усмотрению изменить положения стандартной документации или договориться о неприменении отдельных ее положений».

Тот факт, что в стандартной документации по синдицированным кредитам содержится значительное число опциональных или вариативных элементов, которые могут включаться или выбираться по желанию сторон, не препятствует такой квалификации. Примерные условия становятся частью договора в той степени, в которой они не противоречат прямо согласованным сторонами условиям и при этом устанавливают конкретные типовые условия. Если в стандартизированной документации, к которой отсылает договор, имеются опциональные условия и стороны не осуществили выбор одной из возможных альтернатив, допускаемых примерными условиями, в этой части эти условия просто не применяются к отношениям сторон.

Также следует отметить, что в силу того же п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «если при заключении договора стороны пришли к соглашению, что его отдельные условия определяются путем отсылки к примерным условиям (статья 427 ГК РФ), судам следует учитывать, что при внесении в эти примерные условия изменений последние распространяют свое действие на возникающие из договора отношения лишь в случае, когда это прямо предусмотрено сторонами либо в самом договоре, либо в последующем соглашении».

Но все это актуально только для той ситуации, когда в заключенном договоре синдицированного кредита имеется прямая отсылка к применению указанной стандартной документации. Ожидать широкого распространения такой практики вряд ли возможно в силу все той же опциональности многих положений этой документации.

Теоретически возможно и иное применение указанной стандартизированной документации. Она может при определенных условиях рассматриваться как фиксация обычая. В таком случае как минимум некоторые фрагменты этой документации могут применяться к отношениям по синдицированному кредиту субсидиарно даже при отсутствии прямой отсылки к их тексту в заключенном договоре. В силу п. 2 ст. 427 ГК РФ «в случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к от-

ношениям сторон в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным статьей 5 и пунктом 5 статьи 421 настоящего Кодекса». Напомним, что в силу ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ обычай по общему правилу применяется лишь тогда, когда вопрос не урегулирован в диспозитивной норме закона или договоре, т.е. в исключительно субсидиарном режиме. В комментируемой главе отсутствует отсылка к применяемым в банковской практике обычаям как к источнику регулирования заемно-кредитных отношений. Но в такой отсылке нет необходимости, ибо имеется общее указание ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ, наделяющее обычай природой источника права.

Но для использования российской стандартной документации по синдицированному кредитованию в качестве обычая имеется одно ключевое препятствие. Пункт 2 ст. 427 ГК РФ допускает такую роль стандартной документации, если соблюдаются условия, указанные в ст. 5 ГК РФ. Согласно же п. 1 ст. 5 ГК РФ обычаем признается «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения». То же указано и в п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Пока же говорить о сложившейся широкой практике использования обсуждаемой стандартной документации при выдаче синдицированных кредитов по российскому праву сложно, ибо сам рынок синдицированного кредитования в нынешних сложных экономических условиях развивается не очень активно. Поэтому неудивительно, что случаев, когда суды признали бы отмеченную выше стандартную банковскую документацию обычаями оборота, пока не было выявлено. Но нет формальных препятствий к тому, что дальнейшее развитие рынка и распространение практики использования такой документации в качестве базы для составления текстов договоров синдицированного кредита постепенно сформирует отсутствующие пока условия для признания за теми или иными положениями стандартной документации природы обычая.

Статья 821. Отказ от предоставления или получения кредита

1. 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.

2. Заемщик вправе отказаться от получения кредита полностью или частично, уведомив об этом кредитора до установленного договором срока

его предоставления, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором.

3. В случае нарушения заемщиком предусмотренной кредитным договором обязанности целевого использования кредита (статья 814) кредитор вправе также отказаться от дальнейшего кредитования заемщика по договору.

Комментарий

1. Отказ от предоставления кредита. Закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ с 1 июня 2018 г. допустил существование консенсуального займа, поэтому ранее закрепленные в ст. 821 ГК РФ правила об отказе от предоставления или получения кредита были продублированы в § 1, посвященном регулированию заемных отношений. В результате комментируемая статья почти дословно повторяет положения п. 3 ст. 807 ГК РФ.

Поскольку правила для займа субсидиарно применяются к кредитному договору (п. 2 ст. 819 ГК РФ), сохранение п. 1 ст. 821 ГК РФ в новой редакции гл. 42 представляется излишним. Авторы реформы ГК РФ предлагали поместить в статью под указанным номером правила о потребительском кредите, что нашло отражение в законопроекте, прошедшем первое чтение в 2012 г. Но спустя год был принят Закон о потребительском кредите (займе), и стало очевидно, что содержащиеся в нем правила существенно расходятся с проектируемой ст. 821 ГК РФ. В итоге от идеи изменить содержание комментируемой статьи было решено отказаться. Законодатель посчитал нецелесообразным повторять в ней концептуальные положения недавно принятого специального закона. Он также не признал утратившей силу прежнюю редакцию, что часто практикуется в других законах, но не в ГК РФ (хотя ст. 815–816 ГК РФ с 1 июня 2018 г. прекратили свое действие).

Детальное рассмотрение отказа от предоставления или получения займа содержится в комментарии к п. 3 ст. 807 ГК РФ. Все, что было отмечено в комментарии к п. 3 ст. 807 ГК РФ в отношении отказа от предоставления займа по консенсуальному договору займа, *mutatis mutandis* применимо и к договору кредита.

2. Отказ заемщика от получения кредита. Комментируемая норма также является избыточной с учетом того, что законодатель в свете легализации консенсуального займа установил в п. 3 ст. 807 ГК РФ аналогичное общее правило о займе. Само право заемщика произвольно отказаться от договора до момента получения займа или кредита

кажется в целом приемлемым (подробнее об этом праве см. комментарий к п. 3 ст. 807 ГК РФ).

2.1. Нарушение систематики. Но при этом налицо одно очевидное несоответствие редакций абз. 2 п. 3 ст. 807 ГК РФ и нормы комментируемого пункта. Дело в том, что абз. 2 п. 3 ст. 807 ГК РФ допускает установление в договоре, заемщиком по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, запрета на такой отказ, что от обратного означает невозможность блокирования права заемщика на отказ в договоре, по которому заемщиком является гражданин, получающий заем в личных и не связанных с коммерцией целях. В то время как комментируемый пункт, устанавливая право заемщика на произвольный отказ от договора до получения кредита в качестве диспозитивного правила, не делает аналогичной оговорки. Отсюда, однако, не следует, что в договоре потребительского кредита в отступление от общих правил о займе допускается ограничить право заемщика на отказ от исполнения договора до получения кредита. В ч. 1 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе) такое право заемщика прямо предусмотрено, а в силу п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей эта норма является императивной, и условие договора об ином будет являться ничтожным.

2.2. Плата за отказ от кредита. Плата за отказ от кредита взимается банками в ситуации, когда после заключения кредитного договора, но еще до выдачи заемщику суммы кредита последний отказывается от него. Если в договоре предпринимательского кредита установлена обязанность заемщика по получению кредита, то плата за отказ может быть определена в договоре как:

- мера ответственности (штраф, неустойка), налагаемая на заемщика за неисполнение возложенной на него обязанности (ст. 330 ГК РФ);
- плата за односторонний отказ от исполнения обязательства (п. 3 ст. 310 ГК РФ) или непроцентный платеж по кредитному договору (п. 1 ст. 819 ГК РФ).

Включение соответствующего условия в договоры потребительского кредита следует признать незаконным, поскольку потребитель наделен правом на отказ от кредита императивной нормой.

При отказе заемщика от получения кредита возникает вопрос о судьбе вознаграждений (компенсаций), уплачиваемых заемщиком при заключении договора или выплате кредита. Например, если комиссии за рассмотрение кредитной заявки и выдачу кредита были описаны в кредитном договоре как часть цены кредита, кредитор будет обязан вернуть их заемщику при отказе последнего от кредита. Можно предположить, что положение кредитора будет более благоприятным, если эти

комиссии будут описаны как возмещение расходов кредитора или плата за оказание самостоятельных услуг (подробнее о платежах (комиссиях) по кредитному договору см. комментарий к п. 1 ст. 819 ГК РФ).

3. Право на отказ от договора при нарушении условий о целевом использовании кредита. Если первые два пункта комментируемой статьи просто повторяют нормы п. 3 ст. 807 ГК РФ и, по-видимому, были сохранены в новой редакции ГК РФ по недоразумению, то положение п. 3 отличает иной недостаток — очевидная фрагментарность. Дело в том, что правило ст. 814 ГК РФ, появившееся в общих положениях о займе во времена господства представлений о реальности договора займа, вполне естественно упоминало лишь акселерацию долга на случай нарушения заемщиком своих обязанностей по целевому использованию займа. Не было смысла писать об отказе от выдачи займа на будущее при нецелевом использовании заемщиком ранее полученных по данному договору траншей заемного финансирования, так как обязанность выдавать заем правом не признавалась. То же касается и положений п. 2 ст. 811 ГК РФ о праве на акселерацию при просрочке и ст. 813 ГК РФ о праве на акселерацию при утрате обеспечения или ухудшении его условий. Упущение исторического законодателя состояло в том, что при формулировании норм ГК РФ о кредите (т.е. консенсуальном договоре, который вполне может предусматривать выдачу кредита частями) он забыл указать, что при наступлении указанных в ст. 811, 813 и 814 ГК РФ обстоятельств банк вправе не только произвести акселерацию, но и отказаться от предоставления кредита (новых выборок).

В рамках реформы ГК РФ в трех названных статьях, посвященных договору займа, законодателю следовало установить также право займодавца на отказ от выдачи новых частей заемного предоставления на случай указанных в этих статьях нарушений (для случая консенсуального займа). Тогда эти нормы оказывались бы автоматически применимы как к консенсуальному займу, так и к кредитному договору (см. также п. 2 комментария к ст. 819 ГК РФ). Но законодатель поступил вместо этого крайне непоследовательно. Никаких дополнений в общие правила ст. 811, 813 и 814 ГК РФ в отношении права на отказ от выдачи займа по консенсуальному договору не было сделано. В то же время в правила о кредите пробралась комментируемая норма, которая установила такое право для банка по договору кредита, но только для случая его нецелевого использования.

Сама норма не вызывает сомнений, но сложно объяснить, почему, во-первых, она не установлена в ст. 814 ГК РФ для всех консенсуальных договоров займа и действует только для кредита, и, во-вторых,

законодатель, говоря о нецелевом использовании, не включил случаи нарушения графика платежей (п. 2 ст. 811 ГК РФ) и ухудшения (утраты) обеспечения (ст. 813 ГК РФ). Если признать, что параграф о кредите в гл. 42 после легализации консенсуального займа стал избыточным и оставлен в ГК РФ, видимо, как дань традиции, то такое небрежное отношение законодателя к его наполнению может быть объяснено, но не оправдано. По существу же следует заметить следующее.

Во-первых, нет никаких сомнений в том, что правило комментируемого пункта должно по аналогии применяться также к целевому консенсуальному займу (подробнее см. комментарий к ст. 814 ГК РФ).

Во-вторых, банк вправе отказаться от предоставления кредита по заключенному договору не только в случае нецелевого использования ранее выданного по договору финансирования, но и в случае существенных просрочек при обслуживании последнего (п. 2 ст. 811 ГК РФ), а также в случае утраты обеспечения или ухудшения его условий (ст. 813 ГК РФ). Аналогичным правом на отказ наделен займодавец по консенсуальному договору займа, предусматривающему «раскрытие» заемного предоставления по частям (заемная линия). Этот вывод следует из толкования закона и принципа *a fortiori*: если закон позволяет производить в указанных случаях акселерацию, влекущую куда более тяжелые последствия для заемщика, то тем более займодавец (банк) вправе отказаться от договора на будущее. Так что даже если в договоре консенсуального займа (кредита) право на отказ от выдачи займа (кредита) при возникновении подобных нарушений не указано, это право следует из закона. Последнее крайне важно, так как, если бы мы пришли к выводу, что из закона право на отказ не следует, попытки банков включить в договоры условия о таком отказе оказались бы успешными только в контексте сугубо коммерческих договоров кредита и не имели бы силы для потребительских кредитных сделок в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ (подробнее о праве на отказ от договора консенсуального займа или кредита по основаниям, указанным в п. 2 ст. 811 ГК РФ и ст. 813 ГК РФ, см. комментарии к данным статьям).

Статья 821.1. Требование кредитора о досрочном возврате кредита

Кредитор вправе требовать досрочного возврата кредита в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, а при предоставлении кредита юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю также в случаях, предусмотренных кредитным договором.

Комментарий

(а) Правовая природа досрочного возврата кредита. В правовой теории и судебной практике сформировались две противоположные точки зрения на то, как следует квалифицировать требование кредитора о досрочном возврате суммы кредита (займа): согласно первому подходу, оно представляет собой реализацию права на односторонний отказ от договора (расторжение); согласно второму, содержание требования о досрочном возврате сводится к одностороннему изменению кредитором срока кредита (займа). В обоих случаях требуют разрешения вопросы о порядке расчета процентов и иных вознаграждений, причитающихся кредитору, о судьбе акцессорных обеспечительных обязательств, о порядке уведомления заемщика о досрочном возврате кредита (займа) и о применении их последствий, предусмотренных ГК РФ (в том числе п. 2 и 4 ст. 453 ГК РФ).

Судебная практика по рассматриваемой проблеме долгое время была противоречивой. Кредиторы в случае просрочки должника чаще заявляют требование о досрочном возврате суммы кредита (займа), не требуя расторжения кредитного договора (договора займа), т.е. не претендуя на прекращение каких-либо обязательств. Но очень распространено и сочетание требования о досрочном возврате кредита (акселерация долга) с заявлением об отказе от договора или исковым требованием о расторжении кредитного договора. Когда договор предполагает кредитование в будущем (например, по договору кредитной линии), это кажется вполне логичным, но применение такой практики в обычных срочных кредитах, когда суть требования банка состоит не в прекращении обязательства заемщика, а в изменении срока его исполнения, демонстрирует некоторую неопределенность правовой природы акселерации долга.

В последние годы судебная практика высших судов в основном придерживается подхода, согласно которому акселерация долга являет собой осуществление банком секундарного права на одностороннее изменение условия о сроке кредита, и заявление об акселерации долга само по себе не прекращает обязательств (т.е. не направлено на расторжение договора). Но такое заявление может сочетаться с заявлением об отказе от договора или судебным расторжением договора, если речь идет о длежащем кредитном обязательстве: у банка имеются обязанности по кредитованию данного заемщика в будущем (например, по кредитной линии), и банк, истребуя выданный ранее кредит досрочно, желает одновременно прекратить свои обязательства на будущее (п. 7–8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г.

№ 147). Воспринимает акселерацию долга не в качестве механизма расторжения, а в качестве одностороннего изменения срока исполнения и последняя практика ВС РФ (определения КГД ВС РФ от 8 ноября 2011 г. № 46-В11-20 и от 23 июня 2015 г. № 5-КГ15-37). Такой подход нашел свое отражение и в ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе), нормы которого явно разделяют требование о расторжении договора и требование об акселерации долга, допуская как совместное использование данных средств защиты, так и их сепаратное применение (подробнее о плюсах и минусах такого подхода и правовой природе акселерации долга см. комментарий к ст. 811 ГК РФ).

Указанное секундарное право на акселерацию осуществляется путем направления заемщику требования о досрочном погашении кредита при наступлении соответствующих оснований для акселерации, установленных в законе или договоре. Право на досрочный возврат кредита осуществляется по правилам ст. 165.1 ГК РФ. Поэтому по общему правилу в договорных отношениях срок погашения считается измененным с момента, когда соответствующее уведомление доставлено контрагенту или считается доставленным по правилам ст. 165.1 ГК РФ (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В договоре может быть предусмотрено, что обязанность по возврату кредита должна быть исполнена заемщиком немедленно с момента получения данного уведомления (что является обычным для предпринимательских кредитов) либо по истечении установленного договором срока.

С момента доставки такого заявления заемщику срок погашения кредита считается в одностороннем порядке измененным (если основания для акселерации действительно имеют место). Если заемщик не производит досрочного погашения долга, он попадает в просрочку в отношении всей суммы кредита, и на нее начинают начисляться проценты за просрочку или договорные пени в дополнение к процентам за пользование кредитом.

Закон не предусматривает отсрочки, и при его буквальном прочтении получается, что заемщик обязан погасить весь долг, по которому произведена акселерация, немедленно. Такое решение не представляется приемлемым, поскольку чаще всего заемщику необходимо некоторое время, чтобы аккумулировать средства для погашения долга, по которому произведена акселерация. Наказывать заемщика за то, что он не вернул весь (возможно, очень значительный) кредит на следующий же день после того, как он получил уведомление об акселерации, несправедливо. Иногда высказывается позиция, в соответствии с которой последствия уведомления определяются правилами для займа

с неопределенным сроком (п. 1 ст. 810 ГК РФ): сумма кредита должна быть возвращена заемщиком в течение 30 дней со дня предъявления займодавцем требования об этом. Этот компромисс представляется логичным в качестве правила, действующего по умолчанию, если иной срок не согласован в договоре. В договоре потребительского кредита согласно прямому указанию ч. 2 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе) такая отсрочка составляет 30 дней и не может быть сокращена. В договоре предпринимательского кредита может предусматриваться и более короткий срок. Подробнее о такой отсрочке см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ.

(б) Источник возникновения оснований для акселерации. По источнику установления «случаи досрочного возврата кредита» могут быть разделены на три группы:

- 1) предусмотренные в ГК РФ;
- 2) предусмотренные в иных законах;
- 3) согласованные сторонами в кредитном договоре (для предпринимательских кредитов).

В комментируемой статье, как и в целом в гл. 42 ГК РФ (в отличие от других видов банковских договоров), законодатель не предусмотрел возможность регулирования отношений по займу и кредиту с использованием банковских правил, применяемых в банковской практике обычаев или стандартных договорных форм, разработанных профессиональным объединением (по аналогии со ст. 940 ГК РФ). Но представляется, что при рассмотрении и толковании спорных договорных условий у суда имеется право обращаться к стандартной документации, используемой российскими банками. Например, Ассоциация банков России опубликовала в 2015 г. стандартный договор синдицированного кредита, в котором определены 18 случаев досрочного возврата кредита. Это не означает, что все указанные в данном документе случаи по умолчанию считаются включенными в любой договор синдицированного кредита, но данные формулировки могут иногда помочь суду правильно истолковать те или иные ковенанты, включенные в заключенный договор.

(в) Основания истребования (акселерации) кредита, предусмотренные ГК РФ. В гл. 42 ГК РФ предусмотрено несколько оснований для истребования (акселерации) кредита: нарушение заемщиком сроков возврата части кредита (займа) (п. 2 ст. 811 ГК РФ), невыполнение заемщиком обязанностей по обеспечению кредита (займа), утрата обеспечения или ухудшение его условий (ст. 813 ГК РФ), нецелевое

использование заемщиком кредита (займа) или уклонение от контроля за его использованием (ст. 814 ГК РФ) (подробнее см. комментарии к указанным статьям).

Также в нормах ГК РФ, регулирующих способы обеспечения исполнения обязательств, можно найти немало положений, устанавливающих право кредитора заявить акселерацию обеспеченного долга.

Так, например, ст. 336, 343, 351 ГК РФ определяют случаи, при которых залогодатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства императивно или при включении соответствующего условия в договор залога. Право потребовать досрочного возврата кредита, обеспеченного залогом, возникает у кредитора, если:

- залогодатель не предупредил залогодержателя о всех известных ему к моменту заключения договора правах третьих лиц на предмет залога (п. 3 ст. 336 ГК РФ);

- предмет залога, оставленный у залогодателя, выбыл из его владения не в соответствии с условиями договора залога (п. 1 ст. 351 ГК РФ);

- предшествующий залогодатель не был уведомлен о последующем залоге (п. 4 ст. 342, п. 2 ст. 351 ГК РФ).

Перечисленные выше случаи с большой натяжкой можно признать «ухудшением условий обеспечения», а тем более его «утратой».

В случае залога права п. 1 ст. 358.7 ГК РФ по общему правилу наделяет кредитора-залогодержателя правом потребовать досрочного исполнения обязательства, если должник залогодателя нарушил свои обязанности, предусмотренные ст. 358.6 ГК РФ. К таким нарушениям относится неисполнение обязательства, право по которому заложено, залогодателю, залогодержателю или указанному им лицу, если это предусмотрено договором залога. В то же время залогодержатель не вправе требовать досрочного исполнения основного обязательства, исполнение которого было обеспечено залогом права, если заложенное право прекратилось в связи с окончанием срока его действия до обращения на него взыскания залогодержателем (п. 5 ст. 358.1 ГК РФ). Если объектом залога выступает ценная бумага и по условиям договора залога залогодатель обязан согласовывать с залогодержателем свои действия по осуществлению удостоверенных ей прав, залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, когда залогодатель нарушает указанную обязанность.

Некоторые из вышеописанных норм могут толковаться расширительно или применяться по аналогии закона и приводить к увеличению количества случаев доступности акселерации.

Например, как представляется, из расширительного толкования п. 2 ст. 811 ГК РФ вполне можно вывести, что у банка имеется право на акселерацию долга не только при нарушении обязательств по возврату тела кредита, но и при возникновении просрочки по уплате процентов, а также по иным денежным обязательствам заемщика (например, законные комиссии). Более спорной является возможность выведения из закона (либо расширительного толкования п. 2 ст. 811 ГК РФ или положений п. 2 ст. 328 ГК РФ) права на акселерацию в ответ на существенное нарушение любых иных обязательств заемщика (подробнее см. п. 2.3 комментария к ст. 811 ГК РФ).

Также встает вопрос о том, означает ли норма ГК РФ о праве кредитора потребовать от заемщика досрочного возврата суммы кредита и уплаты причитающихся процентов при ухудшении условий обеспечения по обязательству (ст. 813 ГК РФ), что банк может производить акселерацию долга по кредиту при уменьшении стоимости заложенного имущества, при котором стоимость обеспечения окажется меньше суммы задолженности. Как представляется, описанная ситуация в полной мере вписывается в рамки ухудшения условий обеспечения (см. п. «г» комментария к ст. 813 ГК РФ). Но в судебной практике применительно к потребительским кредитам условие о праве кредитора потребовать досрочного возврата кредита при уменьшении стоимости заложенного имущества признается недействительным, как ущемляющее права потребителя (п. 5 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденного Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.). Этот вывод Суда спорен. Как представляется, имеются определенные основания данную ситуацию подводить под действие ст. 813 ГК РФ как в контексте обычных займов и кредитов, так и потребительских кредитов. Если залогом выступает земельный участок и его стоимость в силу тех или иных обстоятельств (например, из-за размещения по соседству свалки бытового мусора или полигона) кардинально снизилась, что сделало большую часть непогашенного долга фактически необеспеченным, вполне можно говорить об ухудшении условий обеспечения.

Другой пример: если при заключении договора заемщик предоставил банку или займодавцу недостоверные заверения о своем финансовом состоянии, наличии тех или иных активов или лицензий, доходах, структуре корпоративного контроля в корпорации, бенефициарах и т.п., и эта информация имела существенное значение, займодавец или банк вправе заявить отказ от договора по правилам п. 3 ст. 431.2 ГК РФ, а также взыскать убытки. Право на акселерацию долга на слу-

чай вскрытия недостоверности заверений ГК РФ не упоминает. Но такое право кажется очень уместным. Представляется справедливым, если банк, узнав о том, что заемщик дал ему недостоверные заверения о своем финансовом состоянии (т.е., по сути, обманул), будет иметь право на досрочный возврат кредита. Оспаривание сделки по составу обмана (ст. 179 ГК РФ) здесь не самое лучшее решение, ибо тогда банк потеряет право на взыскание договорных процентов. Возможно, имеет смысл право на акселерацию в такой ситуации вывести из расширительного толкования п. 3 ст. 431.2 ГК РФ с учетом специфики заемно-кредитных отношений.

Аналогичная проблема возникает в ситуации, когда займодавец или банк выявили, что заемщик вступил в сговор с его менеджментом или представителями при получении займа или кредита. Классическая для России ситуация: заемщик предоставляет «откат» менеджменту банка за то, что тот согласится закрыть глаза на те или иные проблемы с кредитоспособностью. Да, в такой ситуации, выявив этот сговор, руководство банка (чаще всего новое, поставленное, например, в результате санации или перехода банка под контроль другого собственника или государства) договор может оспорить по правилам п. 2 ст. 174 ГК РФ. Но не логичнее ли дать банку право на акселерацию долга, без аннулирования договора? Аннулирование договора может лишить банк права на начисление процентов по согласованной ставке.

Более спорный вопрос — это право на акселерацию долга при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о дефолте заемщика в будущем или повышающих риски дефолта. Закон такого права займодавцу не дает. Положения ст. 807 и 821 ГК РФ дают ему применительно к такой ситуации лишь право на отказ от договора на будущее. Вопрос может оказаться актуальным в тех случаях, когда договор не предусматривает периодическое погашение долга, и заемщик обязан вернуть его через несколько лет единым платежом. Вопрос о том, стоит ли, как минимум в контексте таких ситуаций, вывести право на акселерацию из творческого толкования закона, не вполне в нашем праве прояснен и заслуживает серьезного обсуждения (подробнее см. подп. «и» п. 3.1 комментария к ст. 807 ГК РФ).

(г) Основания досрочного истребования (акселерации) кредита, предусмотренные в иных законах.

(i) Закон о банках и банковской деятельности. Комментируемая норма в некоторой степени перекликается с положениями ч. 2 и 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности. В соответствии с ч. 2 и 4

названной статьи кредитная организация вправе в одностороннем порядке сократить (изменить) срок действия кредитного договора с индивидуальными предпринимателями и юридическими лицами, если это предусмотрено федеральным законом или договором, а кредитного договора с гражданами – только если это предусмотрено федеральным законом. Если под сокращением срока договора в одностороннем порядке понимать секундарное право кредитора на уменьшение срока кредита (досрочное истребование кредита), то тождественность обеих норм становится очевидной (см. также п. «а» комментария к настоящей статье выше). Следует учитывать, что соответствующее законоположение впервые было сформулировано в Законе о банках и банковской деятельности в 1996 г., на заре становления нового российского гражданского права, что объясняет неидентичность формулировок ст. 821 ГК РФ и указанных норм.

Сложности возникают при толковании ч. 2 ст. 33 Закона о банках и банковской деятельности. При нарушении заемщиком обязательств по кредитному договору она наделяет банк правом досрочно взыскивать предоставленные кредиты и начисленные по ним проценты, *если это предусмотрено договором*. Буквальное толкование данной статьи позволяет прийти к выводу, что любая неисправность заемщика – как предпринимателя, так и потребителя – служит основанием для досрочного истребования кредита, если такое право закреплено в кредитном договоре. Но это, во-первых, лишало бы смысла целый ряд норм ГК РФ, устанавливающих по умолчанию право банка (займодавца) заявить об акселерации при нарушении заемщиком своих обязательств (например, п. 2 ст. 811, ст. 814 ГК РФ). Очевидно, что эта странная норма ни в коей мере не блокирует право банка на акселерацию долга, если нарушение подпадает под действие правил ст. 811, 813 и 814 ГК РФ или иных положений ГК РФ или других законов, дающих банку право на акселерацию: в таких случаях банк вправе заявить акселерацию, даже если такое право банка прямо не было упомянуто в договоре. Но даже если данная норма ч. 2 ст. 33 Закона о банках и банковской деятельности понимается как допускающая установление в договоре права банка на акселерацию долга при иных, не упомянутых в законодательстве прямо нарушений обязательств заемщика полученный результат будет некорректен. Ведь в силу ч. 2 и 4 ст. 29 того же Закона, а также ст. 821.1 ГК РФ возможности установления в договоре таких оснований ограничены в контексте ряда типов кредитных договоров (см. п. «д» комментария к настоящей статье). Иначе говоря, данная норма не подлежит применению, будучи вытеснена иными законодательными положениями.

(ii) *Закон о потребительском кредите (займе)* конкретизирует отдельные основания акселерации, определенные в ГК РФ, а также устанавливает дополнительные случаи истребования.

Во-первых, согласно ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе) основанием досрочного истребования срочного потребительского кредита, заключенного на срок более 60 дней, является нарушение заемщиком сроков возврата основной суммы долга и (или) уплаты процентов по договору потребительского кредита продолжительностью (общей продолжительностью) более чем 60 календарных дней в течение последних 180 календарных дней (ч. 2 ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе)). Выбор законодателем сроков, по истечении которых у кредитора появляется право требовать досрочного возврата кредита и (или) расторжения кредитного договора, не является случайным. В соответствии со стандартами банковского регулирования, при просрочке заемщика по основному долгу и (или) процентам более чем 60 календарных дней в течение последних 180 календарных дней банк относит ссуду к категории неудовлетворительных. По таким ссудам банк обязан сформировать резерв на возможные потери по ссуде в размере от 21 до 100% (Положение Банка России от 28 июня 2017 г. № 590-П). Кумулятивная просрочка продолжительностью 60 дней должна быть накоплена заемщиком в течение полугода (180 дней). Это исключает ситуацию, когда несколько технических просрочек, образовавшихся в течение длительного срока по долгосрочному кредиту (займу), дают кредитору право потребовать досрочного возврата. Таким образом обеспечивается дополнительная защита заемщика. В случае непрерывной просрочки кредитор вправе заявить требование о досрочном возврате и (или) расторжении договора потребительского кредита (займа) по истечении 60 дней с момента первого неплатежа заемщика. Обычно это означает, что заемщик пропускает два последовательных ежемесячных платежа, предусмотренных графиком платежей.

Более того, указанный Закон предоставляет заемщику 30-дневный срок для исполнения этого требования о досрочном погашении долга. Просрочка заемщика в отношении всей оставшейся и подвергнутой акселерации части долга наступает только по истечении этих 30 дней.

В соответствии с буквальным прочтением правил, установленных в ГК РФ, право требовать досрочного возврата кредита возникает у кредитора немедленно после малейшего пропуска срока, установленного для возврата очередной части кредита (п. 2 ст. 811 ГК РФ), и при этом займодавец не обязан предоставлять заемщику разумный срок в отношении погашения всей суммы долга, подвергнутой акселерации. Жесткость этих правил, как показано в комментарии к п. 2

ст. 811 ГК РФ, можно и нужно ограничивать за счет принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ, п. 3 ст. 307 ГК РФ), но формально ГК РФ об этих требованиях умалчивает. Закон же о потребительском кредите (займе) данные вопросы разрешает прямо.

Закон гарантирует право заемщика на информацию о наличии и размере просроченной задолженности. При этом действует «правило двух уведомлений». Первое уведомление о наличии просроченной задолженности по договору потребительского кредита (займа) направляется заемщику не позднее семи дней с даты возникновения просроченной задолженности (ч. 4 ст. 10 Закона). Второе уведомление о досрочном возврате потребительского кредита (займа) и (или) расторжении договора потребительского кредита (займа) направляется заемщику не менее чем за 30 календарных дней до установленной даты полного погашения задолженности. Следует обратить внимание на то, что 30 календарных дней исчисляются с момента направления кредитором уведомления, а не с момента получения его заемщиком, т.е. кредитор может не учитывать «пробег почты». Исходя из Постановления Правительства РФ от 24 марта 2006 г. № 160 «Об утверждении нормативов частоты сбора из почтовых ящиков, обмена, перевозки и доставки письменной корреспонденции, а также контрольных сроков пересылки письменной корреспонденции» «пробег почты» может достигать двух недель.

В уведомлении кредитор указывает оставшуюся сумму основного долга, причитающиеся проценты, неустойку (штраф, пени) и иные платежи, предусмотренные российским законодательством или договором потребительского кредита (займа), а также определяет срок, до которого заемщик обязан досрочно вернуть кредит (заем). Поскольку кредитор не может достоверно знать, в какую дату заемщик исполнит обязательство по досрочному возврату кредита, и рассчитать точную сумму задолженности вместе с причитающимися процентами и неустойками на день фактического возврата, в уведомлении может указываться подлежащая возврату сумма по состоянию на дату досрочного возврата, определенную кредитором. В случае если заемщик произведет досрочный возврат ранее или позднее данной даты, подлежащая уплате сумма может измениться.

Во-вторых, основанием истребования срочного потребительского кредита, заключенного на срок менее чем 60 календарных дней, является нарушение заемщиком условий договора потребительского кредита по сроку возврата сумм основного долга и (или) уплаты процентов продолжительностью (общей продолжительностью) более чем 10 календарных дней (ч. 3 ст. 14 Закона о потребительском

кредите (займе)). Банки обычно не предоставляют кредиты на столь короткие сроки. Указанное правило предназначено для регулирования краткосрочных займов, выдаваемых МФО, — так называемых займов до зарплаты (*pay day loans*).

В-третьих, особым основанием истребования потребительского кредита, предусматривающего обязанность заемщика заключить связанный с этим кредитом договор страхования, является неисполнение заемщиком свыше 30 календарных дней обязанности по страхованию (ч. 12 ст. 7 Закона о потребительском кредите (займе)). Таким образом, допустимый для заемщика-потребителя срок просрочки при неисполнении обязанности по страхованию в два раза короче, чем при неуплате по кредиту.

Условие о праве кредитора потребовать досрочного возврата кредита или его расторжения при неисполнении заемщиком обязанности по страхованию не требует согласования в договоре, оно установлено законом. Тем не менее в целях информирования заемщика рекомендуется включать соответствующее условие в общие условия договора потребительского кредита наряду с другими установленными законом основаниями досрочного возврата кредита.

У кредитора могут возникнуть сложности с установлением факта неисполнения заемщиком обязанности по страхованию. Для того чтобы избежать их, в договор потребительского кредита обычно включается требование к заемщику о своевременном предоставлении кредитору информации о заключении договора страхования.

В-четвертых, основанием досрочного истребования целевого потребительского кредита является нарушение заемщиком предусмотренной договором потребительского кредита (займа) обязанности целевого использования потребительского кредита (займа), предоставленного с условием использования заемщиком полученных средств на определенные цели (ч. 13 ст. 7). Заемщик получает целевой кредит для того, чтобы за его счет профинансировать определенные расходы — приобретение автомобиля, бытовой техники, мебели, продуктов питания, работ или услуг. Несмотря на то что в отличие от кредитования коммерческих организаций при потребительском кредитовании мотивы кредитора устанавливать и контролировать целевое использование средств существенно ослаблены, кредитор может быть заинтересован в том, чтобы заемщик не изменил оговоренные в договоре цели финансирования, например, если приобретаемое за счет кредита имущество передается в залог кредитору. Согласно ч. 4 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) условие о цели можно отнести к характеристикам кредитного продукта.

Целевой характер кредита находит отражение в наименовании вида потребительского кредита (п. 4 ч. 4 ст. 5), а также в необходимости определения порядка предоставления заемщиком информации об использовании кредита (п. 20 ч. 4 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)). Условие о цели является частью индивидуальных условий договора потребительского кредита (займа) (п. 11 ч. 9 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе)).

Правило об акселерации при нецелевом использовании, установленное для потребительского кредита, частично дублирует ст. 814 ГК РФ, но также содержит важные отличия. Во-первых, в отличие от п. 1 ст. 814 ГК РФ оно не говорит о возможности контроля кредитора за целевым характером использования суммы кредита (займа). По-видимому, законодатель исходил из того, что в данном случае допустимо сослаться на правила, установленные ГК РФ. Во-вторых, оно допускает использование дополнительного средства защиты кредитора — отказ от дальнейшего кредитования заемщика. Хотя его актуальность представляется невысокой. Такой отказ может иметь место по кредитам с лимитом кредитования. Но подавляющий объем подобных кредитов выдается в форме банковских карт и имеет нецелевой характер. В-третьих, в отличие от диспозитивного характера правила, установленного ГК РФ, для потребительского кредита отсутствует возможность предусмотреть в соглашении сторон иные варианты поведения.

Следует отметить неудачное использование термина «цели» (вместо термина «нужды») в определении потребительского кредита. Одним из его признаков названо «предоставление в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности» (абз. 1 ст. 1, п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона о потребительском кредите (займе)). Корректнее было бы определять потребительский кредит (заем) посредством указания на то, что он используется заемщиком для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных *нужд*, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, как это сделано в Законе о защите прав потребителей. Таким образом, из указания цели в определении потребительского кредита еще не следует, что каждый такой кредит содержит условия использования заемщиком полученных средств на *определенные цели*, т.е. является целевым.

(iii) *Закон об ипотеке.* Как уже отмечалось в п. «в» комментария к настоящей статье выше, нормы ГК РФ о залоге предусматривают ряд дополнительных оснований акселерации обеспеченного долга. Но ряд таких оснований также предусмотрен и в Законе об ипотеке.

Статьи 12, 35, 36, 39, 41, 42, 46, 72 Закона об ипотеке устанавливают различные случаи, в которых кредитор-залогодержатель вправе

потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, если:

- залогодатель нарушает правила пользования заложенным имуществом, его содержания или ремонта, обязанности принимать меры по его сохранению, а также при нарушении обязанностей по страхованию или при необоснованном отказе залогодержателю в проверке заложенного имущества (ст. 35 Закона об ипотеке);

- заложенное имущество отчуждается без согласия залогодержателя (ст. 39 Закона об ипотеке);

- при принудительном изъятии государством заложенного имущества отсутствует равноценная замена (ст. 41 Закона об ипотеке);

- предмет ипотеки изымается у залогодателя в результате вилдикации (ст. 42 Закона об ипотеке);

- на предмет залога обращается взыскание по последующей ипотеке (п. 2 ст. 46 Закона об ипотеке);

- неэффективно используется имущество, относящееся к предприятию, переданному в залог (п. 2 ст. 72 Закона об ипотеке).

Перечисленные в законодательстве случаи не включают одну важную практическую ситуацию — снижение рыночной стоимости переданного в залог имущества. Если заемщик передает в залог активы (недвижимость, акции, облигации, иные ценные бумаги или драгоценные металлы), имеющие рыночные цены, стоимость заложенного имущества оказывается вне пределов контроля как залогодателя, так и залогодержателя. При расширительном толковании ст. 813 ГК РФ под утратой обеспечения или ухудшением его условий можно также понимать полную или существенную утрату стоимости обеспечения (предмета залога). Поскольку залогодержатель вправе получить удовлетворение из стоимости предмета залога (п. 1 ст. 334 ГК РФ), то для него не имеет значения, по какой причине оказалась утрачена эта стоимость — утраты предмета залога как такового или существенного падения цен на него (подробнее см. комментарий к ст. 813 ГК РФ). Несмотря на это, суды не склонны расширительно толковать рассматриваемую норму в контексте кредитов, предоставленных гражданам для некоммерческих нужд. Напротив, в сделках кредитования граждан они перекладывают риск снижения стоимости заложенного имущества на банк и отказывают ему в удовлетворении требования о досрочном возврате кредита.

С учетом этого в предпринимательские кредитные договоры включается условие, согласно которому снижение стоимости заложенного имущества признается случаем досрочного возврата кредита, если заемщиком в определенный договором срок не было предоставлено

дополнительное обеспечение. В целях определенности в нем устанавливается пороговое значение стоимости залога, при достижении которого кредитор вправе требовать дополнительного залога.

(д) Возможность указания дополнительных, неизвестных ГК РФ и иным специальным законам оснований акселерации кредита. Согласно комментируемой статье, включенной в ГК РФ Законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ, вступившей в силу с 1 июня 2018 г., правовой режим досрочного возврата кредита по требованию кредитора (так называемая акселерация долга) различается для кредитов, выданных гражданам, и кредитов, предоставленных юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям. Законодатель ограничил перечень оснований досрочного возврата кредита в договорах с гражданами: таковые должны быть прямо предусмотрены в ГК РФ или иных законах. В кредитных договорах с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями действие принципа свободы договора сохранено: помимо предусмотренных законом оснований, стороны вправе определять иные обстоятельства, при наступлении которых у кредитора возникает право требовать досрочного возврата кредита (открытый перечень оснований).

В принципе, эта норма не является абсолютной новеллой, ибо и раньше в силу п. 1–2 ст. 310 ГК РФ закон запрещал согласование в договоре, заключенном между коммерсантом и некоммерсантом, неизвестного закону права первого на отказ от договора или его изменение. А касательно условий о праве банка на сокращение срока кредита аналогичный запрет был закреплен в ч. 2 и 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности.

В то же время текст ст. 821.1 ГК РФ не полностью соответствует положениям п. 1–2 ст. 310 ГК РФ. Так, согласно комментируемой норме в договоре кредита, по которому кредит предоставлен некоммерческой организации не для целей осуществления предпринимательской деятельности, может быть предусмотрено неизвестное закону основание для досрочного истребования кредита, в то время как в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ такое условие являлось бы незаконным. Назвать ситуацию логичной нельзя, но, видимо, следует смириться с тем, что ст. 821.1 ГК РФ в данном вопросе вытесняет общие правила ст. 310 ГК РФ.

При этом не наблюдается расхождения комментируемой статьи с правилами ч. 2 и 4 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, которые разрешают банку согласовывать с заемщиком неизвестное закону основание для изменения срока кредита, только если заемщиком является юридическое лицо или индивидуальный предприниматель.

Пункт 1 ст. 23 ГК РФ допускает случаи, когда гражданин при определенных условиях может осуществлять отдельные виды предпринимательской деятельности без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (так называемые самозанятые граждане). Формально такие лица индивидуальными предпринимателями не являются, и, следовательно, ни ст. 821.1 ГК РФ, ни соответствующие правила ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности включение дополнительных оснований для акселерации долга в такие контракты не допускают.

При буквальном толковании комментируемой статьи получается, что в кредитном договоре с гражданином, осуществляющим предпринимательскую деятельность, но не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, стороны не вправе определять дополнительные основания возврата кредита по требованию кредитора. В результате правила досрочного возврата потребительского кредита и кредита, предоставленного гражданину в целях, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, совпадут. При телеологическом толковании такое совпадение представляется нелогичным, коль скоро законодатель предусмотрел открытый перечень оснований досрочного возврата для предпринимательских кредитов, в том числе кредитов индивидуальным предпринимателям. Иначе говоря, есть основания толковать норму расширительно и допускать установление в договоре неизвестных закону оснований для досрочного истребования кредита и в тех случаях, когда заемщиком был гражданин, не зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, но законно осуществлявший предпринимательскую деятельность в качестве самозанятого лица и привлекающего кредит для этих коммерческих целей.

В то же время в случае как с индивидуальным предпринимателем, так и с самозанятым лицом возможность включения в договор неизвестных закону оснований для досрочного истребования кредита должна открываться, только если сам кредит берется для финансирования такой коммерческой деятельности. Если гражданин, даже будучи индивидуальным предпринимателем или самозанятым, берет кредит для личных, семейных или домашних нужд, т.е. как потребитель (например, на ремонт своей квартиры), включение в договор неизвестных закону оснований для акселерации долга невозможно.

(е) Оценка ограничений на включение в потребительский договор дополнительных оснований для акселерации долга. Насколько ограничение свободы потребительского кредитного договора в плане включе-

ния в текст договора неизвестных закону оснований для акселерации оправданно?

Анализ банковской документации показывает, что банки часто указывали следующие договорные основания для досрочного возврата потребительского кредита и (или) расторжения кредитного договора:

1) ухудшение финансового положения заемщика;
2) снижение уровня обеспечения исполнения обязательств заемщика в случае:

– повреждения или иного изменения состояния предмета залога, которые повлекли существенное снижение его рыночной стоимости;

– если в отношении поручителя, имущества поручителя имеется решение или предпринято действие со стороны любых государственных органов, которые существенно затрудняют или делают невозможным распоряжение, пользование и владение имуществом поручителя (например, арест, наблюдение, конфискация);

– ухудшения финансового положения поручителя;

– отчуждения залогодателем заложенного имущества третьим лицам;

3) выявление недостоверности сведений, указанных в представленных заемщиком документах на получение кредита, а равно предоставление информации, не соответствующей действительности;

4) непредоставление заемщиком документов кредитору по его требованию;

5) неуведомление кредитора об изменении места жительства заемщика или контактной информации заемщика.

Кредиторы иногда включают данные условия в договоры, чтобы снизить свои кредитные риски. Положения, закрепленные в ГК РФ, Законе о потребительском кредите (займе) и иных законах и дающие банку право на акселерацию долга по тем или иным основаниям, не всегда гарантируют достаточную степень защиты кредитора, поскольку не учитывают всех возможных случаев, когда акселерация была бы оправданна и к тому же нередко сформулированы абстрактно.

Сложность поиска баланса интересов сторон можно проиллюстрировать на следующих примерах.

Например, в договор потребительского кредита (займа) часто включается условие о праве кредитора потребовать досрочного возврата кредита при ухудшении финансового положения заемщика. В качестве показателей ухудшения финансового положения заемщика указываются прекращение заемщиком отношений со своим работодателем и отсутствие постоянного источника дохода, отказ заемщика представить по требованию кредитора справку о доходах за испрашиваемый

мый период, предъявление требований о взыскании крупной суммы задолженности по какому-либо договору заемщика и т.п. ВАС РФ признал данное положение договора потребительского кредита недопустимым. По мнению Суда, ГК РФ не содержит такого основания для досрочного возврата кредита, как ухудшение финансового положения заемщика (п. 4 Информационного письма ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146). Ухудшение финансового положения заемщика может быть вызвано объективными причинами и не выражаться в неправомерных действиях заемщика, поэтому кредитный риск, связанный с ухудшением финансового положения заемщика, должен расцениваться банком в качестве обычного предпринимательского риска и не может возлагаться на потребителя. Иначе говоря, в данном контексте блокирование возможности включения в договор такого основания для акселерации долга потребителя кажется приемлемым.

Еще один пример: в силу положений ст. 310 ГК РФ и комментируемой статьи ограничивается право кредитора требовать досрочного возврата кредита при неуплате заемщиком банковских комиссий или неустойки. Закон о потребительском кредите (займе) (ч. 2 и 3 ст. 14) называет в качестве основания для досрочного возврата нарушение заемщиком сроков возврата основной суммы долга и (или) уплаты процентов. Однако комиссии и иные платежи, не противоречащие законодательству (п. 1 ст. 819 ГК РФ, ст. 5–6 Закона о потребительском кредите (займе)), не упоминаются. Если акселерация долга в случае неуплаты потребителем согласованных неустоек кажется неприемлемой, ибо иначе потребитель вынуждался бы платить такие неустойки под страхом акселерации всего долга, несмотря на то что у него может иметься право апелляции к ст. 333 ГК РФ, то аналогичная жесткость в отношении случаев систематической неуплаты законных банковских комиссий уже не столь очевидна.

Также кажется оправданным признать допустимыми условия потребительского кредита, которые дают банку право на акселерацию в случае выявления ложности предоставленных заемщиком при заключении договора заверений, имеющих существенное значение. Сейчас ст. 431.2 ГК РФ дает банку право на отказ от договора, право на акселерацию в законе не упоминается. Как представляется, такое право может быть выведено из расширительного толкования закона (см. п. «в» комментария к настоящей статье). Но даже если наша судебная практика на признание наличия у банка по умолчанию права на акселерацию в данной ситуации пойти будет не готова, закон должен хотя бы допускать условия потребительского кредита, дающие банку такое право.

Как мы видим, в ряде случаев ограничение свободы потребительского договора в отношении оснований для акселерации действительно блокирует то, что политика права требует запретить, но иногда такое ограничение кажется избыточным. Буквальное следование принципу недопустимости включения в договор оснований для истребования кредита, прямо не предусмотренных в законе, с одной стороны, обеспечивает надежную и простую защиту *ex ante* прав потребителя, но при этом, с другой стороны, лишает правовой режим отношений сторон определенной гибкости и нередко непропорционально ущемляет интересы кредитора. Альтернативное решение, которое можно было бы обсуждать *de lege ferenda*, состоит в том, чтобы исключить из комментируемой статьи и ст. 310 ГК РФ указанное жесткое ограничение пределов свободы договора в отношении возможности согласовывать в договоре право коммерсанта в одностороннем порядке менять условия договора, заключенного с потребителем (и в частности, истребовать кредит досрочно), и предоставить судам бремя контроля *ex post* за справедливостью каждого конкретного условия договора на этот счет с правом блокирования отдельных подобных условий на основании их несправедливости по правилам ст. 428 ГК РФ. Плюсом такого альтернативного решения является большая гибкость, но минусом — возрастание правовой неопределенности и осложнение положения потребителя. Сейчас его положение достаточно надежно. Если же открыть пространство для договорной свободы, вероятнее всего, договоры с потребителями будут переполнены условиями о праве банка на акселерацию долга по любому возможному основанию, и потребителю придется прилагать усилия к доказыванию несправедливости такого условия в суде. В общем, как мы видим, данный вопрос относится к проблематике политики права.

При этом следует исходить из того, что в той степени, в которой закон ограничивает возможность включения в договор займа или кредита условий о праве займодавца (банка) заявить отказ от договора и (или) акселерацию долга по не предусмотренным в законе основаниям, должны признаваться незаконными и положения договора о том, что при наступлении указанных неизвестных закону обстоятельств договор будет автоматически считаться расторгнутым (прекращенным), а заемный долг автоматически подвергнут акселерации. Включение в договор подобных отменительных (в отношении обязательств займодавца или банка выдавать новые займы) и «изменительных» (в отношении срока погашения заемного долга) условий само по себе вполне законно. Но если закон ограничивает свободу договора в отношении включения в договор условий о праве на отказ от договора и изменение срока кре-

дита, он подразумеваемым образом блокирует и по сути аналогичные по своему эффекту конструкции (вроде указанных отменительных или «изменительных» условий). Блокирование таких условий должно осуществляться на основании правил о недопустимости обхода закона (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Иначе банки легко обходили бы установленные в законе ограничения свободы договора.

(ж) Классификация случаев досрочного истребования (акселерации) кредита на основании условий договора. Итак, комментируемая статья позволяет сторонам сугубо коммерческого кредитного договора установить неизвестные закону основания для акселерации. О каких основаниях идет обычно речь на практике? Как правило, кредитор заинтересован потребовать досрочного возврата кредита в ситуации, когда, по его мнению, способность заемщика вернуть кредит в установленный договором срок существенно снизилась и потенциальные потери от невозврата кредита превышают ожидаемый процентный доход. Обычно речь идет о предвидимом нарушении договора со стороны заемщика и намерении кредитора уменьшить свои убытки при таком развитии событий. Именно в целях фиксации признаков неблагополучия как триггеров, формальное наступление которых вручает банку право на акселерацию долга, большинство кредитных договоров, заключаемых с коммерческими субъектами, содержат пространственные списки тех самых дополнительных оснований для акселерации.

Снижение платежеспособности заемщика может произойти под влиянием различных факторов, как входящих в сферу его контроля, так и полностью не зависящих от его воли:

— действий третьих лиц, не оказывающих прямого воздействия на заемщика, в том числе неблагоприятного изменения рыночной конъюнктуры;

— действий третьих лиц, в том числе государственных органов, в отношении заемщика, компаний группы, к которой принадлежит заемщик, его имущества или обеспечения, предоставленного по кредиту;

— действий (бездействия) самого заемщика, в отношении как кредитора, долга и обеспечения, так и в отношении третьих лиц.

Интерес кредитора состоит не в том, чтобы дожидаться, когда у заемщика закончатся денежные средства, что повлечет его фактическую неплатежеспособность (ст. 811 ГК РФ), а в том, чтобы потребовать возврата кредита в момент, когда заемщик еще в состоянии это сделать. Наделение кредитора правом требовать досрочного возврата кредита существенно повышает его переговорные возможности. На практике угроза досрочного возврата часто становится средством понуждения

заемщика к реструктуризации ранее предоставленного кредита на новых условиях, учитывающих изменившееся финансовое положение и увеличившийся уровень кредитного риска.

Для получения в будущем на случай повышения кредитного риска более сильной позиции кредитор при составлении договора определяет систему объективных критериев («красных флажков»), которые заранее сигнализируют об увеличении риска.

До заключения договора банк проводит тщательный анализ финансового положения заемщика (инвестиционного проекта, торговой сделки). Одним из результатов такого анализа является конструирование системы раннего оповещения о финансовом неблагополучии заемщика. На развитых кредитных рынках сформировались комплексные системы общих и специальных критериев, которые применяются для различных видов кредитных сделок — инвестиционного кредитования, проектного, торгового или объектного финансирования. Они, как правило, закрепляются в так называемых стандартных кредитных договорах, разрабатываемых профессиональными объединениями участников кредитного рынка или банковскими ассоциациями. Одним из примеров соответствующего стандарта является договор синдицированного кредита, одобренный Ассоциацией кредитного рынка (*Loan Market Association*) и подчиненный английскому праву. Следует обратить внимание на то, что сама система критериев определяется финансово-экономическими, коммерческими и управленческими закономерностями, выявленными многолетней банковской практикой, правовая система привносит в нее лишь терминологические особенности.

В международной банковской практике, ориентированной на применение английского права, получила распространение соответствующая терминология «ранней системы оповещения». В общем праве всякое пересечение заемщиком «красной линии» признается нарушением кредитного договора — случаем неисполнения (*events of default*), что является основанием не только для досрочного истребования кредита, но и для отказа от дальнейшего кредитования заемщика (в договоре кредитной линии). Следовательно, случай неисполнения является основанием для одностороннего отказа кредитора от договора в целом. Российская банковская документация при наступлении «случая досрочного возврата» обычно также предусматривает возникновение у кредитора права на акселерацию долга и при необходимости односторонний отказ от предоставления кредита в будущем. По этой причине некоторые «случаи досрочного возврата» можно считать конкретизацией обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что

предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок (ст. 821 ГК РФ), но в отличие от диспозиции ст. 821 ГК РФ такие договорные условия дают банку не только право на отказ от кредитования в будущем, но и на акселерацию долга.

Случаи неисполнения (*events of default*) в договорах, подчиненных английскому праву, делятся на четыре группы:

– неисполнение заемщиком денежных обязательств по кредитному договору – по возврату кредита, уплате процентов или иных платежей (*non-payment default*);

– нарушение заемщиком установленных кредитным договором обязательств и обязанностей, не связанных с исполнением денежных обязательств;

– неисполнение заемщиком обязательств, возникших из иных договоров заемщика (*cross default*);

– наступление обстоятельств, не зависящих от воли заемщика и находящихся вне его контроля, наступление которых может повлечь неисполнение заемщиком денежного обязательства по кредитному договору.

Договорные условия, устанавливающие обязанности заемщика, нарушение которых влечет возникновение у кредитора права на досрочный возврат, принято называть ковенантами (*covenants*). В ограничительных, негативных ковенантах заемщик обещает кредитору, что те или иные обстоятельства, которые могут неблагоприятно повлиять на его платежеспособность, не произойдут. Позитивные ковенанты содержат обещание, что определенные события или действия (заемщика или третьих лиц) будут иметь место.

Как данные ковенанты могут быть встроены в традиционную догматику российского частного права?

В целях юридической квалификации и, как следствие, адекватного терминологического обозначения в российском праве следует различать ковенанты, соблюдение которых полностью или частично зависит от воли заемщика, и «случаи», не входящие в сферу контроля заемщика.

Если ковенанты зависят от поведения заемщика, они могут быть выражены в договоре в виде дополнительных обязательств заемщика воздержаться от совершения тех или иных действий (негативные ковенанты) или, наоборот, совершить те или иные действия, не связанные с исполнением финансовых обязательств (позитивные ковенанты). Например, в договоре может быть установлен для заемщика запрет на проведение реорганизации без согласия банка-кредитора, обязательство не менять место нахождения до возврата кредита и не

брать у третьих лиц дополнительные займы и кредиты, увеличивающие уровень совокупного долга компании выше определенного уровня, не поручаться по долгам третьих лиц и не предоставлять крупные займы третьим лицам, обязательство публиковать свою отчетность, соблюдать требования антикоррупционного законодательства и т.п.

Но такие же ковенанты могут быть выражены в форме простых отлагательных условий, наступление которых приводит к возникновению секундарного права на акселерацию и (или) отказ от договора, но не означает нарушение каких-либо обязательств.

Разница состоит в том, что в рамках первой договорной техники банк (займодавец) получает право не только осуществить прямо указанные в договоре секундарные права на отказ от договора и (или) акселерацию, но и по умолчанию взыскивать убытки, вызванные нарушением обязательств (ст. 393 ГК РФ), включая убытки, вызванные вынужденным прекращением договорных отношений по правилам ст. 393.1 ГК РФ (подробнее о таких убытках см. п. 2.11 комментария к ст. 811 ГК РФ). В тех же случаях, когда ковенант выражен в качестве простого отлагательного условия, у банка (займодавца) при наступлении данного условия имеется прямо согласованное в договоре на такой случай право на акселерацию и (или) отказ от договора, но по умолчанию нет права на взыскание убытков. Если стороны выбирают эту модель, право на отказ или акселерацию является теми условными правовыми эффектами, которые запускаются при наступлении оговоренных условий.

Если же ковенант никак не зависит от поведения заемщика, выразить его как обязательство заемщика чисто технически затруднительно, ибо предмет обязательства по смыслу ст. 307 ГК РФ — это некое поведение, которое требуется от должника по обязательству. Автор настоящего текста не может принять на себя обязательство, что сборная Россия по футболу выиграет следующий чемпионат мира не потому, что это вряд ли в принципе произойдет, а потому, что данное обстоятельство от них никак не зависит; неясно, какое конкретно поведение требуется для исполнения данного обязательства, т.е. предмет обязательства не определен. Победа нашей сборной может быть предметом игры или пари либо простым отлагательным или отменительным условием для возникновения или прекращения тех или иных правовых последствий сделки, но не предметом обязательства человека, не имеющего к футболу никакого отношения. Поэтому если ковенант состоит, например, в несменяемости основных акционеров компании-заемщика (что никак не зависит от самого акционерного общества), непредъявлении к ней любых исков (независимо от их

обоснованности) третьими лицами, сохранении уровня налоговой нагрузки компании-заемщика и т.п., и затруднительно определить, в чем же может состоять в таких ситуациях требуемое от заемщика поведение (действие или бездействие), такие ковенанты логично выражать как отлагательные условия. Наступление такого условия будет, согласно положениям договора, давать банку право на акселерацию и (или) отказ от договора, но не будет давать по умолчанию право на взыскание убытков.

Поэтому, например, буквальный перевод аналогичного по функциональному содержанию англоязычного термина — «случаи неисполнения» (*events of default*) — следует признать спорным при обозначении «случаев досрочного возврата» в смысле комментируемой статьи. Понятие «случай досрочного возврата», как представляется, оказывается более широким, нежели «случай нарушения заемщиком обязательств по кредитному договору» (ср. ч. 2 ст. 33 Закона о банках и банковской деятельности).

В то же время необходимо принимать во внимание недавно высказанную позицию ВС РФ относительно содержания гражданско-правового обязательства (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В случаях, предусмотренных законом или вытекающих из существа обязательства, полагает Суд, на сторону может быть возложена обязанность отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств, в том числе не зависящих от ее поведения. И действительно, есть точка зрения, что помимо обязательств что-либо делать или не делать может существовать и обязательство отвечать за наличие или возникновение некоего обстоятельства. Данный вопрос в целом в нашем праве не вполне прояснен. При таком расширительном толковании содержания обязательства (ст. 307 ГК РФ), например, практически любое обещание заемщика относительно будущей рыночной стоимости предмета залога допустимо признать обязательством. Практика покажет, готовы ли суды, руководствоваться данным подходом.

Следует признать, что в любом случае в силу некоторой доктринальной неясности понятия обязательства в российском праве и его пределов могут иметь место пограничные ситуации. Например, не вполне понятно, может ли быть предметом обязательства заемщика то или иное голосование членов совета директоров подконтрольного ему публичного акционерного общества (с учетом наличия у членов совета директоров такого общества фидуциарных обязанностей перед самим обществом, а не перед основным его акционером и, соответственно, ограниченных возможностей акционера публичной компании обес-

печить то или иное их голосование) или, например, неснижение капитализации публичной компании, являющейся заемщиком, по данным о рыночной стоимости ее акций на бирже (с учетом того, что стоимость акций публичного общества зависит от самого общества далеко не напрямую и во многом определяется общими тенденциями на фондовом рынке, состоянием экономики страны в целом и т.п.).

Возможно, до прояснения дискуссионного вопроса о пределах расширительного понимания обязательства все спорные ситуации, где обязательственная квалификация спорного ковенанта может вызывать сомнения, сторонам стоит выражать их в договоре как нейтральные отлагательные условия, наступление которых дает банку право на акселерацию. При этом напомним, что в такой ситуации банк не вправе по умолчанию требовать от заемщика возмещения убытков, ибо заемщик не нарушил обязательство (т.е. его поведение формально правомерно). В то же время вполне мыслимо включение в договор условия о возмещении потерь банка на случай акселерации долга в связи с наступлением соответствующих условий, не находящихся в сфере контроля заемщика (ст. 406.1 ГК РФ).

(з) Типичные основания досрочного истребования кредита в предпринимательских кредитных договорах. Из текста комментируемой статьи следует, что в договоре кредита, заключенном с индивидуальным предпринимателем (если кредит связан с его коммерческой деятельностью) или юридическим лицом, можно установить дополнительные основания для акселерации, не известные закону.

(i) Неплатеж. Обстоятельства неплатежа заемщика в кредитных договорах нередко формулируются шире и детальнее, нежели в ст. 811 ГК РФ. Основанием досрочного возврата может быть установлена не только неуплата заемщиком в установленный срок части тела долга или процентов, но и любой иной суммы, подлежащей уплате по договору (в том числе комиссионных вознаграждений, неустойки).

Обычно в договорах указывается на то, что исключение составляют случаи, когда неуплата вызвана технической ошибкой или сбоем, при условии что заемщик провел оплату в течение определенного договором срока с даты платежа (обычно этот срок не превышает семи рабочих дней). В рыночной практике положение заемщика, просрочившего платеж на меньший срок, называют техническим дефолтом. Если такое условие не установлено и при этом договор прямо не говорит о том, что малейшая просрочка дает банку право на акселерацию долга, логично исходить из подразумеваемого условия существенности просрочки.

Правовым основанием является правило о добросовестности (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ).

(ii) *Нарушение финансовых показателей.* Важным элементом системы раннего оповещения о будущих финансовых трудностях заемщика являются финансовые показатели, рассчитываемые на основе его бухгалтерской отчетности. Перечень контролируемых финансовых показателей и их критические значения определяются кредитором из анализа финансовой модели, представленной заемщиком. Они разными способами выражают уровень за кредитованности заемщика. Обязанность заемщика по соблюдению согласованных показателей включается в условия кредитного договора. В стандартных кредитных договорах предусмотрено использование следующих финансовых показателей:

– показатель долговой нагрузки – отношение чистой задолженности к операционному денежному потоку (*EBITDA*). Показатель выражает число лет, в течение которых заемщик способен погасить задолженность при условии направления на эти цели всего денежного потока. В договоре устанавливается максимально допустимое значение показателя;

– показатель отношения задолженности и чистых активов выражает отношение заемных и собственных средств заемщика. В договоре устанавливается максимально допустимое значение показателя;

– показатель процентного покрытия – отношение показателя операционного денежного потока к процентным и иным расходам по обслуживанию задолженности. Показатель выражает, во сколько раз поступления заемщика превышают его процентные расходы. В договоре устанавливается минимально допустимое значение показателя;

– показатель покрытия долга – отношение чистого денежного потока к расходам по погашению кредита и уплате процентов. Показатель выражает, во сколько раз поступления заемщика превышают расходы по обслуживанию долга. В договоре устанавливается минимально допустимое значение показателя;

– показатель отношения задолженности и залогового обеспечения рассчитывается для кредитов, обеспеченных залогом, и выражает способность залогового обеспечения покрыть потери по кредиту в случае неплатежа заемщика.

Высшие суды не высказывали позиций относительно допустимости использования конкретных финансовых показателей в кредитных договорах. На общем же уровне ВАС РФ признал законным включение в кредитный договор с коммерсантом подобных финансовых

ковантов (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

(iii) *Введение в заблуждение. Недостоверные заверения.* Согласно условиям многих кредитных договоров, к основаниям досрочного возврата кредита относится недостоверность заверения об обстоятельствах, данного заемщиком в кредитном договоре или в связи с его заключением. Заверения об обстоятельствах начали включаться в финансовые сделки еще до появления соответствующей категории в ГК РФ (с 1 июня 2015 г.). Заверения являются подтверждениями заемщика по вопросам, касающимся юридического, коммерческого и финансового положения, которые необходимы для принятия банком решения о предоставлении денежных средств.

Согласно п. 2 ст. 431.2 ГК РФ сторона, полагавшаяся на недостоверные заверения контрагента, имеющие для нее существенное значение, по общему правилу вправе отказаться от договора. В отношении кредитного договора это означает отказ от продолжения кредитования. Можно ли толковать норму расширительно и выводить из нее право на акселерацию долга, вопрос дискуссионный. В целом, как было указано выше, такое решение кажется логичным. Но в любом случае включение в договор прямого указания на право акселерации долга при выявлении недостоверности заверений снимает эту проблему.

Судебная практика пока не сформулировала критерии существенности заверения как для общего случая, так и в отношении кредитного договора (договора займа). Так что здесь многое будет зависеть от оценки конкретных обстоятельств. Если заемщик ошибся при предоставлении заверений в отношении какой-то мелочи, которая вряд ли повлияла бы на иное решение банка по вопросу предоставления кредита, недостоверность заверения не будет носить существенного характера.

Последствием недостоверности несущественных заверений будет также требование кредитора о возмещении убытков или уплате договорной неустойки, если таковая была согласована (п. 1 ст. 431.2 ГК РФ).

В кредитную документацию обычно включаются следующие заверения заемщика:

- об организационно-правовом статусе заемщика и соответствии его деятельности применимому законодательству;
- о наличии у заемщика (и лица, действующего от его имени) правоспособности и полномочий на заключение и исполнение кредитного и связанного с ним договоров и предусматриваемых ими сделок, а также необходимых одобрений;

– о том, что возникающие из заключаемых договоров обязательства заемщика соответствуют применимому законодательству, действительны, имеют для него обязательную юридическую силу и исполнимы в принудительном порядке;

– об отсутствии противоречий между заключением (исполнением) кредитного договора и иными соглашениями или документами заемщика, носящими для него обязывающий характер;

– о соблюдении заемщиком требований применимого законодательства, в том числе налогового и отраслевого;

– о том, что заключение (исполнение) заемщиком кредитного и связанного с ним договоров не влечет неисполнение им обязательств, принятых по иным сделкам;

– о наличии у заемщика действительных разрешения и согласий, необходимых в связи с заключением, исполнением, обеспечением действительности и возможности принудительного исполнения кредитного договора;

– о достоверности последней по времени финансовой отчетности заемщика, предоставленной кредитору (с даты, на которую она была составлена, не произошли события, которые могли бы оказать существенное неблагоприятное воздействие на заемщика);

– о невозбуждении в отношении заемщика и лиц, входящих в группу заемщика, судебных, третейских или административных разбирательств, а также о непроведении в отношении них следственных действий;

– о достоверности и точности предоставленной фактической информации, актуальности подготовленных заемщиком финансовых прогнозов, а также об отсутствии фактов сокрытия информации;

– о наличии у кредитора права обратиться взыскание на обеспечение в первоочередном порядке.

(iv) Перекрестное неисполнение (cross-default). Основанием для досрочного возврата кредита согласно условиям договора нередко является непогашение заемщиком задолженности по договорам, заключенным с третьими лицами. На практике выделяются следующие договоры, имеющие финансовый характер: займы и кредиты, в том числе товарные и коммерческие; выпуск облигаций, векселей и любых иных долговых инструментов; договоры финансового лизинга; договоры уступки дебиторской задолженности; сделки с производными финансовыми инструментами; сделки репо; платежи по поручительствам или гарантиям. Аналогичный эффект имеет предъявление заемщику требования о досрочном возврате указанной задолженности либо досрочное прекращение кредитором обязательства по предоставлению

денежных средств (отказ от договора). Нарушение заемщика по договору с третьим лицом должно носить существенный характер. Поэтому в условии о перекрестном неисполнении, как правило, определяется минимальный размер непогашенной задолженности, при превышении которого запускается акселерация.

До вступления в силу комментируемой нормы в отечественной судебной практике встречались споры, в которых договоры включали условие о кросс-дефолте (с употреблением этого термина). Несмотря на это, высшие суды до настоящего времени не сформулировали позиции относительно действительности данного условия. Появление в ГК РФ комментируемой статьи фиксирует законность таких условий.

(v) *Неполучение разрешений, корпоративных одобрений, лицензий и патентов.* Основанием досрочного возврата кредита нередко согласно условиям договора является своевременное неполучение (несоблюдение условий) разрешений, согласий и корпоративных одобрений, требуемых для исполнения им своих обязательств по кредитному договору. Нарушением, приводящим к акселерации, может также являться неполучение (недействительность) разрешений, согласий, лицензий и патентов, требуемых для ведения хозяйственной деятельности заемщика или лиц, входящих в его группу.

В п. 5 ст. 450.1 ГК РФ в качестве оснований для отказа от договора (исполнения договора) и требования о возмещении убытков упоминается только отсутствие лицензии на осуществление деятельности или членства в саморегулируемой организации, необходимых для исполнения обязательства по договору. Такое основание вытекает из закона, если кредит носил целевой характер и отсутствие лицензии или членства в СРО действительно влечет невозможность исполнения заемщиком обязательств по целевому использованию. Но в остальных случаях для отказа от договора по таким основаниям необходимо прямое указание на право акселерации в договоре.

Кроме того, п. 5 ст. 450.1 ГК РФ говорит лишь об отказе от договора. Выведение из указанной нормы права на акселерацию требует расширительного толкования закона (подробнее см. комментарий к ст. 811 ГК РФ).

(vi) *Сделки с активами заемщика.* Типичным негативным обязательством заемщика, нарушение которого может повлечь досрочный возврат кредита, является так называемый запрет залога (*negative pledge*), нередко встречающийся в сугубо коммерческих договорах. На практике используется даже более широкий запрет: без предварительного согласия кредитора заемщик не вправе создавать или допускать существование обременения в отношении своих активов, включая

ипотеку, залог, право удержания, обеспечительную уступку или иной способ обеспечения обязательств любого лица. Данный запрет может также включать право списания средств со счета заемщика с заранее данным акцептом.

В отношении данного договорного условия могут быть поставлены два вопроса: обоснована ли квалификация такого обещания заемщика в качестве обязательства, и является ли допустимым столь жесткое ограничение поведения заемщика со стороны кредитора. Высшие суды дают положительный ответ на оба вопроса. Как указал ВС РФ, в установленных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон случаях обязательство может в том числе создавать обязанность должника воздержаться от определенных действий в отношении третьих лиц (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В рассматриваемом случае заемщик обязуется перед кредитором не создавать обеспечения в пользу третьих лиц. Что касается второго вопроса, ВАС РФ сформулировал несколько критериев допустимости ограничения поведения заемщика (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147):

- действия, которые обязался не совершать заемщик, в достаточной степени конкретизированы;
- обязанность не совершать такие действия ограничена временными рамками;
- принятие заемщиком на себя указанных обязанностей связано с получением им имущественного блага (кредита).

Как указал ВАС РФ, эффективный контроль кредитора за соблюдением заемщиком принятых на себя обязанностей, равно как и оспаривание сделок, совершенных в нарушение данного условия договора, невозможен, и поэтому надлежащим способом защиты интересов кредитора является предъявление им требования о досрочном возврате кредита.

При формулировании запрета в него обычно включаются критерии существенности (если они не выполнены, то обременение активов не влечет возникновения требования о досрочном возврате кредита). Приведем некоторые примеры указаний в договоре исключений из правила о негативном залоге:

- стоимость переданных в залог третьим лицам активов не превышает определенной в договоре максимальной суммы, которая может устанавливаться в твердом размере или как доля от балансовой стоимости активов заемщика;
- обеспечиваются обязательства заемщика, размер которых в совокупности не превышает определенной в договоре максимальной суммы;

– обременение возникает в силу закона при осуществлении заемщиком обычной хозяйственной деятельности;

– в результате обременения создаются последующие залоги.

Представляется, что наличие в договоре указанных исключений свидетельствует в пользу добросовестности и разумности действий кредитора (п. 4 ст. 450.1 ГК РФ).

Другим негативным обязательством заемщика является запрет на продажу, сдачу в аренду и иное отчуждение активов без согласия кредитора. Данное ограничение обычно не распространяется на отчуждение активов или имущества, которое осуществляется:

– в порядке обычной хозяйственной деятельности;

– в обмен на другие равноценные активы или имущество;

– в отношении устаревшего или изношенного имущества;

– на совокупную сумму по балансовой стоимости, не превышающую определенный в договоре максимальный размер в течение установленного срока, например календарного года или всего срока действия кредитного договора.

Под действие данного ограничения могут подпасть также продажа или иное отчуждение активов на условиях, в соответствии с которыми они могут быть арендованы или приобретены обратно заемщиком, либо по сделкам возвратного лизинга или репо.

Могут встречаться в договоре и обязательства заемщика не осуществлять те или иные покупки и инвестиции. Кредитор заинтересован в том, чтобы переданные заемщику средства направлялись на производственные цели, а не на приобретение непроизводительных активов. Именно поэтому иногда те или иные инвестиционные сделки также ограничиваются. Соответствующий запрет следует признать ослабленной версией целевого кредита (ст. 814 ГК РФ). Если право допускает, что заемщик под угрозой досрочного возврата принимает на себя обязательство потратить сумму кредита на строго определенную цель, то тем более допустима ситуация, когда он с тем же правовым эффектом принимает на себя менее обременительную обязанность – не расходовать кредит на некоторые цели.

В банковской практике основанием досрочного возврата кредита обычно признается приобретение активов без письменного согласия кредитора, за исключением ситуации, когда такое приобретение осуществляется в порядке обычной хозяйственной деятельности. Как и в предыдущих случаях, в качестве исключения из этого правила устанавливается максимально допустимая сумма приобретения.

(vii) Сделки на нерыночных условиях. К основаниям досрочного возврата кредита договор может отнести заключение заемщиком сделок

с третьими лицами на условиях, отличных от рыночных. В качестве опции для их проведения может требоваться предварительное письменное согласие кредитора. Из-под действия данного запрета обычно исключаются сделки между заемщиком, поручителями и залогодателями, а также сделки в рамках обычной хозяйственной деятельности.

(viii) Участие в других кредитных сделках. Кредитным договором часто ограничивается участие заемщика в других кредитных сделках – в качестве кредитора (займодавца), заемщика, поручителя и (или) гаранта – без предварительного письменного согласия кредитора. Для заемщика такое участие влечет дополнительные кредитные риски, что также учитывается при формулировании условия о перекрестном неисполнении.

Действие этого правила обычно не распространяется на авансирование торговой задолженности и сделки, совокупная сумма которых ограничена определенным пределом.

(ix) Недопустимые корпоративные действия. Случаями досрочного возврата кредита, предусмотренными в кредитном договоре, на практике обычно признаются следующие «внутрикорпоративные действия»:

- реорганизация или уменьшение уставного капитала заемщика;
- выпуск новых акций или увеличение уставного капитала заемщика;
- изменение учредительных документов заемщика, кроме случаев, когда такие изменения связаны исключительно с изменениями в списке филиалов или представительств;
- объявление и выплата дивидендов, а также выкуп акций заемщика.

Договором может быть предусмотрено получение предварительного согласия кредитора на проведение таких действий.

(x) Смена участников, руководителя или вида деятельности. В договоре может быть также согласовано право на акселерацию в случаях, когда имеют место:

- существенные изменения в составе акционеров (участников);
- замена руководителя (единоличного исполнительного органа);
- существенные изменения в основных направлениях хозяйственной деятельности заемщика.

Аналогичные последствия предусматриваются в случае приостановления или прекращения заемщиком осуществления всей или существенной части своей хозяйственной деятельности.

(xi) Неисполнение обязанности по страхованию. Заемщик нередко принимает на себя обязательство страховать свое имущество и от-

ветственность в определенных договором страховых организациях в таком объеме и от таких рисков, как это принято хозяйствующими субъектами, осуществляющими аналогичную деятельность. Договор может также определять перечень страхуемых рисков и минимальный размер соответствующего страхового покрытия. По договорам страхования предмета залога, обеспечивающего обязательство по кредитному договору, в качестве выгодоприобретателя часто требуется указывать кредитора. Нарушение обязанностей по страхованию, согласно условиям таких договоров, признается основанием для досрочного возврата кредита.

(xii) Непредоставление доступа. Иногда, согласно условиям договора, при определенных обстоятельствах (например, при неисполнении заемщиком принятых на себя обязательств или при появлении у кредитора достаточных оснований полагать, что такое неисполнение имеет место) заемщик по требованию кредитора обязан предоставить ему, его аудиторам или иным профессиональным консультантам свободный доступ к своим помещениям, активам и первичным документам бухгалтерского и налогового учета, а также организовать встречу с руководством. Неисполнение заемщиком данной обязанности в таких договорах часто признается основанием для досрочного возврата кредита.

(xiii) Несостоятельность заемщика. Наиболее очевидными случаями досрочного возврата кредита следует признать возбуждение дела о банкротстве или введение процедуры наблюдения в отношении заемщика. Обычно в договоре предусматривается, что для досрочного возврата кредита достаточно, если должник отвечает признакам неплатежеспособности или недостаточности имущества в соответствии с Законом о несостоятельности (банкротстве), либо его финансовое состояние дает основания для принятия мер по предупреждению банкротства. Типичными случаями досрочного возврата кредита, которые часто также согласовываются в договорах кредита, являются также:

— предъявление в суд заявления должника (заемщика) о признании банкротом; или

— предъявление в суд заявления любого кредитора заемщика о признании его банкротом или о ликвидации, если арбитражный суд в течение 30 календарных дней с даты вынесения определения о принятии заявления о признании банкротом не выносит определения об отказе во введении наблюдения и оставлении заявления без рассмотрения; определения об отказе во введении наблюдения и прекращении производства по делу о банкротстве; определения о возвращении такого заявления; определения о прекращении производства по делу о банк-

ротстве; решения об отказе в признании банкротом либо иного аналогичного судебного акта, результатом которого становится прекращение производства по делу о банкротстве или отказ в возбуждении такого производства.

Наиболее ранним сигналом могут служить также переговоры заемщика с одним или несколькими кредиторами о пересмотре сроков возврата задолженности из-за фактических или ожидаемых финансовых затруднений.

(xiv) Принудительное изъятие имущества заемщика или введение ограничения на распоряжение им. Случаями досрочного возврата, иногда предусматриваемыми в договорах, являются арест, конфискация, иное принудительное изъятие имущества, приостановление или ограничение операций по счетам заемщика, если совокупная стоимость имущества, попавшего под изъятие или ограничение, превышает предел, установленный в договоре.

(xv) Судебные и административные разбирательства. Основанием досрочного возврата кредита может являться инициирование или возможность инициирования судебных, административных, арбитражных или третейских разбирательств в отношении заемщика или лиц, входящих в его группу, а также в отношении кредитного и связанного с ним договоров, если это может оказать существенное неблагоприятное воздействие на заемщика, либо если цена исков превышает определенный кредитным договором предел.

(xvi) Требования в отношении поручителя. Банк заинтересован в том, чтобы большая часть из указанных выше ограничений или запретов действовала также в отношении поручителя. Сам поручитель может какие-то обязательства на себя в этом отношении не брать, но соответствующее его поведение или возникновение тех или иных обстоятельств, характеризующих его деятельность или финансовое положение, может быть согласованным в договоре кредита условием для акселерации кредитного долга. В предпринимательских сделках поручитель обычно входит в одну группу с заемщиком и является материнской, контролирующей или дочерней компанией, поэтому он заинтересован в принятии на себя таких обязанностей.

В случае несостоятельности или ликвидации поручителя право на досрочный возврат кредита выводится из ст. 813 ГК РФ (п. 46 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42). Ее применимость неочевидна в иных ситуациях, например при совершении поручителем запрещенных сделок с активами или корпоративных действий. Возникает вопрос о том, должен ли он самостоятельно принимать соответствующие обязательства, или такие обещания

за него может дать заемщик. В практике синдицированного кредитования, например, договор поручительства и кредитный договор оформляются одним документом, который подписывают все стороны сделки, включая кредиторов, заемщика и поручителя. В результате обязанности по соблюдению ковенантов возлагаются непосредственно на поручителя, что обеспечивает большую правовую определенность.

(и) Защита интересов заемщика. Как мы видим, сугубо коммерческий договор кредита может предоставлять банку широкие возможности по акселерации долга. В то же время право не может не устанавливать некоторые ограничения во имя соблюдения баланса интересов стороны.

В случае с, казалось бы, абсолютно законными ковенантами (в первую очередь негативными) в сугубо коммерческих договорах важно, чтобы ограничения, которые они накладывают на хозяйственную деятельность заемщика, были пропорциональны и рациональны. Ограничения экономической свободы за счет тех или иных негативных обязательств или близких к ним по своему практическому значению отлагательных условий, являющиеся избыточными и непропорциональными заслуживающему уважения интересу кредитора в управлении кредитным риском, могут теоретически обсуждаться на предмет действительности с точки зрения ст. 169 ГК РФ. Например, запрет на реорганизацию не вызывает особых сомнений, равно как и запрет на предоставление поручительств за третьих лиц, но, если договор кредита обязывает заемщика согласовывать с банком все сколько-нибудь серьезные хозяйственные операции или запрещает заемщику работать с контрагентами, не одобренными банком, есть основания задуматься о пропорциональности таких ограничений экономической свободы. Впрочем, сам этот теоретический вопрос и конкретные примеры несправедливых ковенантов в сугубо коммерческих договорах требуют серьезного осмысления.

Наконец, нельзя исключить того, что в некоторых случаях при законности самого ковенанта как такового осуществление права на акселерацию долга может быть признано злоупотреблением правом по п. 1 ст. 10 ГК РФ и заблокировано. Например, если в договоре кредита установлено, что банк вправе произвести акселерацию долга, если остатки на счетах заемщика упадут ниже определенного уровня и формально такой случай действительно произошел (из-за, например, неправомерного списания со счета заемщика значительной суммы на основании подложного исполнительного листа), но при этом заемщик оперативно

восстановил остаток на счете и в целом его кредитоспособность объективно не вызывает никаких сомнений, попытка банка, прикрываясь таким формальным нарушением ковенанта, произвести акселерацию кредитного долга может натолкнуться на аргумент о злоупотреблении правом. В этом плане следует всячески поддержать практику включения в договоры займа или кредита положений о том, что при нарушении тех или иных ковенантов у заемщика имеется некоторое время на устранение допущенных нарушений.

Кроме того, во избежание несправедливых и недобросовестных случаев акселерации, возможно, следует презюмировать применение критерия существенности нарушения (по аналогии с п. 2 ст. 450 ГК РФ или на основании принципа добросовестности). Если из содержания договора не следует, что стороны очертили четкие критерии оценки тех или иных обстоятельств в качестве нарушения ковенанта, следует предположить, что стороны подразумевали применение критерия существенности нарушения. Например, если договор кредита на сумму несколько миллионов долларов запрещал заемщику-организации предоставление займов третьим лицам, но не устанавливал никаких цензов по сумме, а заемщик предоставил небольшой заем на лечение своему сотруднику на 10 тыс. руб., вряд ли было бы справедливо допускать акселерацию всей кредитной задолженности.

К праву на акселерацию долга из-за нарушения ковенантов применим ряд заключений, которые в комментарии к п. 2 ст. 811 ГК РФ были сделаны в отношении акселерации в случае просрочки. Например, займодавец может осуществить отказ от осуществления права на основании правил п. 6 ст. 450.1 ГК РФ (см. п. 2.8 комментария к ст. 811 ГК РФ), а при отсутствии такого отказа право на акселерацию может быть заблокировано, если займодавец не осуществляет право в течение разумного срока или иным образом своим поведением создает для заемщика разумные основания полагаться на то, что акселерация, несмотря на нарушение ковенанта, не произойдет (см. п. 2.9 комментария к ст. 811 ГК РФ).

(к) Защита третьих лиц. В случае наличия в договоре ковенантов, которые существенно ограничивают экономическую свободу заемщика и предоставляют банку (займодавцу) право вето на принятие заемщиком тех или иных деловых решений, требуют получения на них согласия банка (займодавца), последний приобретает определенный контроль над заемщиком. Нельзя исключить того, что в некоторых случаях этот контроль может достичь такого уровня, при котором банк (займодавец) может быть признан контролирующим заемщика лицом по смыслу

ст. 61.10 Закона о несостоятельности (банкротстве). А это открывает теоретическую перспективу привлечения банка (займодавца) к субсидиарной ответственности при банкротстве заемщика, если выяснится, что реализация банком (займодавцем) своих контролирующих правомочий привела заемщика к банкротству. Например, если ковенант запрещал заемщику совершение тех или иных операций без согласия банка, заемщик обосновал банку, что неосуществление той или иной операции неминуемо приведет заемщика к банкротству, а банк тем не менее без рациональных экономических оснований не дал указанного согласия, тем самым обрекая заемщика на банкротство, субсидиарная ответственность банка по правилам ст. 61.11 Закона о несостоятельности (банкротстве) не исключена. Впрочем, здесь, видимо, многое зависит от конкретных обстоятельств и степени неразумности или недобросовестности поведения банка (займодавца).

(л) Основания досрочного возврата и отказ от предоставления кредита. Как было указано в п. «а» комментария к настоящей статье, современная судебная практика рассматривает акселерацию долга (т.е. изменение срока погашения выданного кредита) и отказ от договора (направленный на прекращение обязательств по выдаче кредитов в будущем) в качестве разных средств защиты прав кредитора, которые могут применяться как кумулятивно, так и сепаратно (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 811 ГК РФ). Но этот подход, в целом кажущийся логичным с формальной точки зрения, порождает ряд вопросов. Первый из них такой: иногда закон устанавливает при наступлении тех или иных обстоятельств право на акселерацию долга (например, ст. 811 ГК РФ), но умалчивает о праве на отказ от договора на будущее. Означает ли это, что право на такой отказ подразумевается? Кажется логичным ответить на этот вопрос утвердительно. Если закон допускает использование столь болезненного средства защиты, как акселерация, то тем более право банка отказаться от выдачи кредитов в будущем не ставится под сомнение. Более того, это право, как правило, может быть выведено из общих правил ГК РФ о расторжении нарушенного договора (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 450 ГК РФ).

Более интересен второй вопрос: можно ли считать, что упоминание в законе права банка на отказ от договора подразумевает и право на акселерацию долга? Например, ст. 431.2 ГК РФ говорит о праве на отказ от договора в случае выявления недостоверности существенных заверений, ст. 450.1 ГК РФ дает право на отказ от договора в случае выявления отсутствия необходимой лицензии, правила п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405 и п. 2 ст. 450 ГК РФ дают кредитору право на расторжение договора при существенном нарушении любых обязательств

должника. Можно ли из этих норм вывести право на акселерацию? Вопрос не столь однозначен, в судебной практике он не разрешен. Если признать обоснованным положительный ответ на указанный вопрос, тогда соответствующие нормы ГК РФ, дающие право на отказ от договора, должны толковаться расширительно. Как представляется, здесь требуется к расширительному толкованию каждой из таких норм подходить индивидуально.

В принципе, применительно к вышеуказанным нормам такое расширительное прочтение кажется оправданным. При данном подходе банк вправе как заявить акселерацию долга вместе с отказом от договора на будущее, так и заявить отказ от кредитования в будущем, не заявляя акселерацию.

Но куда более спорный вопрос возникает в отношении возможности заявить об акселерации долга по основаниям, указанным в п. 1 ст. 821 ГК РФ (т.е. при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о будущем нарушении заемщиком договора). Данная норма говорит не о праве на отказ от договора, а о праве банка отказаться от предоставления кредита. Можно ли пойти настолько далеко, что и данное указание закона истолковать расширительно и легализовать право банка производить акселерацию долга при возникновении предвидимого нарушения? Может ли банк при отсутствии каких-либо указаний на сей счет в договоре заявить об акселерации долга, надлежащим образом обслуживаемого заемщиком, только лишь на том основании, что в силу тех или иных обстоятельств кредитный риск значительно вырос и стало очевидным, что в будущем банк столкнется с дефолтом заемщика? Подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 821 ГК РФ.

§ 3. Товарный и коммерческий кредит

Статья 822. Товарный кредит

Сторонами может быть заключен договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками (договор товарного кредита). К такому договору применяются правила параграфа 1 настоящей главы, если иное не предусмотрено таким договором и не вытекает из существа обязательства.

Условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, о качестве, о таре и (или) об упаковке предоставляемых вещей должны исполняться в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (статьи 465–485), если иное не предусмотрено договором товарного кредита.

Комментарий

(а) Общие замечания. Настоящая статья посвящена одной из правовых форм, опосредующих заемные отношения — договору товарного кредита. Последний понимается в комментируемой статье как договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками.

В том виде, в котором она закреплена в ГК РФ, конструкция «товарного кредита» представляет собой консенсуальную разновидность займа заменимых (родовых) вещей и не имеет никакого отношения к случаям продажи товаров в кредит, т.е. на условиях отсрочки или рассрочки платежа. Эти отношения рассматриваются Кодексом в качестве коммерческого кредитования и регламентируются предписаниями ст. 823 ГК РФ (см. комментарий к ней). Равным образом феномен «товарного кредита» не связан и с ситуациями денежного займа (кредита), предоставленного на приобретение определенных товаров (целевого займа) (см. ст. 814 ГК РФ и комментарий к ней).

Сам по себе заем заменимых (родовых) вещей давно известен практически всем развитым правовым порядкам. В то же время отдельная конструкция товарного кредита является в значительной степени отечественным «изобретением». Ее специальное регулирование появилось только в нынешнем ГК РФ и в значительной степени было обусловлено национальными особенностями регулирования заемных отношений в советский период (в частности, исключительно реальным характером договора займа). Вместе с тем, поскольку эти особенности для современного российского законодательства уже нехарактерны, регулирующее воздействие правил данной статьи в настоящее время крайне невелико, а сама потребность в отдельной и самостоятельной конструкции товарного кредита достаточно сомнительна.

(б) Правовая природа договора товарного кредита. Товарный кредит, очевидно, относится к группе договоров заемной направленности. Это подчеркивается его названием, системным расположением посвященных ему правил (гл. 42 ГК РФ), а также применением к такому договору общих положений § 1 гл. 42 ГК РФ о займе, о чем прямо указано в настоящей статье.

Но главный аргумент в пользу указанной природы товарного кредита заключается в том, что ему присущи все ключевые черты (квалифицирующие признаки) заемных договоров (подробнее см. комментарий к ст. 807 ГК РФ).

Объектом предоставления со стороны займодавца являются родовые (или, точнее говоря, заменимые) вещи. Эти вещи передаются в собственность заемщика. Хотя текст закона не упоминает о предоставлении именно «в собственность», это с очевидностью следует из правил, содержащихся в абз. 2 комментируемой статьи. Правила о купле-продаже (как договоре, опосредующем передачу товаров в собственность) могут адекватно применяться к товарному кредиту только в случае однотипности отношений, а следовательно, последний также предполагает передачу товаров в собственность заемщика.

И наконец, товарный кредит характеризуется возвратностью предоставления имущества. Получив заменимые (родовые) вещи, заемщик по договору товарного кредита обязан по окончании определенного срока вернуть такое же количество аналогичных вещей (о возможных отступлениях от данного правила см. подп. «в» п. 1.4 комментария к ст. 807 ГК РФ). К сожалению, этот признак не артикулирован законом прямо. Однако он, очевидно, подразумевается, о чем недвусмысленно свидетельствует содержащаяся в комментируемой статье отсылка к общим положениям о займе. С учетом указанного признака заметим, что не может быть квалифицирован в качестве товарного кредита договор, по которому лицо, получившее в собственность согласованные заменимые вещи, обязано по окончании договора возвратить не аналогичные полученным, а иные заменимые вещи.

(в) Место товарного кредита в системе заемных договоров, квалифицирующие признаки товарного кредита. Несмотря на термин «кредит», использованный в названии, договор товарного кредита никогда не имел и в настоящее время не имеет ничего общего с кредитом банковским (ст. 819 ГК РФ). Комментируемая статья не содержит никаких специальных ограничений в отношении субъектного состава договора товарного кредита, из чего, вкупе с применением к такому договору общих правил § 1 гл. 42 ГК РФ о займе, следует, что в качестве займодавца и заемщика по такому договору могут выступать любые лица с учетом объема их право- и дееспособности.

Двумя особенностями договора товарного кредита являются: а) объект предоставления, в качестве которого выступают родовые (заменяемые) вещи; б) консенсуальный характер договора. Таким образом, договор товарного кредита представляет собой консенсуальный заем заменимых (родовых) вещей. В прежней редакции комментируемой статьи на характер отличительных черт товарного кредита мог претендовать консенсуальный характер этого договора. Однако, исходя из актуальной редакции ст. 807 ГК РФ, которая до-

пускает заключение консенсуального займа, уникальность товарного кредита исчезает (подробнее о консенсуальности товарного кредита см. п. «д» комментария к настоящей статье).

Таким образом, независимо от того, указано ли это в тексте договора, если между сторонами заключен договор займа заменимых вещей, который предусматривает обязательство передать заемщику соответствующий товар, мы должны квалифицировать договор в качестве товарного кредита.

Но в чем смысл такого произвольного выделения особой разновидности заемного договора, придания ему названия и формирования отдельной статьи ГК РФ для регулирования такой конструкции, не вполне ясно. Почему, например, ГК РФ не выделяет «ценнобумажный заем» и не обозначает консенсуальную модификацию такой конструкции «ценнобумажным кредитом»? Впрочем, такое искусственное выделение подвидов займа не является чем-то новым. Столь же сомнительно выделение в ГК РФ в качестве подвида займа банковского кредита с провалившейся попыткой выработать какие-то особые нормы для такой разновидности.

Единственным элементом, казалось бы, специфичного регулирования товарного кредита, который должен применяться к такому договору в отличие от обычного займа, является предписание абз. 2 настоящей статьи, допускающее применение к товарному кредиту правил гл. 30 ГК РФ о количестве, ассортименте, комплектности, качестве, таре (упаковке) передаваемых вещей (подробнее см. п. «к» комментария к настоящей статье). Но и это кажется не вполне логичным. Поскольку всякий договор займа, в том числе займа вещей, предполагает их предоставление в собственность заемщика, предписания, посвященные купле-продаже как ключевому договорному типу, опосредующему передачу вещей в собственность, подлежат применению по аналогии закона к любому договору займа заменимых вещей, даже если он является реальным и к категории товарного кредита отнесен быть не может. Отсутствие же прямого указания об этом в нормах § 1 гл. 42 ГК РФ является лишь техническим дефектом и не исключает подобного применения по аналогии закона (см. п. 1.9 комментария к ст. 807 ГК РФ). Не составляет отличия и прямо выраженная в абз. 2 комментируемой статьи возможность исключить по соглашению сторон применение правил о купле-продаже, применимых к рассматриваемому договору. Являясь отражением общего принципа свободы договора, диспозитивность регулирования в столь же равной мере характерна и для общей конструкции займа заменимых (родовых) вещей.

(г) Правовая регламентация. В целях нормативной экономии законодатель отказывается от развернутого урегулирования договора товарного кредита. В предыдущей редакции комментируемой статьи в этих целях содержалась отсылка к правилам о кредитном договоре (§ 2 гл. 42 ГК РФ). С 1 июня 2018 г. на договор товарного кредита в части, не противоречащей существу данных отношений, распространяются общие положения о договоре займа (§ 1 гл. 42 ГК РФ).

Изменение базовых правил, применимых к товарному кредиту, выглядит вполне естественно и устраняет ряд недостатков прежнего регулирования (в частности, конститутивный характер письменной формы, ранее вытекавший из необходимости применения к рассматриваемому договору положений ст. 820 ГК РФ). Вместе с тем это изменение, в значительной степени отождествляя регулирование займа заменимых (родовых) вещей и товарного кредита, делает их практически неразличимыми и еще более рельефно демонстрирует отсутствие потребности в последнем как самостоятельном феномене.

(д) Характеристика договора товарного кредита: реальность или консенсуальность. Комментируемая статья говорит о товарном кредите как договоре, предусматривающем обязанность одной стороны (займодавец) предоставить другой стороне (заемщику) согласованное количество заменимых (родовых) вещей. Тем самым она вроде бы подчеркивает, что товарный кредит является договором строго консенсуальным. Такой вывод полностью соответствовал прежней парадигме регулирования, предусматривающей применение к товарному кредиту правил о другом консенсуальном договоре — банковском кредите (ст. 819 ГК РФ).

Вместе с тем новая редакция, введенная в действие с 1 июня 2018 г., содержит отсылку не к кредитному договору, а к общим правилам о займе и ввиду правил п. 1 ст. 807 ГК РФ ставит вопрос о соотношении последних с предписаниями настоящей статьи. Ответ на этот вопрос неочевиден и может предполагать различные варианты.

Во-первых, можно предположить, что всякий договор товарного кредита может быть заключен как по модели реального, так и по модели консенсуального договора, поскольку отсылка к общим правилам о займе сопровождается в комментируемой статье указанием о допустимости установления иного соглашения сторон. Иначе говоря, при таком подходе указание на консенсуальность в ст. 822 ГК РФ не рассматривается как квалифицирующий признак, и товарным кредитом будет любой случай передачи в заем заменимых вещей.

Такой подход кажется не вполне логичным. Законодатель, скорее всего, закладывая в конструкцию товарного кредита консенсуальность, что и отразилось в дефиниции.

Во-вторых, можно помыслить договор товарного кредита как исключительно консенсуальный, поскольку отсылка к общим положениям о займе не затрагивает содержащегося непосредственно в комментируемой статье легального определения рассматриваемого договора. При таком подходе товарный кредит — это консенсуальная модификация займа заменимых вещей. Реальный договор займа вещей просто не будет товарным кредитом, так как он не вписывается в дефиницию договора, закрепленную в комментируемой статье.

Но в рамках такого подхода возникает лишь один практический вопрос. Комментируемая статья не повторяет содержащегося в ст. 807 ГК РФ ограничения на возможность заключения такого договора в ситуации, когда займодавцем является гражданин. Как это можно истолковать? Реальный договор займа заменимых вещей просто не будет товарным кредитом.

С одной стороны, можно предположить, что здесь можно в полной мере отдать приоритет п. 1 ст. 807 ГК РФ, и тогда договор товарного кредита с участием гражданина-займодавца просто невозможен, поскольку невозможен и обычный консенсуальный заем в такой ситуации. Этот подход делает регулирование однородных отношений (займа заменимых вещей и товарного кредита) однородным: не вполне понятно, почему гражданин-займодавец не может связать себя юридически действительным обязательством передать в заем деньги, но может связать себя таким же, по сути, обязательством в отношении товаров.

С другой стороны, можно предположить, что норму абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ можно игнорировать, и, поскольку ст. 822 ГК РФ не повторяет ограничения по субъектному составу, товарный кредит возможен и тогда, когда займодавцем является физическое лицо. При таком подходе может быть обнаружен хоть какой-то смысл в сохранении ст. 822 ГК РФ в рамках современной редакции ГК РФ: если до 1 июня 2018 г. эта статья *de facto* вводила в правовое поле консенсуальность для тех заемных конструкций, которые использовали в качестве объекта заемного предоставления заменимые вещи, то сейчас в условиях общей легализации консенсуальности займа эта статья позволяет не применять то единственное ограничение на консенсуальность, которое сохранилось в действующем ГК РФ (ситуацию, когда займодавцем является гражданин).

Ввиду своей системности нам более импонирует первый из приведенных подходов (что, однако, не исключает нашего скептического

отношения к самому сформулированному в абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ ограничению на заключение консенсуального займа). Впрочем, окончательное решение данного вопроса предстоит принять судебной практике, которая в настоящее время еще не сложилась.

(е) Характеристика договора товарного кредита: возмездность / безвозмездность. Прежняя редакция комментируемой статьи, как уже упоминалось, отсылала к правилам § 2 гл. 42 ГК РФ о кредитном договоре, что предопределяло вывод о том, что товарный кредит предоставляется за плату. При этом возмездность не составляла необходимый признак рассматриваемого договора, а являла собой лишь общее правило, действующее по умолчанию, и могла быть исключена самим соглашением сторон или существом обязательства. Так, нередко товарный кредит используется как мера государственной поддержки производителей (например, предприятий агропромышленного комплекса), оказания им материальной помощи. Такой товарный кредит является, как правило, безвозмездным, ибо взимание процентов противоречило бы указанным целям.

Изменение редакции комментируемой статьи с 1 июня 2018 г. вынуждает к пересмотру общего правила. Поскольку к договору товарного кредита применяются положения § 1 гл. 42 ГК РФ о займе, на договор товарного кредита распространяется общая презумпция безвозмездности договоров займа, предметом которых являются иные, чем деньги, заменимые (родовые) вещи (абз. 3 п. 4 ст. 809 ГК РФ). Таким образом, в настоящее время договор товарного кредита должен рассматриваться как безвозмездный, если иное не предусмотрено соглашением сторон или не вытекает из существа обязательства.

(ж) «Проценты» по договору товарного кредита. В случае возмездности договора товарного кредита «проценты» по такому договору по общему правилу выражаются в форме вещей, являющихся предметом договора. Таким образом, когда товарный кредит предоставляется за плату, полученные заемщиком заменимые (родовые) вещи подлежат возврату в объеме, увеличенном на сумму процентов. При этом указанная форма «процентов» не составляет, как и для любого займа, конститутивного признака. Договором товарного кредита может быть предусмотрена уплата «процентов» и в иной форме, например в денежной, либо в виде предоставления иных, чем предмет займа, вещей.

Вопрос о существенности условия о размере «процентов» в возмездном договоре товарного кредита является достаточно сложным. Дело в том, что сама возможность использования в подобной ситуации

общих восполняющих правил п. 1 ст. 809 ГК РФ крайне сомнительна. Установленные ей правила об исчислении размера «процентов» исходя из размера ключевой ставки Банка России, действовавшей в соответствующие периоды, очевидно, ориентированы на денежный заем, в котором «проценты» также выражаются в деньгах. Размер ключевой ставки представляет собой (по крайней мере по замыслу законодателя) «цену капитала», т.е. стоимость пользования деньгами. В случае же товарного кредита происходит пользование не капиталом, а определенными вещами. И хотя использование ключевой ставки в подобной ситуации арифметически возможно (так, можно «перевести» тело долга – соответствующие заменимые вещи – в деньги, начислить на них проценты исходя из размера ключевой ставки, а потом полученную сумму опять «трансформировать» в вещи), но является неадекватным, а потому не может допускаться.

В условиях невозможности использования восполняющей нормы п. 1 ст. 809 ГК РФ следует либо допустить восполнение отсутствующего условия о «цене» в возмездном договоре товарного кредита с помощью общих правил п. 3 ст. 424 ГК РФ исходя из аналогичных показателей, либо при отсутствии таковых признать возмездный договор товарного кредита незаключенным (абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ).

(з) Существенные условия договора товарного кредита. К числу условий, согласование которых необходимо и достаточно для того, чтобы договор товарного кредита считался заключенным, относится условие о предмете (объекте предоставления) – наименование и количество заменимых (родовых) вещей, подлежащих передаче и последующему возврату. Как и всякое существенное условие, данное условие считается согласованным, когда оно прямо определено договором либо является определяемым, т.е. договор предусматривает правила, позволяющие определить его в будущем (в том числе относит его определение на произвольное усмотрение одной из сторон).

Характеристикой объекта предоставления является и условие об ассортименте вещей, передаваемых заемщику. Однако, поскольку к товарному кредиту применяется п. 2 ст. 467 ГК РФ, предусматривающий специальную восполняющую норму на случай отсутствия в договоре данного условия, оно не может быть отнесено к числу существенных.

Ввиду применения к товарному кредиту восполняющих правил п. 2 ст. 469, п. 2 ст. 478, п. 2 ст. 481 ГК РФ не являются существенными условия, характеризующие соответственно качество, комплектность, тару (упаковку) вещей, подлежащих передаче заемщику и последующему возврату.

О размере «процента» как об условии договора товарного кредита и о вопросе о существенности этого условия см. п. «ж» комментария к настоящей статье.

В рамках консенсуальной модели товарного кредита (подробнее см. п. «д» комментария к настоящей статье) не является существенным условие о сроке предоставления согласованных родовых вещей заемщику. В случае отсутствия договорного регулирования такой срок будет определяться с помощью общих правил ст. 314 ГК РФ.

К числу существенных не относится условие о сроке возврата товарного кредита, поскольку в случае его отсутствия подлежит применению восполняющее данный пробел правило абз. 2 п. 1 ст. 810 ГК РФ.

(и) Какие общие положения о займе подлежат применению к договору товарного кредита? Как уже указывалось, комментируемая статья настаивает на применении к договору товарного кредита общих правил о займе, если это не противоречит существу обязательства. Под последним, видимо, понимаются специфика объекта предоставления и момента признания договора заключенным, характерные для договора товарного кредита.

Кроме того, комментируемая статья допускает возможность заблокировать применение общих положений о займе соглашением сторон. Однако представляется, что какой-то особой свободой участники договора товарного кредита не обладают. В тех же самых пределах, что и относительно любого другого договора займа, стороны договора товарного кредита могут изменить или исключить применение диспозитивных положений § 1 гл. 42 ГК РФ. Изменить или отменить правило, сформулированное императивной нормой (например, абз. 2 п. 3 ст. 807 ГК РФ), стороны договора товарного кредита не вправе.

Большинство предписаний § 1 гл. 42 ГК РФ носят универсальный характер, индифферентны к указанным особенностям товарного кредита, а потому могут адекватно применяться и к рассматриваемому договору. Так, нет препятствий к использованию в отношении товарного кредита модели предоставления оговоренных заменимых (родовых) вещей не непосредственно заемщику, а по его указанию третьему лицу (п. 5 ст. 807 ГК РФ). К товарному кредиту применяются положения абз. 1 п. 3 ст. 807 ГК РФ о праве займодавца превентивно отказаться от договора в случае очевидного предвидимого нарушения со стороны заемщика. На товарный кредит в полной мере распространяются правила п. 2 ст. 811, 813, 814 ГК РФ, предоставляющие возможность займодавцу требовать акселерации долга.

Правила ст. 808 ГК РФ также подлежат применению и к договорам товарного кредита – с тем, однако, уточнением, что под «суммой займа», влияющей на определение формы договора, должна пониматься стоимость передаваемых взаем заменимых (родовых) вещей.

С соответствующими уточнениями применяются к товарному кредиту и правила ст. 812 ГК РФ. Принципиальная возможность использования ее предписаний к вещному займу вытекает из п. 1 и 3 этой статьи. Соответственно, в случае реальной модели договора (подробнее о проблеме ее допустимости см. п. «д» настоящего комментария) заемщик вправе оспаривать договор товарного кредита по «бестоварности», т.е. требовать признания его незаключенным полностью или частично, доказывая, что вещи не были получены в количестве, указанном в договоре.

На товарный кредит не распространяются предписания п. 1 ст. 811 ГК РФ. Установленная ими на случай несвоевременного возврата объекта предоставления санкция (проценты годовые по ст. 395 ГК РФ) ориентирована исключительно на денежные обязательства и не может быть адекватно применена к займу родовых вещей. Однако предусмотренные п. 1 ст. 811 ГК РФ проценты годовые могут начисляться в случае несвоевременной уплаты процентов за пользование товарным кредитом (регулятивных процентов), если последние определены в договоре в денежной форме. В любом случае сказанное выше не исключает возможности взыскания займодавцем по товарному кредиту убытков, причиненных несвоевременным возвратом основного долга и регулятивных «процентов», а также согласованной в договоре на этот случай неустойки.

Возникает вопрос об использовании применительно к товарному кредиту предписаний п. 2 ст. 810 ГК РФ. Правило о недопустимости досрочного возврата при возмездном договоре (абз. 3) выглядит в отношении товарного кредита вполне уместно. Применимость предписаний абз. 2 данной статьи может быть оправдана особой защитой, предоставляемой «слабой» стороне (гражданину-потребителю). Однако общая допустимость досрочного возврата объекта предоставления при безвозмездности договора (абз. 1) в отношении товарного кредита не выглядит адекватным и естественным решением. Данное правило абз. 1 п. 2 ст. 810 ГК РФ, очевидно, сформулировано в расчете на денежный заем, при котором займодавец, как правило, не несет никаких расходов, связанных с досрочным получением от заемщика суммы займа и ее дальнейшим хранением. Однако при товарном кредите (как и любом ином займе родовых вещей), напротив, досрочный возврат подразумевает нарушение интересов займодавца, его хозяйственные

планы и в большинстве случаев влечет возникновение дополнительных временных и имущественных затрат в связи с необходимостью организации принятия предмета займа, его размещением и дальнейшим обеспечением его сохранности. В связи с этим применительно к товарному кредиту решение, предложенное в абз. 1 п. 2 ст. 810 ГК РФ, на наш взгляд, должно меняться на прямо противоположное: объект предоставления не может быть возвращен заемщиком досрочно полностью или частично, если иное не предусмотрено договором товарного кредита.

(к) Применение к отношениям сторон правил о купле-продаже. Абзац 2 комментируемой статьи регулирует условия о количестве, ассортименте, комплектности, качестве, таре (упаковке) передаваемых заемщику вещей путем отсылки к соответствующим положениям ГК РФ о купле-продаже.

Учитывая, что договор товарного кредита опосредует отношения по предоставлению имущества в собственность заемщика, сама по себе отсылка к правилам о договоре, опосредующем передачу вещей в собственность другой стороны, соответствует идее нормативной экономии и выглядит вполне уместно. Однако эта отсылка нуждается в ряде уточнений.

Во-первых, в качестве базовой отсылки абз. 2 комментируемой статьи использует правила о купле-продаже. Это справедливо в ситуации, когда речь идет о возмездном договоре товарного кредита. В отношении же безвозмездного договора целесообразно применять правила о дарении.

Во-вторых, совершенно непонятно, почему применение к возмездному договору товарного кредита правил о купле-продаже ограничивается только предписаниями ст. 465–484 ГК РФ (ссылка на ст. 485 ГК РФ является явно ошибочной, поскольку последняя регламентирует исключительно вопросы определения цены купли-продажи, irrelevantные для товарного кредита)? Почему в число применимых норм не вошли правила п. 2 ст. 456 и ст. 464 ГК РФ, посвященные передаче одновременно с вещами всех относящихся к ним документов? Почему комментируемая статья не содержит отсылки к предписаниям ст. 460 ГК РФ, устанавливающей требование «юридического» качества передаваемых товаров? Ведь предоставление в качестве товарного кредита соответствующих заменимых вещей без необходимых документов, наличие прав третьих лиц на эти вещи способны нарушить интерес заемщика и исключить возможность использования данных вещей или их реализации заемщиком ничуть не меньше, чем нарушение требова-

ний к их качеству, ассортименту или упаковке. Поскольку объяснить такое ограниченное применение невозможно, следует воспринимать правило абз. 2 комментируемой статьи расширительно и применять к возмездному товарному кредиту все правила о купле-продаже, посвященные передаваемым товарам.

Абзац 2 комментируемой статьи указывает на применение к товарному кредиту соответствующих правил о купле-продаже, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Однако не стоит полагать, что участники договора товарного кредита обладают какими-то особыми правовыми возможностями в регулировании соответствующих вопросов, по сравнению с участниками договора купли-продажи. Очевидно, что возможность своим соглашением устанавливать иное, по сравнению с правилами гл. 30 ГК РФ, не касается императивных норм (например, предписаний п. 2 ст. 461 ГК РФ).

Соответствующие правила гл. 30 ГК РФ о количестве, ассортименте, комплектности, качестве, таре (упаковке) передаваемых вещей, отсутствии прав третьих лиц, передаче документов применяются к договору товарного кредита, если это не противоречит существу отношений. Так, ввиду распространенного в судебной практике мнения о недопустимости истребования предмета займа у нежелающего предоставлять его займодавца по консенсуальному займу (см. п. 1 комментария к ст. 807 ГК РФ) не могут использоваться способы защиты, вступающие в противоречие с этим тезисом (например, требование о передаче недостающего товара (п. 1 ст. 466 ГК РФ), требование замены товара ненадлежащего ассортимента или качества (п. 2 ст. 468, п. 2 ст. 475 ГК РФ)). Напротив, поскольку правила об отказе от договора не противоречат конструкции товарного кредита, поэтому в случае существенного нарушения со стороны займодавца (например, предусмотренного абз. 2 п. 1 ст. 460, абз. 2 ст. 464, п. 1 ст. 466, п. 1 и 2 ст. 468, п. 2 ст. 475 ГК РФ) заемщик вправе отказаться от договора в одностороннем порядке, вернуть заем и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора (п. 5 ст. 453 ГК РФ).

Помимо непосредственно предусмотренных гл. 30 ГК РФ способов защиты заемщик вправе также требовать возмещения причиненных убытков (ст. 393 ГК РФ). При этом условием взыскания таких убытков являются общие правила ст. 401 ГК РФ.

Указанные выше предписания применяются не только в рамках консенсуального товарного кредита, но и в случае, когда договор заключен по реальной модели (подробнее о проблеме ее допустимости см. п. «д» настоящего комментария). Несмотря на то что в последнем случае предоставление согласованных вещей осуществляется не в рам-

ках исполнения обязательства, обоснованием такого применения может служить аналогия закона (ст. 6 ГК РФ).

Правила гл. 30 ГК РФ применяются также и к обязанности заемщика по возврату товарного кредита. В связи с этим все сказанное выше *mutatis mutandis* распространяется и на условия о количестве, ассортименте, комплектности, качестве, таре (упаковке) и на другие требования в отношении вещей, возвращаемых заемщиком.

Статья 823. Коммерческий кредит

1. Договорами, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, 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.

2. К коммерческому кредиту соответственно применяются правила настоящей главы, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства.

Комментарий

(а) Понятие коммерческого кредита. Комментируемая статья является достаточно нетипичной для европейских гражданских кодификаций. Она устанавливает, что договор, по которому передаются в собственность деньги или вещи, определяемые родовыми признаками, может предусматривать предоставление кредита, и далее указывается, что такой кредит (коммерческий кредит) может представлять собой аванс или предоплату либо, наоборот, отсрочку или рассрочку оплаты за товар, работы или услуги. В таком случае к отношениям по такому коммерческому кредиту в силу п. 2 ст. 823 ГК РФ применяются нормы главы ГК РФ о займе и кредите, если иное не следует из условий договора и не противоречит существу такого обязательства.

Фундаментальный вопрос, который возникает при прочтении п. 1 ст. 823 ГК РФ, — это вопрос о том, как понять, что в синаллагматическом договоре, опосредующем экономический обмен денег (или иных родовых вещей) на некие другие экономические блага, установлен коммерческий кредит и к соответствующим отношениям по предоплате

(авансу) или отсрочке (рассрочке) платежа подлежат применению правила о займе и кредите.

Есть две возможные позиции. Согласно первой, наличие в sinalлагматическом договоре условий о предоплате (авансе) или отсрочке (рассрочке) платежа само по себе означает, что стороны договорились о коммерческом кредите. Иначе говоря, авансирование или отсрочка (рассрочка) платежа по такому договору являются формой реализации опции согласовать коммерческий кредит. Такое прочтение п. 1 ст. 823 ГК РФ вполне возможно. Согласно такому подходу, правила о займе и кредите начинают применяться к sinalлагматическому договору с необходимыми адаптациями, вытекающими из существа обязательственной связи, в силу одного лишь факта наличия в договоре условий об авансе (предоплате) или отсрочке (рассрочке) платежа. Эту теорию можно обозначить как *теорию имплицитного коммерческого кредитования*.

Согласно второй позиции, для признания условий sinalлагматического договора об авансе (предоплате) или отсрочке (рассрочке) платежа в качестве устанавливающих коммерческий кредит и приводящих к применению правил о займе и кредите необходимо, чтобы договор прямо предусматривал это в форме прямого указания на «коммерческий кредит» или как минимум указания на начисление процентов за пользование деньгами на период авансирования или отсрочки платежа. Данную теорию можно обозначить как *теорию эксплицитного коммерческого кредитования*. Ее следы можно обнаружить, в частности, в п. 5 ст. IV.F.—1:101 Модельных правил европейского частного права, согласно которому заемная природа может быть обнаружена в ситуации установления в договоре отсрочки платежа только тогда, когда в договоре установлена уплата процентов за период отсрочки платежа в дополнение к цене.

Изначально позиция ВАС РФ и ВС РФ, выраженная по данному вопросу, состояла, скорее, в поддержке имплицитной теории. Так, в п. 12 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 указывалось: «Согласно статье 823 Кодекса к коммерческому кредиту относятся гражданско-правовые обязательства, *предусматривающие* отсрочку или рассрочку оплаты товаров, работ или услуг, а также предоставление денежных средств в виде аванса или предварительной оплаты» (курсив мой. — А.К.). Иначе говоря, по выраженному в данном Постановлении мнению высших судов, самого наличия в договоре указанных условий, разрывающих во времени момент оплаты и момент получения встречного предоставления по sinalлагматическому договору, достаточно для квалификации этой ситуации в ка-

честве коммерческого кредита. Коммерческий кредит по умолчанию подразумевается в sinalлагматических договорах, в которых оплата оторвана во времени от осуществления встречного предоставления (будь то в форме аванса или предоплаты либо отсрочки или рассрочки платежа). Та же позиция нашла отражение и в п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85, в котором Суду было достаточно увидеть в договоре комиссии условие об авансировании, чтобы констатировать наличие коммерческого кредита.

Но судебная практика нижестоящих судов, несмотря на эти позиции высших судебных инстанций, в основном (за редкими исключениями) придерживалась теории эксплицитного коммерческого кредитования. Без прямого указания на коммерческий кредит или начисление процентов за период отсрочки платежа или авансирования суды отказывались квалифицировать отношения в качестве коммерческого кредита. Впоследствии эта позиция, требующая прямого указания на коммерческий кредит в договоре, нашла отражение в Определении КЭС ВС РФ от 19 декабря 2017 г. по делу № 306-ЭС17-16139.

Цена данного вопроса, которая обычно и становится поводом для подобных споров, — это начисление процентов по правилам ст. 809 ГК РФ. Если придерживаться теории имплицитного коммерческого кредита, такие проценты с учетом положений ст. 809 ГК РФ (с некоторыми ограничениями) могут начисляться по умолчанию. Если же верна теория эксплицитного коммерческого кредита, эти проценты начисляются только в случае, когда авансирование или отсрочка платежа прямо обозначены в договоре как коммерческий кредит или договор не содержит такого прямого указания, но все же предусматривает начисление процентов за данный период, т.е. еще до начала просрочки. Применимость или неприменимость иных норм о займе и кредите к коммерческому кредиту, как покажет п. «в» комментария к настоящей статье, не зависит от того, квалифицируем ли мы авансирование или отсрочку платежа в качестве коммерческого кредита. Так что весь спор ведется в основном лишь вокруг начисления процентов.

Как представляется, оба варианта интерпретации могут быть согласованы с буквой ГК РФ. Так что выбор предстояло сделать судебной практике. Как мы видим, выбор в пользу имплицитной теории, сделанный высшими судами изначально, не прижился и был в итоге отвергнут. И это вполне естественно. Теория имплицитного коммерческого кредитования многими увязывалась с идеей начисления процентов за период авансирования или отсрочки платежа, которая вполне оправданно судами воспринималась в штыки, как противоречащая

экономической логике, международному опыту и сложившейся практике, подразумеваемой воле сторон и здравому смыслу. Кроме того, идея начислять проценты за данный период явно противоречила норме п. 4 ст. 488 ГК РФ, согласно которой начисление процентов на сумму, соответствующую цене поставленного в кредит товара, с момента поставки самого товара (т.е. предоставления коммерческого кредита) возможно лишь в случае прямого указания на это в договоре. Очень странно предполагать, что по общему правилу за период отсрочки платежа проценты должны начисляться в условиях, когда закон в ситуации с куплей-продажей, архетипическим вариантом синаллагматического договора, применение такого подхода исключает.

В то же время кажется, что теория имплицитного коммерческого кредита могла бы оказаться полезной с чисто утилитарных позиций, так как при правильной интерпретации такой теории она позволяет решить проблему недостаточности стимулов к своевременному погашению долга, но только с одной существенной оговоркой: проценты по займу не должны начисляться по умолчанию за период согласованного авансирования или отсрочки (рассрочки) платежа. На наш взгляд, правило ст. 809 ГК РФ, которое позволяет начислять по умолчанию проценты за пользование заемным капиталом с момента предоставления суммы займа (кредита), на самом деле не может автоматически применяться к отношениям по коммерческому кредитованию, если принять имплицитную теорию. Дело в том, что в классических заемных отношениях проценты за пользование выступают как исключительная форма существования встречного предоставления. Цена тех «услуг», которые оказывает займодавец, передавая заемщику сумму займа, выражается именно и только в процентах, начисляемых на сумму займа. Сама же сумма, составляющая основной денежный долг заемщика, на которую и начисляются проценты, ценой не является, а представляет собой лишь возврат ранее переданного (точнее, его эквивалента).

В случае же коммерческого кредитования заемные отношения развиваются в рамках существующих основных обязательств сторон синаллагматического договора и неразрывно с ними связаны. Ценой здесь является именно денежная сумма, выражающая стоимость товаров, работ или услуг, а сами проценты за пользование коммерческим кредитом являются дополнительной платой. Поэтому стороны, договариваясь о предоплате или отсрочке платежа, имеют возможность оценить период, на который предоставляется коммерческий кредит, и включить стоимость использования коммерческого кредита в течение этого периода в цену товаров, работ или услуг, что на практике и осуществляется предпринимателями в подавляющем большинстве

случаев во всем мире и во все времена. Такова сложившаяся практика. Соответственно, плата за коммерческий кредит по общему правилу должна являться одной из составляющих цены, на которую будет заключен договор. Следует считать, что стороны, установив в договоре цену, включили в нее и стоимость пользования коммерческим кредитом. Таким образом, по общему правилу проценты за пользование коммерческим кредитом взимаются с момента предоставления оно, только если на это прямо делается ссылка в договоре. В последнем случае считается, что стороны не включили стоимость коммерческого кредита в цену товаров, работ или услуг по договору, а выразили ее отдельно.

Для того чтобы осознать неуместность начисления процентов по умолчанию с момента предоставления коммерческого кредита (с момента поставки товара, выполнения работ или оказания услуг с отсрочкой платежа или с момента внесения аванса или предоплаты) в контексте имплицитной теории, достаточно представить себе обычный двусторонний договор поставки, подряда или оказания услуг. Можно не сомневаться в том, что в большинстве случаев, когда стороны предусматривают отсрочку платежа или авансирование, они отнюдь не подразумевают, что за указанный в договоре период, разделяющий поступление денег и осуществление встречного исполнения, должны начисляться какие-либо проценты. Стороны в подавляющем большинстве случаев учитывают период коммерческого кредитования в цене договора. Нигде в мире начисление процентов за этот период не подразумевается по умолчанию. В связи с этим предоставление одной из сторон права на начисление каких-либо процентов за указанный период было бы полным сюрпризом для обоих участников договора, противоречило бы всему мировому опыту, обычаям оборота и разумным ожиданиям участников оборота. Соответственно, такое прочтение закона просто абсурдно.

Ситуация меняется, если должник не исполняет свое встречное обязательство и в договоре стороны не предусмотрели начисление процентов за пользование коммерческим кредитом с момента его предоставления. Учесть период сверхнормативного пользования деньгами в период просрочки кредитором достаточно сложно при согласовании цены товаров, работ или услуг, так как в этот момент возможность будущей просрочки должника носит чисто гипотетический характер, а ее длительность представить себе вообще невозможно. Но идея платности коммерческого кредитования за период просрочки требует своего воплощения. Не будучи отражена в цене товаров, работ или услуг, эта идея начинает проявляться в классической для кредитных отношений

форме начисления процентов. Соответственно, при таком подходе, если наступает просрочка, право на плату за пользование коммерческим кредитом кредитор должен приобретать с момента просрочки: он получает возможность требовать уплаты процентов за пользование коммерческим кредитом по ключевой ставке Банка России (если иная ставка не согласована в договоре) с момента просрочки должником выполнения встречного обязательства и вплоть до исполнения основного обязательства (ст. 809, п. 1 ст. 811 ГК РФ). Соответственно, есть все основания определить в качестве исходной точки расчета процентов за пользование коммерческим кредитом дату неисполнения должником, получившим коммерческий кредит, встречного обязательства, а отнюдь не дату предоставления коммерческого кредита. При этом одновременно с момента просрочки начинают течь проценты как мера ответственности по ст. 395 ГК РФ или согласованные пени.

На это могут возразить, что увязка начала начисления процентов по коммерческому кредиту с фактом просрочки неминуемо переводит данные проценты в разряд меры ответственности за просрочку платежа. А это, в свою очередь, создает логическую затруднительность применения за период просрочки двух видов процентов за просрочку одной и той же природы. В ответ можно указать на то, что в данном конкретном случае начало начисления процентов за коммерческий кредит с момента просрочки просто является продолжением идеи платности кредита: до просрочки кредит тоже был платным — только плата за этот период подразумевается учтенной в цене товаров, работ или услуг.

Иначе говоря, при таком подходе должник, не погасивший долг за предоставленный на условиях отсрочки платежа товар (работы или услуги), а также должник, получивший предоплату, но не исполнивший встречные обязательства по оказанию услуг, выполнению работ или поставке товаров, в силу применения правил о займе (в том числе ст. 811 ГК РФ) ставятся в то же положение, что и займодавец, не получивший назад сумму займа. Поскольку займодавец в такой ситуации вправе требовать в силу ст. 811 ГК РФ начисления двойных процентов, то в силу ст. 823 ГК РФ такие же права должен иметь и кредитор в обычном синаллагматическом договоре, предусматривающем коммерческое кредитование, столкнувшись с тем, что должник, получив от него предоставление, впоследствии отказывается осуществлять свое встречное предоставление.

Аналогичный механизм двойного начисления процентов с момента просрочки известен российскому праву. Согласно вексельному законодательству, если вексель не предусматривает начисление процентов

на сумму долга с момента просрочки, текут две процентные ставки рефинансирования (Положение о переводном и простом векселе, утвержденное Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г., с учетом ст. 3 Закона о переводном и простом векселе): проценты за пользование, а также пени за просрочку. При этом размер обеих определяется ставкой рефинансирования ЦБ РФ (сейчас – ключевой ставкой ЦБ РФ). Аналогичный подход, на наш взгляд, следует распространить и на все случаи коммерческого кредитования¹.

Осознание неадекватности предложенного высшими судами в Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 начисления процентов по умолчанию за период согласованной отсрочки или авансирования, видимо, и способствовало тому, что теория имплицитного коммерческого кредитования не прижилась в судебной практике, и суды, вопреки разъяснениям высших судов конца 1990-х и начала 2000-х гг., предпочитали видеть коммерческое кредитование только там, где на это было прямо указано в договоре. И их в этом трудно обвинить. Если выбирать между теорией эксплицитного коммерческого кредита и теорией имплицитного коммерческого кредита, предполагающей начисление процентов по займу по умолчанию на период авансирования или отсрочки платежа, предпочтение первой оказывается наиболее разумной стратегией. Вопрос лишь в том, что изначальная увязка имплицитной теории с начислением процентов по умолчанию в период авансирования или отсрочки была неверной. Как представляется, судебная практика не отвергла бы имплицитную теорию, если бы она предполагала начисление процентов по ст. 809

¹ Следует уточнить, что, если принять за основу имплицитную теорию, презумпция начисления процентов с момента просрочки должна работать как в случае, когда долг просрочившего должника носит денежный характер (ситуация отсрочки или рассрочки), так и в случае, когда должник просрочил исполнение встречного обязательства, за что он уже получил предоплату (ситуация авансирования). Но ст. 809 ГК РФ предусматривает презумпцию процентности займа с двумя исключениями. Во-первых, заем презюмируется беспроцентным, если долг вытекает из договора займа, заключенного между гражданами, на сумму не более 100 тыс. руб. Это исключение вполне применимо и к коммерческому кредиту. Во-вторых, заем презюмируется беспроцентным, если по договору заемщику передаются не деньги, а иное имущество. Это исключение, видимо, неприменимо к коммерческому кредиту. Иначе следовало бы признать, что проценты не начисляются в случае, если продавец передал покупателю товар (подрядчик выполнил работы или исполнитель оказал услуги), а встречный долг носит денежный характер, и, наоборот, начисляются в случае авансирования. Такое дифференцированное регулирование кажется несправедливым и нелогичным. Эта позиция подтверждается в п. 12 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14, в котором высшие суды закрепили, что проценты по займу начисляются применительно к коммерческому кредиту как в случае авансирования, так и в случае отсрочки (рассрочки) платежа.

ГК РФ с момента просрочки осуществления встречного исполнения (наряду с процентами по ст. 395 ГК РФ или пенями).

К сожалению, на сегодняшний день изменить ситуацию за счет реализации имплицитной модели с расчетом процентов с момента просрочки, не внося изменения в действующую практику высших судов, невозможно. Дело в том, что определение даты просрочки в качестве момента начала начисления процентов по коммерческому кредиту противоречит указаниям п. 12 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14. В данном пункте фиксируется следующее: «Проценты за пользование коммерческим кредитом подлежат уплате с момента, определенного законом или договором. Если законом или договором этот момент не определен, следует исходить из того, что такая обязанность возникает с момента получения товаров, 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». Иначе говоря, согласно выраженной в том постановлении позиции ВАС РФ и ВС РФ, проценты по коммерческому кредиту подлежат начислению с момента предоставления оною, а не с момента просрочки осуществления встречного исполнения. Нам представляется этот подход неверным и заслуживающим пересмотра, если наша судебная практика впоследствии вернется к теории имплицитного коммерческого кредита.

Итак, представляется вполне возможным выбраться из сложившегося тупика таким образом: вернуться к теории имплицитного коммерческого кредита, но при этом изменить подход к вопросу о периоде начисления процентов и предположить, что проценты по займу должны по умолчанию начисляться с момента просрочки (наряду с процентами за просрочку по ст. 395 ГК РФ или пенями), а не с момента предоставления коммерческого кредита.

Как уже отмечалось, такой вариант интерпретации ст. 823 ГК РФ теоретически оправдан исключительно прагматическими соображениями повышения уровня стимулов к своевременному погашению своих долгов. Речь идет о том, что реализация концепции начисления двойных процентов (одни — за пользование капиталом, другие — как мера ответственности) может помочь решить застарелую проблему российского частного права — неэффективность санкции, установленной в ст. 395 ГК РФ за просрочку платежа. Проценты за просрочку установлены сейчас в ст. 395 ГК РФ на уровне ключевой ставки ЦБ РФ,

что в полтора-три раза ниже средних ставок по краткосрочным непотечным кредитам на пополнение оборотных средств в экономике. Сейчас получается, что должнику, осознающему, что взыскание с него убытков в связи с просрочкой в оплате маловероятно из-за проблем в доказывании причинно-следственной связи, логично ожидать на случай своей просрочки лишь взыскания процентов по ст. 395 ГК РФ. С учетом того, что уровень таких процентов намного ниже рыночного уровня процентов по кредитам, должнику выгоднее решать задачу обеспечения доступа к капиталу, не обращаясь в банк за кредитом, а просто цинично задерживая оплату своим поставщикам, подрядчикам или исполнителям. Право невольно ставит недобросовестных должников, предпочитающих кредитоваться за счет циничного затягивания платежей, в более выгодное положение перед добросовестными, которые платят в срок, а решают проблему ликвидности, обращаясь в банк. Первые имеют более дешевое финансирование. Это абсолютно неприемлемо и противоречит отраженной в п. 4 ст. 1 ГК РФ идее о недопустимости ситуации, когда правонарушитель извлекает выгоду из своего неправомерного поведения. Ссылка на то, что кредиторы всегда могут настоять на включении в договор пеней на приемлемом для них уровне, здесь неубедительна, так как далеко не всегда у будущего кредитора имеется достаточно переговорных возможностей, чтобы повлиять на содержание договорных условий.

Решать эту проблему можно разными путями. Один из них — это увеличение уровня процентов по ст. 395 ГК РФ (например, установление там уплаты двойной ключевой ставки по долгам как минимум предпринимателей или установление по примеру европейских стран процента за просрочку в виде формулы «ключевая ставка, увеличенная на определенное количество процентных пунктов»¹), но он требует внесения изменений в ГК РФ. Второй — допущение в судебной практике взыскания разницы между процентами по ст. 395 ГК РФ и среднерыночной ставкой кредитного процента по правилам абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ в качестве неправомерно извлеченного нарушителем договора дохода в виде экономии на процентах; этот путь следует считать *de lege lata* наиболее приемлемым в сложившихся условиях,

¹ Европейские страны установили в качестве ставки процента по просроченным коммерческим долгам ставку рефинансирования Европейского центрального банка (для стран зоны евро), увеличенную как минимум на семь, а с 2011 г. — на восемь процентных пунктов (это было сделано в рамках имплементации Директивы ЕС о борьбе с просрочками платежа по коммерческим контрактам от 16 февраля 2011 г. № 2011/7/EU). По сути, аналогичный подход (базовая ставка повышается на семь процентных пунктов) закреплена и в ст. III.-3:710 Модельных правил европейского частного права.

но пока положительная судебная практика не сложилась. А вот третий возможный путь – это как раз реализация на уровне судебной практики теории имплицитного коммерческого кредита с начислением процентов по займу с момента просрочки наряду с процентами по ст. 395 ГК РФ, но этому препятствуют неверные ориентиры в отношении момента начала расчета процентов по коммерческому кредиту, закрепленные в Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14, спровоцировавшие в итоге тотальное отвержение теории имплицитного коммерческого кредитования.

Получается, что пока ни одно из этих решений, к сожалению, не реализовано. При этом все три решения друг друга исключают. Например, если будет реализован первый вариант и ст. 395 ГК РФ будет исправлена в плане увеличения объема ответственности за просрочку, либо если суды начнут взыскивать с должника неправомерно извлеченные доходы в виде разницы между ключевой ставкой и средней рыночной ставкой по кредитам по правилам абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ, реализация решения, основанного на концепции имплицитного коммерческого кредитования, в значительной степени потеряет свою актуальность (как минимум применительно к ситуации с просрочкой в оплате) и можно будет продолжать придерживаться доминирующей сейчас в судебной практике концепции эксплицитного коммерческого кредита. В общем, российскому праву просто следует вначале осознать проблему недостаточности стимулов к соблюдению платежной дисциплины и определиться с вариантом ее решения.

Как бы то ни было, сейчас с учетом доминирующей судебной практики, для того чтобы претендовать на начисление процентов за пользование капиталом по правилам ст. 823 ГК РФ, кредитор должен иметь возможность сослаться на положение договора либо о том, что аванс или отсрочка платежа является коммерческим кредитом, либо о том, что за пользование капиталом начисляются проценты по той или иной ставке. Если в договоре имеется указание на коммерческий кредит, но не указан период начисления процентов, как уже отмечалось, логично исходить из того, что по умолчанию плата за пользование кредитом в период согласованного авансирования или отсрочки платежа учтена в цене и начинать начислять такие проценты только с момента просрочки наряду с процентами по ст. 395 ГК РФ или пенями, но применение Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 с большой долей вероятности приведет суд к выводу о начислении процентов с момента предоставления коммерческого кредита. Если стороны этого не желают, они могут указать прямо в договоре, что с момента просрочки в оплате

поставленного ранее товара, выполненных работ или оказанных услуг или, наоборот, с момента просрочки в передаче товара, выполнении работ или оказании услуг, за которые ранее была уплачена предоплата, на просрочившую сторону начисляются как пени (или проценты по ст. 395 ГК РФ), так и проценты за использование коммерческого кредита по согласованной ставке (при отсутствии согласованной ставки проценты будут считаться по ключевой ставке ЦБ РФ). Тот факт, что проценты по коммерческому кредиту, согласно условиям договора, начинают начисляться с момента просрочки, не делает их мерой ответственности. Данный вывод прямо сейчас закреплен в Определении КЭС ВС РФ от 19 декабря 2017 г. по делу № 306-ЭС17-16139. Если в договоре установлен определенный процент за пользование коммерческим кредитом, который значительно выше указанной в ст. 809 ГК РФ ключевой ставки ЦБ РФ, применение к нему ст. 333 ГК РФ исключено, так как речь не идет о неустойке. Но нельзя исключить того, что в случае крайне завышенного размера таких процентов (особенно если началом начисления является просрочка) российский суд может применить ст. 10 ГК РФ.

(б) Соотношение процентов по коммерческому кредиту и законных процентов по ст. 317.1 ГК РФ. С 1 июня 2015 г. в ГК РФ появилась ст. 317.1 о начислении законных процентов. Изначально в тексте подразумевалась идея начисления таких процентов по ключевой ставке ЦБ РФ по любым денежным долгам по умолчанию. Это породило споры о том, как эти проценты соотносятся с процентами по ст. 395 ГК РФ за просрочку, а также о том, с какого момента эти законные проценты подлежат начислению. Первый вопрос был правильно решен в судебной практике: такие проценты начисляются кумулятивно, поскольку имеют разную природу (п. 53 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Второй же вопрос вызвал те же споры, которые возникали в отношении возможности начисления процентов за коммерческий кредит по умолчанию в период отсрочки платежа. Очевидно, что начисление каких-либо процентов за этот период не соответствует обычаям оборота и элементарной логике, так как плата за пользование капиталом за данный период закладывается всегда в цену товаров, работ или услуг. Было бы куда логичнее начислять такие проценты лишь за период просрочки, т.е. с момента просрочки начислять два вида процентов: по ст. 317.1 и по ст. 395 ГК РФ. Но эта позиция также не была реализована. В итоге законодатель решил снять этот вопрос радикально, и с 1 августа 2016 г. редакция ст. 317.1 ГК РФ была изменена и теперь законные проценты по договорам, заключен-

ным с 1 августа 2016 г. начисляются лишь в случаях, прямо указанных в договоре¹.

Соответственно, теперь положения ст. 823 в доминирующей на практике ее интерпретации (т.е. с учетом теории эксплицитного коммерческого кредита) и ст. 317.1 ГК РФ во многом дублируют друг друга. Согласно судебной практике, по умолчанию никакие регулятивные (т.е. не являющиеся мерой ответственности) проценты в sinalлагматическом договоре не начисляются (ни с момента возникновения денежного долга по оплате поставленного товара, выполненных работ или оказанных услуг, ни с момента просрочки во внесении отсроченной оплаты), но договор может предусмотреть иное. Он может предусмотреть начисление процентов за пользование капиталом с момента предоставления коммерческого кредита (например, поставки товара с отсрочкой платежа) или с момента просрочки (например, просрочки во внесении оплаты за поставленный товар). Очевидно, что проценты по ст. 823 и проценты по ст. 317.1 ГК РФ имеют одинаковую природу, являясь платой за пользование капиталом, а не мерой ответственности. Иначе говоря, когда договор легализует начисление процентов по ст. 823 ГК РФ, он, по сути, реализует опцию установления законных процентов в договоре.

(в) Применение иных правил о займе и кредите. Вопрос о начислении процентов по умолчанию не исчерпывает весь потенциал применения правил о займе к условиям об авансировании или отсрочке платежа. Некоторые другие нормы о займе теоретически применимы к sinalлагматическому договору, предусматривающему разрыв во времени между оплатой и осуществлением встречного предоставления, но это, скорее, исключение. Большинство норм о займе и кредите к sinalлагматическим договорам применяться не может в силу существа отношений по такому договору.

Приведем примеры.

Потребность в применении к sinalлагматическим договорам норм п. 3 ст. 807 и п. 1 ст. 821 ГК РФ, согласно которым, если займодавец (банк) в силу договора обязан предоставить заем или выдать кредит, он вправе отказаться от исполнения договора полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том,

¹ По договорам, заключенным в период с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г., сохранилась правовая неопределенность. См. подробнее: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 137–146 (автор комментария к ст. 317.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

что предоставленный заем (кредит) не будет возвращен в срок, отсутствует, так как данный вопрос превентивного отказа от договора при возникновении предвидимого нарушения встречного обязательства применительно к синаллагматическим договорам решается в п. 2 ст. 328 ГК РФ.

Норма же абз. 2 п. 3 ст. 807 ГК РФ, согласно которой «заемщик по договору займа, в силу которого займодавец обязался предоставить заем, вправе отказаться от получения займа полностью или частично, уведомив об этом займодавца до установленного договором срока передачи предмета займа, а если такой срок не установлен, в любое время до момента получения займа, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором займа, заемщиком по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность», вряд ли может применяться к синаллагматическим договорам как минимум по умолчанию. Покупатель не может произвольно отказаться от договора до получения товара на условиях отсрочки платежа. Более того, кажется сомнительным, что такая норма может оказаться применимой к синаллагматическому договору, даже если в нем имеется указание на коммерческий кредит. Во избежание сложностей сторонам, решившим указать в синаллагматическом договоре на коммерческий кредит, рекомендуется прямо исключить применение указанной нормы.

Можно представить себе применение к коммерческому кредиту правила п. 1 ст. 810 ГК РФ о 30-дневном льготном сроке (вместо 7-дневного, установленного в общих правилах п. 2 ст. 314 ГК РФ) на исполнение обязательства по возврату займа после востребования такого возврата, которое применяется к ситуации отсутствия в договоре срока возврата займа. Дело в том, что маловероятно заключение синаллагматического договора, который четко предусматривает авансирование или отсрочку платежа и при этом не оговаривает сроки исполнения отложенного встречного обязательства. Впрочем, теоретически такая ситуация сложиться может (например, договор говорит о поставке товара в кредит, но стороны забывают установить период отсрочки платежа). В подобной ситуации применение правила п. 1 ст. 810 ГК РФ к коммерческому кредиту теоретически возможно. Впрочем, какого-либо серьезного значения этот нюанс не имеет. Допустить, что сама идея коммерческого кредита хоть в какой-то степени объясняется желанием обосновать применение именно 30-дневного вместо 7-дневного льготного срока, вряд ли возможно.

Вряд ли применимо в контексте коммерческого кредита положение п. 2 ст. 810 ГК РФ, согласно которому «если иное не предусмотрено

договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно полностью или частично». Если в договоре есть указание на коммерческий кредит, но начисление процентов за период, например, авансирования по купле-продаже не предусмотрено, это само по себе не означает право продавца поставить товар досрочно вопреки правилам ст. 315 ГК РФ. И опять же, данная норма вряд ли может применяться к синаллагматическому договору, даже если в нем прямо указано на коммерческий кредит.

Очень интересным является вопрос о возможности применения к коммерческому кредиту положения п. 2 ст. 811 ГК РФ, согласно которому «если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, займодавец вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с процентами за пользование займом, причитающимися на момент его возврата». Как представляется, данная норма вполне применима к коммерческому кредиту в форме рассрочки платежа за поставленный товар, выполненные работы или оказанные услуги. Если в договоре установлен график таких платежей и покупатель (заказчик) срывает график, право должно давать кредитору возможность заявить об акселерации долга и потребовать досрочного погашения всего долга в судебном порядке, не дожидаясь истечения всего периода рассрочки. Это абсолютно уместно в случаях, когда в договоре отсрочка платежа прямо обозначена как коммерческий кредит. Но в принципе, как представляется, есть все основания применять такую норму и при отсутствии ссылок на коммерческий кредит. При наличии в договоре коммерческого кредита это легко обосновать ссылкой на ст. 823 ГК РФ, но и при отсутствии коммерческого кредита такой вывод можно обосновать просто элементарной аналогией закона.

То же можно сказать и в отношении применения ст. 813 ГК РФ об утрате обеспечений или ухудшения их условий. Если, например, покупателю дана рассрочка платежа и долг покупателя обеспечен залогом на переданный покупателю товар, но последний погиб или вопреки залоговому режиму был неправомерно отчужден покупателем добросовестному третьему лицу, поставщик вправе произвести акселерацию долга. Это вполне логично, независимо от того, названа рассрочка платежа в договоре коммерческим кредитом или нет. Более того, это следует из применения ст. 343 ГК РФ о залоге. Право на акселерацию долга уместно и в тех случаях, когда покупатель не исполнил свое обязательство организовать выдачу поставщику банковской гарантии или поручительства третьего лица в обеспечение своего долга по рас-

сроченному платежу, причем независимо от того, названа рассрочка платежа коммерческим кредитом или нет.

В принципе, можно себе представить и применение ст. 814 ГК РФ о последствиях нецелевого использования займа к отношениям по отсрочке или рассрочке платежа. Например, если поставщик поставил материалы застройщику и в договоре было прямо указано, что материалы подлежат использованию застройщиком строго для целей завершения строительства здания, а вместо этого покупатель продал их третьим лицам по сходной цене и заморозил строительство, поставщик может произвести акселерацию долга и потребовать оплаты немедленно, не дожидаясь истечения всего периода отсрочки или рассрочки платежа. Тут, впрочем, было бы логично проверить у поставщика наличие законного интереса на такую акселерацию, если само право на акселерацию в договоре прямо не установлено. Такой интерес может состоять в следующем: поставщик рассчитывал на то, что застройщик будет расплачиваться с ним за счет средств от реализации квартир, и именно поэтому целевой характер поставляемых материалов и был указан в договоре. И опять же, представляется, что такая возможность не должна зависеть от того, квалифицируем ли мы рассрочку платежа в качестве коммерческого кредита.

Статья 820 ГК РФ о строгой письменной форме договора кредита, несоблюдение которой влечет ничтожность договора, со всей очевидностью не применяется к синаллагматическому договору, независимо от того, имеются в нем указания на коммерческий кредит или нет. В применении же правил ст. 808 ГК РФ о форме займа в отношении синаллагматических договоров нет необходимости, так как сами эти правила, по сути, ничего нового в дополнение к общим правилам о форме сделки не устанавливают (см. комментарий к ст. 808 ГК РФ).

Остальные нормы о займе и кредите оказываются также irrelevantны отношениям по синаллагматическому договору.

Как мы видим, ряд норм о займе и кредите может применяться к отношениям по авансированию или отсрочке (рассрочке) платежа по синаллагматическому договору, но ряд других — нет. При этом те, которые уместно применять в отношении таких договоров, кажутся уместными независимо от того, имеется ли в договоре указание на коммерческий кредит. При отсутствии такого указания эти нормы вполне можно применять по аналогии закона. Соответственно, мы возвращаемся к тому, что, пожалуй, единственной существенной ставкой в споре об имплицитной или эксплицитной теориях коммерческого кредита являются вопросы о начислении процентов по займу по умолчанию и моменте начала начисления таких процентов.

ГЛАВА 43. ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ

Статья 824. Договор финансирования под уступку денежного требования

1. По договору финансирования под уступку денежного требования (договору факторинга) одна сторона (клиент) обязуется уступить другой стороне – финансовому агенту (фактору) денежные требования к третьему лицу (должнику) и оплатить оказанные услуги, а финансовый агент (фактор) обязуется совершить не менее двух следующих действий, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки:

1) передавать клиенту денежные средства в счет денежных требований, в том числе в виде займа или предварительного платежа (аванса);

2) осуществлять учет денежных требований клиента к третьим лицам (должникам);

3) осуществлять права по денежным требованиям клиента, в том числе предъявлять должникам денежные требования к оплате, получать платежи от должников и производить расчеты, связанные с денежными требованиями;

4) осуществлять права по договорам об обеспечении исполнения обязательств должников.

2. Обязательства финансового агента (фактора) по договору факторинга могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки.

3. В части, не урегулированной настоящей главой, к отношениям, связанным с уступкой права требования по договору факторинга, применяются правила главы 24 настоящего Кодекса.

4. Участники гражданского оборота могут заключать также иные договоры, в соответствии с которыми осуществляется уступка денежных требований и которые предусматривают обязанность одной из сторон совершить одно или несколько действий, указанных в подпунктах 1–4 пункта 1 настоящей статьи.

5. Если в силу договора факторинга финансовый агент (фактор) несет обязанности по оплате цены приобретенных им денежных требований, по предоставлению клиенту займа (кредита) или по оказанию клиенту услуг, к отношениям сторон по договору факторинга применяются правила соответственно о купле-продаже, займе (кредите), возмездном оказании

услуг постольку, поскольку это не противоречит положениям настоящей главы и существу отношений по договору факторинга.

Комментарий

1. Понятие договора факторинга. В п. 1 комментируемой статьи сформулирована законодательная дефиниция договора финансирования под уступку денежного требования, который также именуется в ГК РФ договором факторинга. Из этого определения можно сделать следующие выводы о юридической природе договора финансирования под уступку денежного требования. По замыслу законодателя, неотъемлемым элементом любой разновидности договора факторинга является уступка в пользу фактора денежного требования клиента в отношении третьего лица (далее — должник). Но для того, чтобы соглашение, предполагающее уступку денежного требования, можно было считать факторингом, фактор должен дополнительно принять на себя как минимум два из четырех нижеуказанных обязательств: а) передавать клиенту денежные средства в счет денежных требований, в том числе в виде займа или предварительного платежа (аванса); б) осуществлять учет денежных требований клиента к третьим лицам (должникам); в) осуществлять права по денежным требованиям клиента, в том числе предъявлять должникам денежные требования к оплате, получать платежи от должников и производить расчеты, связанные с денежными требованиями; г) осуществлять права по договорам об обеспечении исполнения обязательств должников.

По сути, разработчики новой редакции ст. 824 ГК РФ с некоторыми модификациями восприняли подход к квалификации договора факторинга, который отражен в Оттавской конвенции 1988 г., ратифицированной Россией и вступившей в силу для нее с 1 марта 2015 г.¹ Конвенция также исходит из того, что неотъемлемым компонентом факторинга является уступка денежного требования, но в то же время требуется соответствие договора любым двум из четырех квалифицирующих признаков, а именно фактор должен выполнить по меньшей мере две из следующих функций: а) финансирование поставщика,

¹ Согласно п. 1 ст. 2 Оттавской конвенции 1988 г. она «применяется всякий раз, когда права требования, уступленные по договору факторинга, возникают из договора купли-продажи товаров, заключенного между поставщиком и дебитором, которые являются резидентами различных государств и: а) эти государства, а также государство, в котором находится фактор, являются государствами — участниками Конвенции; или б) договор купли-продажи товаров и договор факторинга регулируются законом государства — участника Конвенции».

включая займы и авансовые платежи; б) ведение счетов, относящихся к дебиторской задолженности; в) сбор дебиторской задолженности; г) защита от неплатежеспособности дебиторов. Как мы видим, российский законодатель не упомянул защиту от неплатежеспособности должников по уступленным требованиям. Безусловно, российские участники оборота могут заключить договор, суть которого в том, что некто обеспечивает требование кредитора к должнику в форме договора поручительства, в рамках которого кредитор вправе потребовать от поручителя оплаты за должника только при условии банкротства должника, но такой договор не будет квалифицирован как факторинг.

Еще одно отличие состоит в том, что согласно Оттавской конвенции 1988 г. (ст. 1) ее правила распространяются только на сделки, в рамках которых уступается денежное требование по оплате, вытекающее из договоров купли-продажи товаров (за исключением тех случаев, когда товары приобретаются должником для личного, семейного или домашнего использования). Российский законодатель не ограничивает сферу применения правил о факторинге только случаями уступки денежных требований, вытекающих из договора купли-продажи: на основании договора факторинга могут уступаться любые оборотоспособные денежные требования (например, деликтные и кондикционные). Кроме того, российский закон не исключает, что на основании договора факторинга будут уступаться денежные требования клиента к потребителям (что, впрочем, не очень распространено на практике).

Если попытаться разобраться в применении критериев квалификации, закрепленных в ст. 824 ГК РФ, получается, что в рамки договора факторинга попадают три разные договорные конструкции. Неотъемлемым элементом всех этих конструкций является уступка денежного требования, но в вопросе о каузе такой уступки эти конструкции различаются принципиально. Речь идет об уступке денежных требований в формате: а) купли-продажи с дополнительным оказанием ряда услуг, б) уступки в целях обеспечения заемного долга, а также в) уступки на инкассо. Разберем все эти варианты последовательно.

1.1. Купля-продажа денежного требования с дополнительным оказанием услуг. В рамках данного варианта факторинга обладатель денежного требования (клиент) уступает финансовому агенту (фактору) денежное требование к третьему лицу (должнику), а взамен получает от фактора оплату (как если бы речь шла об обычной купле-продаже денежного требования). Эта оплата обычно ниже суммы уступаемого требования, а в размер дисконта закладывается принятие фактором на себя рисков дефолта и неплатежеспособности должника. Если фактор не смог добиться от должника уплаты необходимой суммы,

этот риск лежит на факторе, если договором не предусмотрено, что клиент-цедент поручается за исполнение должником обязательств по уступленному требованию (п. 3 ст. 827, п. 1 ст. 390 ГК РФ).

Такой факторинг в коммерческой практике часто называется безрегрессным. Имеется в виду, что фактор не может потребовать от клиента покрытия разницы между полученным фактором от должника и суммой, уплаченной ранее фактором клиенту. С юридической точки зрения это название неточно. Во-первых, ни оно само, ни его антоним («регрессный факторинг») никакого отношения к регрессу в гражданско-правовом понимании этого термина не имеют. Регрессным факторингом зачастую называют договор, заключаемый с обеспечительной целью. В рамках обеспечительного факторинга клиент обязан возместить фактору разницу между полученным от последнего финансированием и той суммой, которую фактор смог взыскать с должника. Однако эта разница компенсируется не по правилам о регрессных обязательствах, а в силу того, что заемный долг клиента перед фактором не погашен в полной мере за счет платежа от должника в пользу фактора. Во-вторых, дело в том, что факторинг по модели купли-продажи вполне может предполагать покрытие клиентом такой разницы, если клиент в соответствии с п. 1 ст. 390 ГК РФ поручается за исполнение должником уступленного фактору требования. И здесь ни о каком регрессном обязательстве также речи не идет: клиент платит фактору то, что не заплатил должник, не в силу какого-то регресса, а в качестве поручителя. Иначе говоря, термин «регрессный факторинг» в рамках актуальной редакции ГК РФ не только задействует термин, абсолютно иррелевантный для складывающихся отношений, но и не позволяет четко разделить факторинг по модели купли-продажи и обеспечительный факторинг, в то время как новая редакция ГК РФ достаточно четко эти модели факторинга друг от друга отделяет и регулирует дифференцированно (ср., например, п. 1 и п. 2 ст. 831 ГК РФ). Поэтому мы далее будем называть эту модель факторинга, предполагающую куплю-продажу денежного требования, безвозвратной моделью факторинга¹.

Дополнительно к элементу купли-продажи денежного требования (уступке в обмен на финансирование в виде внесения цены уступаемого права) для того, чтобы договор считался именно факторингом, по мысли законодателя (подп. 2–4 комментируемого пункта), фактор

¹ Термин, безусловно, тоже неоптимальный, но далее по тексту мы использовать будем именно его, так как термины «купле-продажный факторинг» или «продажный факторинг», будучи абсолютно точными по существу, звучат не очень благозвучно. Возможно, в будущем оборот выберет иной, более удачный и точный термин.

должен быть обязан оказывать клиенту услуги, связанные с учетом денежных требований клиента, и (или) услуги по осуществлению прав клиента (в том числе обеспечительных) по таким требованиям. Здесь следует обратить внимание на то, что п. 1 комментируемой статьи говорит об оказании дополнительных услуг, «связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки». Эта норма наиболее релевантна для услуг, которые оказываются в отношении еще не перешедших требований, ибо и учет уже приобретенных в рамках купли-продажи требований, и осуществление прав по ним (в том числе обеспечительных) обычно не представляют интереса для cedent (клиента).

Что могут представлять собой такие дополнительные услуги? Согласно п. 1 комментируемой статьи это прежде всего услуги по учету денежных требований. Например, договор факторинга может предусматривать, что клиент уступает фактору все денежные требования из долгосрочного договора поставки, заключенного между клиентом и покупателем: некоторые из таких требований носят будущий характер и на момент заключения договора факторинга еще не возникли (например, по оплате поставок по еще не согласованным с покупателем в рамках рамочного договора поставки спецификациям). Такие требования в силу ст. 826 ГК РФ переходят к фактору не в момент заключения договора факторинга, а позднее, в момент, когда они возникнут. Соответственно, у фактора имеется ожидание перехода к нему таких требований по мере их возникновения, и он теоретически может оказывать клиенту услуги по учету динамики возникновения таких требований.

Другой пример: между клиентом, занимающимся поставками товаров, и фактором заключен договор о факторинговом обслуживании, в силу которого фактор оказывает услуги по учету дебиторской задолженности на стороне покупателей клиента-поставщика, в рамках которых фактор отслеживает отгрузку, оплату, фиксирует просрочки, коммуницирует с покупателями по поводу погашения долгов и т.п., и при этом либо имеет опцион на выкуп тех или иных требований, либо вправе требовать от клиента уступки таких требований, либо обязан выкупать те или иные требования при поступлении соответствующих заявок от клиента, либо такие требования автоматически переходят к фактору по мере их возникновения.

Кроме того, в рамках дополнительных услуг в отношении еще не перешедших, но предполагаемых к переходу к фактору требований, фактор может оказывать *de facto* агентские услуги по осуществлению тех или иных прав клиента от имени последнего (например, фактор может

предъявлять иски от имени клиента, осуществлять обеспечительные права и т.п.).

Иначе говоря, по смыслу действующей редакции комментируемого пункта, не является договором факторинга договор, согласно которому происходит возмездная уступка требования (или комплекса требований, включая будущие требования) по модели купли-продажи (п. 4 ст. 454 ГК РФ), но никакие дополнительные услуги приобретателем требования продавцу в отношении иных принадлежащих продавцу и еще не перешедших приобретателю денежных требований не оказываются. Такой договор будет простым договором купли-продажи существующего и (или) будущего денежного требования (или ряда требований), к которому правила о факторинге не применяются. Если же в дополнение к возмездной уступке приобретатель оказывает продавцу дополнительные услуги в отношении иных требований продавца на этапе до их перехода к приобретателю, по мысли законодателя, мы имеем дело с договором факторинга. Речь, как правило, идет о денежных требованиях, которые могут или должны перейти к фактору в будущем, но на момент оказания соответствующих услуг они еще принадлежат клиенту.

При таком прочтении закона договор факторинга в рамках его безвозвратной модели носит длящийся характер и охватывает работу фактора со множеством денежных требований клиента: некоторые он приобретает, в отношении иных оказывает услуги по учету дебиторской задолженности или по осуществлению правомочий клиента от его имени. Например, договор может предусматривать оказание фактором услуг по учету дебиторской задолженности, вытекающей из ряда сделок клиента с третьими лицами, и периодическое приобретение фактором требований (например, автоматический переход тех или иных требований к фактору при наступлении определенных условий, уступка клиентом требования в качестве исполнения своего обязательства совершить такую уступку при наступлении определенных условий, опцион клиента на продажу фактору требований при наступлении таких условий или опцион фактора на выкуп тех или иных требований и т.п.). В принципе, видимо, можно отнести к категории факторинга и такой договор, по которому фактор оказывает клиенту услуги по учету или осуществлению прав по требованиям клиента к своим дебиторам по тем или иным сделкам, а сама уступка некоторых из этих требований предполагается сторонами на основании отдельного соглашения о возмездной уступке одного или нескольких из таких требований клиента (без обязательств производить отчуждение требований). В любом случае речь идет о длящемся договоре, затрагивающем

не одно, а множество требований клиента (как правило, включая и те, которые будут возникать в будущем); при этом в отношении одних требований происходит или предполагается уступка, и фактор оказывает клиенту услуги по управлению еще не перешедшей фактору дебиторской задолженностью.

Впрочем, вопрос о том, должны ли те самые дополнительные услуги касаться только еще не перешедших к фактору требований, может вызывать дискуссии. Чисто теоретически возможно предположить, что для клиента иногда может представлять интерес учет фактором или осуществление им по уже перешедшим к фактору требованиям (т.е. то, как фактор будет распоряжаться перешедшим к нему требованием). Например, клиента может интересовать судьба перешедшей к фактору дебиторской задолженности, статистика просрочек и взысканий, если данная информация влияет на цену факторингового обслуживания. Так, когда размер дисконта по вновь уступаемым требованиям увязан со статистикой взысканий по ранее перешедшим требованиям или когда размер дисконта в той или иной степени увязан с успехом взыскания (например, фактор уплачивает клиенту 50% от номинала уступленного требования, а в случае успешного погашения долга должен доплатить клиенту еще 20%), клиенту не все равно, как фактор распоряжается уступленным ему правом. Кроме того, клиента может беспокоить то, насколько корректно фактор будет себя вести с партнерами клиента, чьи долги были уступлены, так как некорректное поведение фактора может сказаться на репутации клиента и его дальнейших взаимодействиях с должником. В этом плане теоретически можно представить себе договор, в силу которого фактор возьмет на себя те или иные обязательства в отношении стандарта взаимодействия с должниками по перешедшим к нему требованиям. Можно ли считать такие обязательства дополнительными услугами по смыслу комментируемой статьи, добавление которых к элементам уступки денежного требования и финансирования превращает обычную куплю-продажу денежного требования в факторинг, не вполне понятно. Безусловно, такой критерий дифференциации кажется крайне искусственным, но ведь и признание дополнительных услуг в отношении не перешедших требований в качестве критерия дифференциации факторинга от купли-продажи также искусственен. В общем, российской судебной практике еще предстоит разрешить эту дилемму, возникшую в результате сомнительных попыток законодателя отделить факторинг по модели купли-продажи от обычной купли-продажи денежного требования. Если подобная идея возобладает в практике, факторингом будет признаваться и изолированная возмездная уступка одного денежного

требования, если цессионарий принимает на себя обязательства так и или иначе осуществлять перешедшие ему права. Как представляется, все же этот подход кажется чуть более искусственным, чем описанный выше вариант понимания дополнительных услуг как касающихся еще не перешедших к фактору требований.

Как бы то ни было, таким оригинальным образом законодатель попытался разрешить изначальную проблему разграничения договора факторинга, заключаемого по безвозвратной модели, и обычного договора купли-продажи требования, которая не была решена в рамках прежней редакции ст. 824 ГК РФ. Сама эта идея законодателя кажется крайне спорной, а «притягивание» каких-то дополнительных услуг для целей квалификации договора носит искусственный характер. Есть большие сомнения в том, что у клиентов действительно имеется существенный спрос на подобного рода дополнительные услуги, но это не остановило законодателя, который почему-то, копируя положения Оттавской конвенции 1988 г., решил эти услуги вывести в качестве принципиального квалифицирующего признака договора факторинга. Очевидно, что все это сделано ради обоснования места договора факторинга в системе поименованных договорных типов. Можно допустить, что факторинговые компании во имя сохранения квалификации своих сделок именно в качестве факторинга (ради тех или иных преимуществ, которые случайным образом в законодательстве были установлены именно для факторинга и не применяются к обычной купле-продаже денежных требований) начнут теперь искусственно включать в свои договоры, опосредующие скупку денежных требований, некие никому не нужные дополнительные услуги.

По сути, речь идет о смешанном договоре купли-продажи и оказания услуг, который является вполне законным в силу общего правила ст. 421 ГК РФ, но законодатель решил этот вариант смешанного договора выделить в отдельный институт и предписать для него специальные нормы. К элементу возмездной уступки в рамках данного смешанного договора подлежат применению нормы ГК РФ о купле-продаже, если вопрос прямо не урегулирован нормами о факторинге, применение таких норм не противоречит существу отчуждения обязательственных прав и при этом применение диспозитивных норм о купле-продаже не исключено самим соглашением о факторинге. К элементу же оказания услуг (как минимум если такие услуги касаются еще не перешедших фактору прав) аналогичным образом субсидиарно применяются нормы ГК РФ о возмездном оказании услуг (включая услуги по договору поручения). Это следует и из п. 5 комментируемой статьи.

Остается лишь отметить, что такая модель факторинга может сочетаться с поручительством клиента за исполнение должником своего обязательства перед фактором (п. 1 ст. 390, п. 3 ст. 827 ГК РФ). Подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 827 ГК РФ.

1.2. Обеспечительная уступка денежного требования с оказанием дополнительных услуг. Уступка требования далеко не всегда происходит в рамках логики купли-продажи. Требование может быть уступлено и в целях обеспечения. В данной ситуации мы имеем дело с альтернативным залогом механизмом структурирования обеспечения. Кредитор предоставляет должнику заем (как правило, процентный), а заемщик в обеспечение своего долга по возврату займа предоставляет займодавцу не право залога на те или иные свои денежные требования к третьим лицам (в соответствии со ст. 358.1 ГК РФ), а уступает займодавцу такие требования, с тем чтобы в случае просрочки в возврате займа займодавец мог бы самостоятельно осуществить переданные требования и удовлетвориться за счет сумм, полученных от должника по уступленному требованию, либо при наличии указания на то в договоре факторинга — посредством свободной продажи требования третьим лицам. Полученные от должника (или при перепродаже требования — от конечного цессионария) денежные средства займодавец оставляет себе в счет погашения долга, отрицательную разницу (т.е. непогашенную часть заемного долга) он довыскачивает с заемщика, а положительную разницу (т.е. ту часть извлеченной фактором из уступленного требования денежной суммы, которая превышает заемный долг клиента по возврату займа, уплате процентов и санкций) возвращает заемщику. Последнее следует из правил п. 2 ст. 831 ГК РФ.

Следует отметить, что в целом идея передачи имущественного права в обеспечительных целях воспринимается в нашей доктрине и практике неоднозначно. Например, дискуссионной является допустимость обеспечительной передачи права собственности, так как этот инструмент создает конкуренцию разработанному режиму залога и в ряде аспектов порождает ситуации нарушения баланса интересов сторон и проблемы, которые придется решать путем применения правил о залоге по аналогии, а также ущемляет интересы необеспеченных кредиторов должника в большей степени, чем залог (подробнее см. п. 1.10 комментария к ст. 807 ГК РФ). Тем не менее ряд подобных конструкций обеспечительной передачи права собственности уже признан в законодательстве (например, репо ценных бумаг, выкупной возвратный лизинг). Легализована такая конструкция и в рамках правил о факторинге. В комментируемом пункте, в отличие от прежней редакции данной статьи, на это содержится лишь намек («передать

клиенту денежные средства в счет денежных требований, в том числе в виде займа»), но в ряде конкретных норм о факторинге законодатель не оставляет сомнений о законности обеспечительного факторинга (п. 2 ст. 829. п. 2 ст. 831 ГК РФ).

Как указывалось выше, такой факторинг в коммерческой практике часто называют регрессным, что юридически некорректно: адресованное клиенту требование фактора уплатить разницу между суммой изначально предоставленного долгового финансирования и суммой, фактически полученной фактором от должника по уступленному требованию, не носит регрессный характер, а направлено на погашение изначально договорного долга клиента по возврату займа в части, в которой это требование не было погашено за счет полученных фактором от должника денег. Далее мы будем называть такую модель обеспечительным факторингом.

Договор обеспечительного факторинга сам по себе содержит элемент предоставления займа и элемент обеспечительной уступки. Иначе говоря, здесь заключается один смешанный договор, содержащий в себе элемент поименованного договора займа и элемент непоименованного договора, подобного фидуции (обеспечительной передачи имущественного права). К первому элементу применяются согласно правилам п. 3 ст. 421 ГК РФ о смешанных договорах (а также в силу прямого указания в п. 5 комментируемой статьи) нормы ГК РФ о займе, ко второму – в силу п. 3 комментируемой статьи – нормы гл. 24 ГК РФ об уступке денежного требования. Субсидиарное применение норм ГК РФ о цессии и займе происходит, если иное не вытекает из норм ГК РФ о факторинге, условиями договора не исключены соответствующие диспозитивные нормы о займе и цессии, и при этом исключение соответствующих норм о займе и цессии не предопределяется спецификой данной смешанной договорной конструкции и обеспечительным характером уступки.

Но здесь возникает крайне важный вопрос. Как следует из положений комментируемого пункта, для того чтобы договор мог быть квалифицирован как обеспечительный факторинг, помимо элемента уступки требования и элемента предоставления заемного финансирования, в договоре должно быть указано еще либо обязательство осуществлять учет денежных требований клиента, либо обязательство осуществлять права по требованиям клиента (включая обеспечительные). При этом комментируемый пункт говорит, с одной стороны, о том, что такие услуги должны быть *связаны с уступаемыми требованиями*, но, с другой – что происходят учет и осуществление обеспечительных и иных прав в отношении *требований клиента*. С учетом обеспечительного

характера уступки (в отличие от уступки, совершаемой в рамках безвозвратной модели факторинга) обязательство фактора вести учет перешедшего к нему требования и особенно его обязательства осуществлять права (включая обеспечительные) по перешедшим к нему требованиям вполне уместны. Более того, как минимум последнее обязательство, следующее из природы фидуциарных отношений сторон, имманентно присуще обеспечительному факторингу.

Соответственно, есть два варианта толкования закрепленной в комментируемом пункте формулы «уступка + два из четырех указанных в подп. 1–4 п. 1 данной статьи обязательств» в контексте обеспечительной модели факторинга.

Во-первых, можно понимать указание в подп. 2–4 на учет и осуществление прав в отношении *требований клиента* в том смысле, что речь идет о требованиях, которые еще не перешли, но могут перейти к фактору в рамках взаимодействия по данному договору. Если договор предусматривает лишь предоставление займа и его обеспечение в форме обеспечительной уступки в пользу займодавца денежного требования (или нескольких требований) заемщика к третьему лицу, но не предусматривает оказание каких-либо услуг по работе с иной дебиторской задолженностью заемщика, то такой договор в рамках описанного решения не будет квалифицирован в качестве обеспечительного факторинга. Это не значит, что изолированная обеспечительная уступка за рамками конструкции факторинга незаконна. Противники обеспечительной передачи собственности, которые *de lege lata* вынуждены смириться с такой уступкой в рамках факторинга, могли бы толковать закон ограничительно и признавать такую уступку только в рамках факторинга по принципу минимизации зла. Сторонники же титульного обеспечения, естественно, будут упирать на принцип договорной свободы. Как представляется, как бы мы ни относились к обеспечительной передаче права собственности, просто нелепо предполагать, что закон допускает обеспечительную уступку в тех случаях, когда она сочетается с оказанием каких-то услуг в отношении еще не перешедших цессионарию требований, но не допускает ее в остальных случаях. Такое решение представлялось бы воистину алогичным. Соответственно, в рамках обсуждаемого здесь первого варианта решения проблемы квалификации договора обеспечительного факторинга обеспечительная уступка денежного требования, не сопровождаемая какими-то дополнительными услугами в отношении еще не перешедших цессионарию требований cedenta, рассматривается как допустимый непоименованный способ титульного обеспечения.

Во-вторых, можно обсуждать и альтернативное решение, суть которого в том, что в контексте обеспечительного факторинга обязательства, указанные в подп. 2–4 комментируемого пункта (учет и осуществление прав), могут касаться тех требований, которые перешли в имущественную массу фактора. С учетом того, что осуществление прав по приобретенным требованиям представляет собой часть фидуциарных обязательств кредитора, получившего права в качестве объекта титульного обеспечения, можно констатировать, что третий элемент, который согласно закрепленной в п. 1 комментируемой статьи формуле (помимо уступки и финансирования) необходим для квалификации договора в качестве факторинга, налицо. Соответственно, в рамках такого подхода наличие в договоре обязательств по оказанию каких-либо дополнительных услуг в отношении иных, еще не перешедших фактору требований, возможно, но не является необходимым для квалификации. Иначе говоря, применяя такой подход, мы получаем вывод о том, что даже изолированная разовая уступка денежного требования в обеспечение долга по займу представляет собой факторинг, независимо от того, называют ли стороны свой договор факторингом и оформляют ли они эти отношения одним комплексным договором или отдельными документами (договором займа и договором обеспечительной уступки). Если в контексте безвозвратной модели факторинга аналогичный прием логически невозможен и к тому же порождает конфликт между поименованными конструкциями факторинга и купли-продажи, то в отношении обеспечительной модели факторинга ситуация выглядит иначе, так как а) формально-логически дополнительные услуги с точки зрения отраженных в комментируемом пункте критериев могут касаться уже перешедших к фактору требований и б) в российском праве нет иной договорной конструкции, которая опосредует обеспечительную уступку, и конфликт регулирования не возникает.

Описанная дилемма пока не разрешена судебной практикой в силу того, что соответствующая редакция п. 1 комментируемой статьи вступила в силу лишь 1 июня 2018 г. Кажется, что второе, альтернативное решение более удобно. Учитывая очевидную искусственность критерия дополнительных услуг, который был явно притянут в п. 1 ст. 824 ГК РФ исключительно с целью отделить обычную куплю-продажу требований от факторинга, возможно, нет смысла относиться к нему столь же серьезно в контексте обеспечительной модели факторинга, которую мучительно отграничивать от каких-то конкурирующих поименованных конструкций не надо. Эта дилемма имеет и практическое измерение. Если обычный разовый заем с передачей в качестве обеспечения денежного требования, не сопровождающийся оказанием каких-то

услуг в отношении иных требований заемщика, квалифицировать как факторинг, то к такому договору будет применяться, например, ст. 825 ГК РФ, которая запрещает участие на стороне фактора обычных граждан. Иначе говоря, простой гражданин будет не вправе брать в качестве обеспечения своего требования по возврату займа денежные требования заемщика к третьим лицам.

Как бы то ни было, легализация обеспечительной уступки денежных требований порождает ряд важных проблем. Далее мы постараемся их вкратце осветить с прицелом на обеспечительную уступку в рамках факторинга. Но сделанные выводы в целом могут применяться и к обычной обеспечительной уступке требования, если наша судебная практика посчитает, что без дополнительных услуг обеспечительная уступка представляет собой непоименованный договор, не являющийся факторингом.

(а) Порядок реализации обеспечительных прав. В ситуации, когда должник по уступленному в целях обеспечения требованию платит фактору раньше, чем погашен обеспеченный заемный долг клиента перед фактором, обязательство клиента перед фактором считается надлежащим образом исполненным в том объеме, в котором должник исполнил свое обязательство перед фактором (п. 2 ст. 831 ГК РФ).

Полученные фактором от должника денежные средства засчитываются в счет долга клиента перед фактором (о том, идет ли здесь речь о классическом зачете, см. комментарий к п. 2 ст. 831 ГК РФ). Если в итоге от должника по уступленному требованию или в результате переуступки фактору удалось получить меньше, чем сумма предоставленного клиенту займа, а срок возврата займа наступил, клиент по общему правилу обязан покрыть разницу путем исполнения своего заемного обязательства в согласованные сроки. Но если фактор выручил в результате взыскания с должника или переуступки больше, чем размер того, что причитается фактору в счет возврата займа, процентов и штрафных санкций, разница должна быть возвращена клиенту (п. 2 ст. 831 ГК РФ). Это исключает неосновательное обогащение фактора. Но данная норма диспозитивна в силу прямого в ней указания (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 831 ГК РФ).

(б) Последствия перехода требования фактора к клиенту о возврате займа к третьим лицам в порядке уступки или в силу закона. Нет ясности в вопросе о последствиях уступки фактором своего обеспеченного требования к клиенту о возврате займа. Перейдет ли к третьему лицу, приобретающему договорное требование фактора к клиенту о возврате займа, и приобретенное фактором у клиента-заемщика в целях обеспечения право требования к некоему должнику (так же как по умолча-

нию переходят к цессионарию и иные акцессорные обеспечительные права в порядке ст. 384 ГК РФ)? Естественно, если договор факторинга допускает последующую уступку, фактор вполне может договориться с финальным цессионарием, что он уступает последнему как само требование к клиенту по возврату займа, так и обеспечивающее его требование клиента к дебитору. Вопрос в том, происходит ли переход к цессионарию переданного фактору в качестве обеспечения требования к дебитору по умолчанию в силу закона при уступке заемного притязания? Исходя из общего правила акцессорности, обеспечительное право переходит вместе с основным требованием. Но возможно ли применение этого подхода к описанной ситуации, не вполне ясно.

Если исключить акцессорность, получается, что требование к должнику, служившее предметом обеспечения, может остаться в руках фактора, а требование по возврату займа окажется принадлежащим некоему цессионарию. Погасится ли долг по возврату займа клиента перед цессионарием в момент уплаты должником своего долга фактору? Как представляется, в свете ст. 412 ГК РФ ожидания клиента в отношении погашения своего долга при получении фактором платежей от должников должны защищаться и не могут страдать в связи с тем, что фактор решил уступить свое требование о возврате займа. Клиент может выдвинуть против цессионария соответствующее возражение о срабатывании зачетного механизма. Соответственно, в случае погашения долга клиента перед цессионарием в результате получения платежей фактором фактор будет отвечать перед цессионарием по правилам ст. 390 ГК РФ.

(в) Возможность последующей уступки уступленного в целях обеспечения требования. Уступка фактором переданного ему в качестве обеспечения требования не допускается, если договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 829 ГК РФ). О последствиях нарушения такого законодательного запрета см. комментарий к п. 2 ст. 829 ГК РФ.

Если же договор легализует переуступку и фактор действует в рамках условий договора, переуступка действительна, а полученные фактором денежные средства должны быть засчитаны в счет обеспеченного долга клиента по правилам, аналогичным тем, которые установлены в п. 2 ст. 831 ГК РФ (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 831 ГК РФ).

(г) Фидуциарные обязанности. У фактора имеются фидуциарные обязанности перед клиентом. Эти обязанности вытекают из фидуциарной природы самого обеспечительного факторинга как механизма титульного обеспечения и состоят, в частности, в том, чтобы заботиться об интересах клиента при перепродаже или взыскании долга с должника. Фактор должен проявлять тот стандарт заботливости

и осмотрительности при реализации правомочий по взысканию долга с должника или по перепродаже уступленного ему в качестве обеспечения требования, который разумное лицо проявляло бы в отношении своего требования, и стремиться извлечь максимальную денежную сумму из предмета обеспечения. Если он нарушает этот стандарт, клиент может предъявить к фактору требование о возмещении убытков (см. также комментарий к п. 2 ст. 831 ГК РФ).

(д) *Последствия банкротства клиента.* Если фактор к моменту банкротства клиента уже уступил требование третьим лицам и получил от них средства или получил оплату непосредственно от должника по уступленному ему требованию и уже произошло засчитывание долга клиента-заемщика и долга фактора по перечислению клиенту-заемщику средств, полученных фактором от должника, фактор должен будет вернуть в конкурсную массу клиента сумму, превышающую сумму непогашенного займа с процентами и начисленные пени, если такая разница образуется (п. 2 ст. 831 ГК РФ). Но что, если обеспечительный механизм не сработал к моменту возбуждения против клиента дела о банкротстве (например, взыскание долга с должника затянулось, а клиент тем временем впал в банкротство)? С формальной точки зрения предмет обеспечения не входит в конкурсную массу клиента, так как соответствующее требование принадлежит фактору. Судебная практика не выработала правило, согласно которому в подобной ситуации уступленное ранее в качестве объекта титульного обеспечения требование должно автоматически вернуться в конкурсную массу клиента-заемщика с предоставлением фактору классического залогового права на данное требование (решение, которое некоторыми цивилистами воспринимается как наиболее справедливое, но отвергается не меньшим числом других цивилистов). Так какие же правила применяются в такой ситуации?

Во-первых, полученное фактором после возбуждения дела о банкротстве клиента *superfluum* при взыскании долга с должника или получении средств от третьих лиц при переуступке (сумма, превышающая размер заемного долга клиента перед фактором с процентами и штрафными санкциями) в любом случае должно быть возвращено в конкурсную массу клиента (п. 2 ст. 831 ГК РФ).

Во-вторых, в части погашения основного заемного долга и процентов возникает вопрос о природе предусмотренного в п. 2 ст. 831 ГК РФ механизма засчитывания. Как будет показано в комментарии к п. 2 ст. 831 ГК РФ, в судебной практике не прояснено, является ли предусмотренный в этой норме механизм засчитывания полученных фактором денежных средств в счет заемного долга классическим заче-

том, или речь здесь идет об особом механизме. Тот же вопрос возникает и при засчитывании извлеченных залогодержателем денежных средств в результате внесудебного обращения взыскания на предмет залога в счет обеспеченного долга.

Если исходить из того, что этот предусмотренный в п. 2 ст. 831 ГК РФ механизм засчитывания представляет собой особый институт, не равноценный зачету, это имеет важное практическое значение. Дело в том, что согласно п. 1 ст. 63 Закона о несостоятельности (банкротстве) зачет в банкротстве запрещен. Данная норма вызывает множество споров, но пока не отменена и применяется в российской судебной практике. В контексте тех ситуаций, когда взаимные требования созрели до возбуждения дела о банкротстве, запрет на заявление о зачете после этого момента действительно выглядит странно и явно неоправданно (в контексте признанной в России модели ретроактивного действия зачета, в рамках которой взаимные долги погашаются не в момент доставки заявления о зачете, а ретроспективно в момент созревания более позднего из двух требований)¹. Но в контексте факторинга такая ситуация вряд ли сложится, ибо засчитывание происходит фактически автоматически. Несколько более сложной является ситуация, когда долг кредитора должника-банкрота созревает после возбуждения дела о банкротстве, и, приобретя требование к должнику-банкроту, кредитор пытается удовлетворить его за счет зачета этого своего однородного долга. В контексте факторинга такая ситуация может сложиться, если после впадения клиента в банкротство фактор получает по уступленному ему требованию платеж от должника. Если считать, что предусмотренный в п. 2 ст. 831 ГК РФ механизм засчитывания является зачетом и фактор тем или иным образом извлечет из требования денежные средства после возбуждения дела о банкротстве, у него могут возникнуть проблемы с погашением своего требования к заемщику за счет таких средств.

Но здесь следует заметить следующее: пока запрет на зачет в банкротстве не отменен, в судебной практике все больше распространяется идея о том, что данный запрет не должен работать там, где встречные требования вытекают из единого правового основания и правомочие на зачет входит в программу договорного правоотношения в качестве механизма обеспечения. Суды стараются делать это за счет сужения рамок понятия зачета, отказываясь видеть в договорных конструкциях определения сальдо взаимных требований (автоматического засчи-

¹ См. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 и Определение КЭС ВС РФ от 16 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3914.

тывания) обычный зачет и, соответственно, подводить его под запрет зачета (см., например, Определение КЭС ВС РФ от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977). Тот же подход, видимо, ВС РФ готов применять и в контексте засчитывания по правилам п. 2 ст. 831 ГК РФ, что спасает фактора от подпадания под действие запрета на зачет в банкротстве. Это, казалось бы, снимает угрозу блокирования механизма засчитывания по п. 2 ст. 831 ГК РФ после впадения клиента в банкротство. Но, как представляется, вопрос о допустимости зачета в банкротстве не должен зависеть от того, происходит ли зачет автоматически или по заявлению одной из сторон. Более логичной была бы просто телеологическая редукция запрета на зачет в банкротстве и выведение из-под его применения случаев зачета встречных требований, вытекающих из единого правоотношения, когда такой зачет носит обеспечительный характер. В описанной ситуации с обеспечительным факторингом мы имеем как раз такой обеспечительный вариант зачета. Соответственно, было бы логично допускать срабатывание механизма зачета в рамках обеспечительного факторинга и после возбуждения дела о банкротстве клиента-заемщика. Получается, что срабатывание правила п. 2 ст. 831 ГК РФ после впадения клиента в банкротство не должно зависеть от того, видим мы здесь зачет или нет (подробнее об этом см. комментарий к п. 2 ст. 831 ГК РФ).

В-третьих, на первый взгляд возможность удовлетворить свое требование к клиенту-заемщику о возврате займа путем засчитывания по правилам п. 2 ст. 831 ГК РФ при банкротстве клиента делает положение займодавца (фактора) более прочным и выгодным, чем положение обычного займодавца, чье требование обеспечено залогом обязательственного права. Предмет залога входил бы в конкурсную массу залогодателя и подлежал бы продаже с торгов в порядке, установленном в законодательстве о банкротстве, у залогодержателя имелся бы приоритет перед другими кредиторами в получении вырученной от продажи предмета залога суммы, но 30% от нее ему пришлось бы отдать кредиторам первой и второй очередей, а также кредиторам по некоторым текущим требованиям (ст. 138 Закона о несостоятельности (банкротстве)). Кроме того, залоговый приоритет залогодержателя при банкротстве залогодателя не распространяется на обеспеченное залогом требование о погашении неустойки: такое требование погашается после требований всех необеспеченных кредиторов третьей очереди, хотя и имеет приоритет перед не обеспеченными залогом требованиями о взыскании неустоек в пользу других кредиторов, т.е. — в российских реалиях банкротства — почти никогда (Определение КЭС ВС РФ от 30 марта 2017 г. № 301-ЭС16-17271). Факторинг же

как инструмент титульного обеспечения на первый взгляд позволяет кредитору не делиться с иными кредиторами заемщика и получить приоритет в отношении всех своих притязаний к клиенту-заемщику, включая начисленные неустойки.

Если засчитывание не сработало до введения наблюдения и фактор извлекает денежные средства из уступленного требования позднее, это преимущество кажется сомнительным, так как усугубляет несправедливое отступление от принципа равенства кредиторов при банкротстве, которое и без того присутствует в институте залога. Возможно, было бы справедливо, чтобы при банкротстве клиента-заемщика фактор был бы обязан вернуть в конкурсную массу помимо *superfluum* еще и ту часть извлеченной им из уступленного требования денежной суммы, которую он был бы вынужден отдать необеспеченным кредиторам заемщика, если бы речь шла об обыкновенном залоге (30% от заченной суммы). Кроме того, возможно, имело бы смысл запретить ему учитывать при зачете начисленные неустойки. Впрочем, вопрос этот достаточно дискуссионный. Многие российские цивилисты с таким решением не согласились бы, считая, что само требование закона, обязывающее залогодержателя делиться частью извлекаемых из предмета залога средств с иными, необеспеченными кредиторами (например, работниками банкротства или кредиторов по требованиям о возмещении вреда здоровью), а также некоторыми кредиторами по текущим требованиям, не вполне оправданно, и поэтому нет необходимости расширять сферу его применения. Мы лично считаем данное положение закона оправданным и справедливым (как минимум в тех ситуациях, когда оно не позволяет залоговому кредитору получить приоритет перед недобровольными кредиторами банкрота): пока иной (например, страховой) механизм удовлетворения их требований закон не предусматривает, вариант с «обязательной долей» кажется вполне оправданным. Но, как бы то ни было, в условиях, когда залоговое обеспечение предполагает такую частичную редистрибуцию выгод в пользу необеспеченных кредиторов и в целях покрытия текущих расходов, представляется не вполне системно согласованным отсутствие аналогичного механизма в ситуации, когда обеспечением является зачет.

В-четвертых, если мы в принципе смиряемся с тем, что при банкротстве клиента уступленное требование остается за пределами его конкурсной массы, а также принимаем вышеозначенные выводы а) о необходимости возврата *superfluum* в конкурсную массу, б) о допустимости зачета (или засчитывания) в отношении основного долга заемщика и процентов после впадения клиента в банкротство, в) но о необходимости выравнивания прав залоговых кредиторов и фактора,

имеющего титульное обеспечение, то право должно каким-то образом стимулировать фактора извлекать денежные средства из переданного ему в качестве обеспечения требования. Иначе он может установить свое требование о возврате займа в реестре требований кредиторов клиента и одновременно затягивать взыскание долга с должника по уступленному требованию, чтобы «пересидеть» ликвидацию клиента, получить какую-то часть суммы займа в ходе конкурсного производства, а затем взыскать долг с должника или продать требование третьим лицам, получая очевидное неосновательное обогащение. Одним из возможных решений этой проблемы могло бы быть правило, согласно которому, если фактор не извлечет денежную сумму из уступленного ему требования в течение некоторого срока после начала конкурсного производства, требование возвращается в конкурсную массу клиента с присвоением фактору статуса залогодержателя такого требования. В принципе, можно допустить и вариант, при котором такой возврат в конкурсную массу требования в обмен на приобретение залогового статуса возможен и ранее, если фактор изъявляет на это свою волю. Альтернативное решение: оценка принадлежащего фактору требования с привлечением независимого оценщика, погашение требования фактора к клиенту на сумму, отраженную в такой оценке, и возврат в конкурсную массу клиента всего излишка. Минус этого варианта в сложностях в адекватной оценке денежных требований. Впрочем, все эти вопросы пока в полной мере в российском праве не прояснены.

В-пятых, если право будет допускать возможность свободной продажи фактором уступленного ему на основании договора факторинга требования третьим лицам или самостоятельного взыскания долга с должника, несмотря на впадение клиента в банкротство, необходимо учитывать, что у фактора имеются фидуциарные обязанности перед клиентом, о которых речь шла выше. Эти обязанности вытекают из фидуциарной природы самого обеспечительного факторинга как механизма титульного обеспечения и состоят, в частности, в том, чтобы заботиться об интересах клиента при перепродаже или взыскании долга с должника. Фактор должен проявлять разумный стандарт заботливости и осмотрительности при реализации таких правомочий и стремиться извлечь максимальную денежную сумму из предмета обеспечения. Если он нарушает этот стандарт, конкурсный управляющий может предъявить к фактору требование о возмещении убытков.

(е) Банкротство фактора. Требование, являющееся предметом обеспечения, с формальной точки зрения входит в конкурсную массу фактора. Как уже отмечалось, судебная практика на случай банкротства фактора или клиента не считает необходимым автоматически возвращать

предмет титульного обеспечения (в том числе в случае с обеспечительным факторингом) в конкурсную массу должника (в данном случае — клиента) и переqualифицировать обеспечение из титульного в залоговое с присвоением кредиту статус залогового кредитора. Таким образом, требование попадет в конкурсную массу фактора, извлеченные из него в результате продажи с торгов или от должника по данному требованию денежные средства также окажутся в конкурсной массе фактора. Если мы будем готовы допускать погашение зачетом долга клиента-заемщика перед фактором по правилам п. 2 ст. 831 ГК РФ при банкротстве клиента, то было бы логично, чтобы он был возможен и при банкротстве фактора. Соответственно, такое требование должно быть либо продано третьим лицам, либо реализовано в форме взыскания долга с должника, далее взаимные требования должны погашаться зачетом, отрицательная разница между извлеченными денежными средствами и долгом клиента-заемщика довыскивается конкурсным управляющим фактора с клиента, а в части положительной разницы (*superfluum*) клиент-заемщик устанавливается в реестре требований кредиторов банкрота-фактора с требованием о ее возврате по правилам п. 2 ст. 831 ГК РФ. Впрочем, многие детали требуют прояснения.

(ж) *Соотношение обеспечительного факторинга и безвозвратного факторинга с поручительством клиента.* Как уже отмечалось, безвозвратная модель факторинга, предполагающая обычную куплю-продажу денежного требования, может в силу п. 3 ст. 827 и п. 1 ст. 390 ГК РФ сочетаться с поручительством клиента за исполнение должником обязательства перед фактором. При такой модели то, что фактор не смог получить от должника, он сможет взыскать с клиента как с поручителя с последующей суброгацией клиенту соответствующего требования к должнику (п. 1 ст. 387 ГК РФ). Эта модель вписывается в логику того самого регрессного факторинга в той же мере, что и обеспечительный факторинг. В экономическом плане обе конструкции очень похожи. В то же время следует признать, что регулирование данных конструкций различается. К обеспечительному факторингу будут применяться наряду с рядом специфических норм об обеспечительном факторинге (например, диспозитивным правилом ст. 829 ГК РФ о запрете на последующую уступку) нормы о займе, в то время как в случае с куплей-продажей требования, сопровождаемой поручительством продавца (клиента), отношения сторон развиваются в рамках норм ГК РФ о купле-продаже и поручительстве. Иногда это может иметь важное практическое значение. Например, в силу ст. 362 ГК РФ не оформленное в письменной форме поручительство ничтожно. С учетом того, что российское право сейчас не вполне определилось

с тем, считается ли соблюденной письменная форма сделки при обмене электронными сообщениями, не заверенными усиленной квалифицированной подписью¹, вариант оформления безвозвратного факторинга с поручительством посредством обмена электронными сообщениями может вызвать серьезные проблемы. Другой пример: в силу п. 6 ст. 367 ГК РФ при отсутствии в договоре поручительства конкретного срока действия поручительства (коим не может быть указание на сохранение поручительства до полного погашения обеспеченного долга) оно прекращается автоматически, если в течение года после наступления срока платежа по обеспеченному требованию к поручителю не был предъявлен иск. Применительно к обеспечительному факторингу этой проблемы не возникает, и долг заемщика-клиента сохраняется, пока не будет исполнен, и проблемы у фактора возникают, только если он пропустил трехлетний срок исковой давности.

Резюме может быть таким: факторинговым компаниям и клиентам, решившим воспользоваться экономической моделью, некорректно именуемой регрессным факторингом, следует всерьез задуматься над выбором между юридическим оформлением отношений в рамках конструкции обеспечительного факторинга или оформлением безвозвратного, предполагающего стандартную куплю-продажу факторинга с дополнением в виде поручительства клиента-продавца за исполнение должником обязательства. Следует сделать осознанный выбор, взвесив все регуляторные особенности каждой из этих конструкций и при необходимости установить в договоре соответствующие условия, которые могли бы нивелировать нежелательные элементы диспозитивной части правового режима выбранной конструкции.

1.3. Уступка денежного требования на инкассо. Уступка требования для целей взыскания долга (инкассо-цессия) в свое время вызывала вопросы в судебной практике. ВАС РФ относился к ней во второй половине 1990-х гг. отрицательно (постановления Президиума ВАС РФ от 10 сентября 1996 г. № 1617/96, от 8 декабря 1998 г. № 4945/96, от 15 декабря 1998 г. № 626/98), но затем такая конструкция была признана законной в п. 22 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85 и окончательно легализована в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54. В последнем Постановлении ВС РФ указал, что «согласно статье 421 ГК РФ стороны также вправе, в частности, заключить договор, по которому первона-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 171–184 (автор комментария к ст. 160 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

чальный кредитор (цедент) обязуется уступить новому кредитору (цессионарию) требование к должнику, а новый кредитор (цессионарий) принимает на себя обязанность передать первоначальному кредитору (цеденту) часть того, что будет исполнено должником по уступаемому требованию». По сути, здесь речь идет о фидуциарной сделке, близкой к сделке, связанной с ведением чужого дела. Изначальный кредитор мог бы выдать другому лицу доверенность, в которой он закрепил бы полномочия поверенного на урегулирование вопросов погашения задолженности, представление кредитора в суде и на стадии исполнительного производства, а сами отношения между кредитором и поверенным могли бы быть оформлены в рамках договора поручения. Кроме того, кредитор мог бы указать должнику на необходимость погашения его долга путем перевода на счет указанного им поверенного: в такой ситуации платеж должника в адрес этого поверенного погашал бы его долг перед кредитором. Но не всегда такая модель удобна. Во-первых, должник, несмотря на соответствующее письмо кредитора о платеже на счет указанного им поверенного, может заплатить деньги на счет самого кредитора, что лишает поверенного возможности удовлетворить свое требование об уплате вознаграждения, не возбуждая судебный процесс. Кроме того, доверитель мог бы отозвать доверенность и свои платежные инструкции для должника, что опять же лишало бы поверенного возможности удержать свое вознаграждение из полученных им средств и вынуждало бы обращаться к доверителю с иском о взыскании вознаграждения. Во-вторых, судебные издержки в случае проигрыша спора о взыскании долга будут возложены непосредственно на кредитора, а не на поверенного, в то время как стороны могут договориться о том, что такие издержки лежат на том, кто будет заниматься взысканием, что потребует уже от доверителя обращаться в суд с иском к поверенному о возмещении судебных издержек. В-третьих, возможно, в некоторых случаях в принципе удобнее взыскивать долг в суде от своего имени, а не действуя по доверенности. В таких условиях иногда стороны договариваются, что лицу, которое фактически будет оказывать *de facto* коллекторские услуги, соответствующее требование уступается для целей упрощения взыскания, а цессионарий обязуется предпринять от своего имени соответствующие действия для получения долга от должника (по итогам досудебных переговоров или взыскания долга по суду), а полученные средства перечислить изначальному кредитору за вычетом своего вознаграждения.

По сути, это позволяет коллектору действовать в отношениях с должником от своего имени, но косвенно в интересах и по заданию изначальному кредитору. Это напоминает модель комиссии. Впрочем,

законодательное регулирование комиссии, основанное на типичной ситуации комиссии на продажу товаров, не вполне подходит к описанной модели услуг по взысканию долга. В п. 22 Информационного письма от 17 ноября 2004 г. № 85 Президиум ВАС РФ указал, что договор, согласно которому одно лицо обязуется от своего имени предъявить к взысканию право требования, принадлежащее другому лицу по отношению к третьему лицу, и передать полученную сумму за вычетом вознаграждения, не является договором комиссии, а представляет собой непоименованный договор. Так что в случаях, когда изначальный кредитор для создания условий для взыскания другой стороной долга некоего должника производит уступку самого требования, мы имеем дело, по мнению высших судов, с особым договором (инкассо-цессией).

Специфика такого договора в том, что основное обязательство цессионария состоит в оказании услуг по получению задолженности от должника (во внесудебном или судебном порядке), а уступка требования представляет собой исполнение заказчиком своей кредиторской обязанности обеспечить исполнителю возможность соответствующую услугу оказать; встречное же исполнение со стороны заказчика осуществляется в форме оплаты оказанных услуг (с возможностью «удержания» исполнителем своего требования об уплате вознаграждения из полученных от должника средств).

Обязательство цессионария состоит в приложении разумных усилий по получению платежа от должника во внесудебном или судебном порядке (в договоре может быть указано и на исключительно внесудебный порядок). Если цессионарий не прилагает тех усилий, которые разумное и добросовестное лицо приложило бы для взыскания долга, он будет считаться нарушителем договора. Вознаграждение за услуги цессионария может быть установлено за совершение таких разумных действий, но может быть привязано и к достижению результата в виде получения платежа от должника (например, в виде процента от полученного платежа); в таком случае при неудаче цессионария он не вправе получить вознаграждение, даже если он приложил разумные усилия. Теоретически возможно заключение договора, в котором цессионарий гарантирует cedentu взыскание долга с должника; в таком случае цессионарий, не добившийся взыскания долга, не просто не получит вознаграждение за услуги, но и может быть привлечен к договорной ответственности за нарушение договора. Впрочем, подобный вариант договора вряд ли часто встречается.

Фидуциарный характер уступки порождает ряд проблем, в чем-то схожих с проблемами аналогичной фидуциарной сделки — обеспечи-

тельной уступки. Это в первую очередь проблемы банкротства лица, оказывающего соответствующие услуги, и банкротства изначального кредитора. С формальной точки зрения само требование оказывается в конкурсной массе первого, но не второго. Вопросы о том, насколько это логично, выходят за рамки настоящего комментария.

Как бы то ни было, инкассо-цессия – это, согласно практике высших судов, законный непоименованный договор, близкий к комиссии. Может ли такая сделка быть квалифицирована как факторинг? Этот вопрос не столь прост. Напомним, что из текста действующей редакции п. 1 комментируемой статьи следует, что договор, по которому осуществляется уступка денежных требований, является факторингом только тогда, когда договор предполагает как минимум два из четырех возможных обязательств фактора перед клиентом, а именно: а) предоставление финансирования; б) учет денежных требований клиента; в) осуществление прав по денежным требованиям клиента (в том числе предъявление должникам денежных требований к оплате, получение платежей от должников и расчеты, связанные с денежными требованиями); г) осуществление прав по договорам об обеспечении исполнения обязательств должников.

Если бы не этот перечень, казалось бы, что элемент финансирования должен являться не возможным, а неотъемлемым элементом договора факторинга, ибо сам договор именуется в ГК РФ договором *финансирования* под уступку денежного требования, и именно это следовало из прежней редакции ст. 824 ГК РФ. А если так, то уступка исключительно в целях взыскания долга, не предусматривающая финансирование клиента «под такую уступку», не может быть отнесена к договору факторинга. Но разработчики поправок в ГК РФ решили реализовать подход к определению факторинга, который отражен в Оттавской конвенции 1988 г. и который действительно допускает отнесение к договору факторинга и таких сделок, которые не предусматривают финансирование клиента, а говорят лишь об оказании фактором услуг по учету долгов и сбору дебиторской задолженности, сопрягаемых с уступкой таких требований фактору для целей оказания подобных услуг. Поэтому согласно п. 1 комментируемой статьи договор факторинга вместо финансирования может предполагать осуществление права по денежным требованиям клиента, в том числе предъявление должникам денежных требований к оплате, получение платежей от должников и осуществление расчетов, связанных с денежными требованиями. Очевидно, что инкассо-модель предполагает осуществление фактором прав по тем требованиям клиента, которые к нему уже перешли. Поскольку требование перешло фактору,

то, естественно, он и ведет учет такого права. Так что с формальной точки зрения, согласно формуле, закрепленной в комментируемом пункте, налицо два обязательства, которые должны быть согласованы помимо самого неотъемлемого элемента уступки, и договор может быть квалифицирован как факторинг. Видимо, следует признать, что вопреки названию договора финансирования под уступку денежного требования такой договор может не предусматривать никакого финансирования, а предполагать уступку требования в целях оказания клиенту услуг по учету и взысканию задолженности с должника с последующим перечислением клиенту полученных от должника средств. Это подтверждает и ряд иных норм данной главы. Из положений п. 2 ст. 829 ГК РФ и п. 3 ст. 831 ГК РФ следует, что уступка денежного требования может осуществляться «в целях оказания финансовым агентом (фактором) клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки». При этом само название главы ГК РФ и легальное название данной договорной конструкции не было изменено и продолжает парадоксальным образом говорить о финансировании под уступку. Назвать такую ситуацию нормальной, конечно же, нельзя.

По нашим данным, ранее российские факторинговые компании подобные услуги клиентам не оказывали. Неизвестно, изменит ли их отношение легализация такой модели взаимодействия в рамках договорной конструкции факторинга с 1 июня 2018 г.

В то же время, как и в случае с безвозвратной и обеспечительной моделями факторинга, здесь в ситуации инкассо-факторинга для квалификации договора именно в качестве факторинга необходимо решить вопрос о необходимости оказания каких-либо дополнительных услуг в отношении еще не перешедших к фактору требований. При буквальном толковании получается, что даже изолированная уступка денежного требования на инкассо может быть расценена как факторинг: помимо уступки, налицо и обязательство осуществлять права (нередко еще и обеспечительные), и обязательство осуществлять учет требований; эти обязательства касаются тех требований, которые уступлены фактору для целей взыскания. Но теоретически возможно и такое толкование, в рамках которого изолированная цессия на инкассо будет продолжать рассматриваться как непоименованный договор, а в качестве факторинга можно квалифицировать лишь такой договор, который предусматривает включение инкассо-услуг в долгосрочный контракт, предполагающий оказание дополнительных услуг в отношении еще не перешедших к фактору требований. Последнее решение позволяет синхронизировать квалификацию инкассо-модели факто-

ринга с безвозвратной моделью факторинга: в обоих случаях уступка осуществляется при наличии длящихся договорных отношений, охватывающих оказание услуг и в отношении требований, которые пока не перешли к фактору, но неминуемым следствием такого решения является то, что изолированная цессия на инкассо выпадает в разряд непоименованных договоров. Данный вопрос в российской судебной практике пока не разрешен.

Даже если в итоге судебная практика склонится к тому, чтобы рассматривать изолированную уступку денежного требования на инкассо в качестве непоименованного договора, те нормы о факторинге, которые касаются инкассо-модели факторинга, вполне могут применяться к такой непоименованной сделке по аналогии закона. Это касается прежде всего нормы п. 2 ст. 829 ГК РФ, согласно которой «если уступка денежного требования финансовому агенту (фактору) осуществлена в целях... оказания финансовым агентом (фактором) клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, последующая уступка денежного требования финансовым агентом (фактором) не допускается, если договором факторинга не предусмотрено иное». Кроме того, это касается нормы п. 3 ст. 831 ГК РФ, согласно которой, «если уступка денежного требования осуществлена в целях оказания финансовым агентом (фактором) клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, финансовый агент (фактор) обязан представить отчет клиенту и передать ему все суммы, полученные во исполнение уступленных денежных требований, а клиент обязан оплатить оказанные услуги».

За оказание услуг по взысканию уступленных на инкассо требований и осуществлению прав по таким требованиям (включая обеспечительные права) фактор имеет право взимать согласованное вознаграждение, которое может либо уплачиваться отдельно, либо взиматься в результате зачета своего долга по перечислению клиенту полученного от должника к долгу клиента об оплате услуг фактора (п. 3–4 ст. 831 ГК РФ). Цена таких услуг может быть фиксированной или состоящей из нескольких элементов (например, базовое вознаграждение, увеличиваемое на ту или иную сумму в зависимости от объема документооборота фактора с должником, необходимости судебного взыскания и т.п.).

Договор факторинга на инкассо может предусматривать, что фактор выплачивает клиенту некую денежную сумму в счет своего будущего обязательства перечислить полученное от должника. Пункт 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85 допускает такое авансирование в рамках договора комиссии,

заключенного для целей реализации товара. Нет причин блокировать такую возможность и в контексте договора факторинга на инкассо. Если впоследствии взыскать деньги с должника не получится, фактор сможет потребовать возврата уплаченного аванса; если же взыскать с должника деньги получится, уплаченная сумма будет засчитана в счет долга фактора по перечислению клиенту полученного. Впрочем, есть сомнения в том, что здесь корректно говорить об авансировании. Аванс представляет собой уплату уже существующего долга – в нашем же случае вперед уплачивается сумма в счет обязательства, которое может никогда и не возникнуть. Как представляется, более корректно квалифицировать такой платеж в качестве обеспечительного платежа (ст. 381.1–381.2 ГК РФ).

Остается отметить, что положения законодательства о коллекторской деятельности (Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 230-ФЗ «О защите прав и законных интересов физических лиц при осуществлении деятельности по возврату просроченной задолженности и о внесении изменений в Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях») к инкассо-факторингу не применяются, если речь идет об услугах о взыскании долга с физических лиц, чьи долги не связаны с предпринимательской деятельностью (см. правила ст. 1 указанного Закона о сфере применения). В случае передачи на инкассо факторинговой компании денежных требований, не связанных с предпринимательской деятельностью должников-граждан, ситуация куда более спорная. Как представляется, такой договор вполне может подпадать под сферу действия данного законодательства, регламентирующего порядок взаимодействия профессионального коллектора и должника-гражданина.

1.4. Элемент финансирования. Как было показано выше, из текста действующей редакции п. 1 комментируемой статьи следует, что договор, по которому осуществляется уступка денежных требований, является факторингом только тогда, когда в дополнение к неотъемлемому элементу уступки денежного требования договор предполагает как минимум два из четырех указанных в подп. 1–4 п. 1 комментируемой статьи обязательств фактора перед клиентом. При этом финансирование клиента парадоксальным образом названо не как неотъемлемый элемент договора *финансирования* под уступку денежного требования, а как один из возможных, опциональных элементов.

Элемент финансирования реализуется в форме выплаты покупной цены в рамках безвозвратной модели факторинга и в форме выдачи займа в рамках обеспечительной модели факторинга. Но в случае инкассо-модели факторинга этот элемент может отсутствовать, кауза до-

говора здесь состоит в оказании фактором услуг по взысканию долгов с должников и осуществлению прав по таким требованиям (включая обеспечительные права) и перечислении клиенту полученных от должника фактором денежных средств за вычетом своего вознаграждения (о парадоксальности такой ситуации см. п. 1.3 комментария к настоящей статье).

В то же время возможны и различные гибридные конструкции. Например, договор факторингового обслуживания может предусматривать возможность уступки отдельных требований на инкассо, а других в целях обеспечения или в формате купли-продажи. Применительно к одним уступкам элемент финансирования будет налицо, применительно к другим — нет.

1.5. Оплата услуг фактора. Согласно дефиниции договора факторинга, этот договор содержит обязательство клиента оплатить услуги фактора. Как представляется, уплата такого вознаграждения является квалифицирующим признаком договора факторинга, заключенного по инкассо-модели, поскольку кауза данного договора состоит прежде всего в оказании услуг, а уступка требования направлена на упрощение задачи оказания услуг по взысканию долга. Если названный договор не содержит указания на цену услуг, она в силу п. 3 ст. 423 и п. 3 ст. 424 ГК РФ должна определяться как цена, обычно взимаемая за такие услуги.

В случаях, когда речь идет о безвозвратной модели факторинга, услуги в отношении еще не перешедших к фактору требований представляют собой дополнительное обязательство фактора — основной же элемент предмета договора состоит в возмездном приобретении требований. Соответственно, вполне возможно, что дисконт по цене приобретаемых требований (в соотношении с их номинальным размером) исчерпывает встречное предоставление со стороны клиента, и какое-то отдельное вознаграждение за оказание дополнительных услуг в отношении еще не перешедших к фактору требований не взимается. Иначе говоря, вряд ли стоит выводить договор, заключенный по безвозвратной модели, из разряда факторинга только на том основании, что договор не предусматривает взимание отдельного вознаграждения за дополнительные услуги в отношении еще не перешедших к фактору требований. В равной степени условие договора, согласно которому отдельное вознаграждение за оказание таких дополнительных услуг не взимается и эти услуги оплачиваются за счет дисконтирования цены продаваемых требований, не должно признаваться ничтожным. Более того, как представляется, умолчание в договоре об оплате таких дополнительных услуг не должно приводить к восполнению пробела

за счет применения принципа возмездности договорных отношений (п. 3 ст. 423 ГК РФ) и правил п. 3 ст. 424 ГК РФ об определении цены возмездных договоров при отсутствии согласованной цены.

В случае с обеспечительным факторингом все зависит от того, решит ли наша судебная практика, что оказание каких-либо дополнительных услуг в отношении еще не перешедших к фактору требований является необходимым признаком факторинга, или суды начнут воспринимать в качестве факторинга и обычную изолированную обеспечительную уступку. Если первое, то договор может как выделять отдельно цену за оказание дополнительных услуг в дополнение к проценту за предоставленное заемное финансирование, так и «растворять» оплату дополнительных услуг в начисляемом проценте по выданному займу. Если второе, то здесь вовсе никаких услуг в дополнение к предоставлению займа не оказывается, и уплата процента по умолчанию исчерпывает встречные обязательства клиента. Впрочем, и в такой ситуации можно помыслить себе указание в договоре на взимание какой-либо отдельной и дополнительной по отношению к изначально согласованному проценту платы за некие действия фактора (например, в случае вовлечения фактора в судебный спор о взыскании долга с должника по уступленному требованию). Эта плата может выражаться как в повышении базовой ставки процента по займу, так и в виде взимания каких-то разовых платежей (например, возмещение уплачиваемой фактором госпошлины при взыскании фактором с должника долга в судебном порядке). Кроме того, нет причин запрещать выражать вознаграждение фактора за предоставленное финансирование не в виде процента, а в виде фиксированной комиссии, не зависящей от реального периода, разделяющего момент предоставления финансирования и погашения долга клиента в момент поступления фактору платежей от должников.

1.6. Осуществление прав по денежным требованиям клиента (включая обеспечительные права). Как следует из подп. 3 п. 1 ст. 824 ГК РФ, договор факторинга может возлагать на фактора обязательства осуществлять права по денежным требованиям клиента, в том числе предъявлять должникам денежные требования к оплате, получать платежи от должников и производить расчеты, связанные с денежными требованиями. Как уже отмечалось в п. 1.3 комментария к настоящей статье, такое обязательство является ключевым, квалифицирующим для инкассо-модели факторинга. В рамках обеспечительной модели факторинга такое обязательство тоже представляется вполне уместным, поскольку фидуциарная природа обеспечительной уступки требует от фактора добросовестно стремиться к взысканию долга

с должника (см. п. 1.2 комментария к настоящей статье). При этом данное обязательство по очевидным резонам чуждо безвозвратной модели факторинга: для клиента, как правило, не имеет значения, что фактор будет делать с приобретаемыми требованиями (впрочем, чисто теоретически подобные обязательства могут касаться перешедших требований, но соответствующие условия договора вряд ли могут встречаться часто).

То же касается и такого выделенного в подп. 4 п. 1 комментируемой статьи обязательства, как обязательство фактора осуществлять права по договорам об обеспечении исполнения обязательств должников. Очевидно, что такое обязательство прежде всего касается переходящих к фактору в силу ст. 384 ГК РФ акцессорных обеспечений в отношении перешедших фактору основных денежных требований и может касаться тех ситуаций, когда фактору основное обеспеченное денежное требование уступается на инкассо или в целях обеспечения. В случаях факторинга с безвозвратной каузой (модель купли-продажи) акцессорные обеспечения также в силу ст. 384 ГК РФ переходят к фактору, но у него, как правило, нет обязательств перед клиентом такие обеспечительные права осуществлять тем или иным образом.

При этом в контексте безвозвратной модели факторинга осуществление фактором таких прав может оказываться и в отношении еще не перешедших к фактору требований в качестве одной из возможных форм оказания дополнительных услуг, согласование которых нашим законодателем считается ключевым отличием безвозвратной модели факторинга от обычной купли-продажи требования. Но в этом случае данные права осуществляются не от имени фактора, а от имени клиента. В принципе, такие услуги по реализации прав по еще не перешедшим к фактору требованиям от имени клиента могут оказываться и в рамках обеспечительной или инкассо-моделей факторинга в дополнение к базовым элементам обеспечительной уступки или уступки для целей взыскания, но в контексте таких моделей не вполне понятно, являются ли эти дополнительные, агентские по своей сути услуги обязательным условием отнесения обеспечительной и инкассо-уступки к категории факторинга (подробнее см. п. 1.2–1.3 комментария к настоящей статье).

1.7. Дополнительные услуги по учету денежных требований. Как было показано в п. 1.1 комментария к настоящей статье, обязательство по оказанию услуг по учету еще не перешедших к фактору денежных требований клиента к третьим лицам, судя по всему, носит важный для квалификации договора факторинга, заключенного по безвозвратной модели, характер. Если договор предусматривает возмездное отчужде-

ние одного или целого комплекса денежных требований (в том числе будущих), но не содержит обязательств цессионария оказывать цеденту такие услуги по учету (или услуги по осуществлению прав) в отношении пока еще не перешедших к цессионарию денежных требований, данный договор является просто договором купли-продажи денежного требования и нормам настоящей главы о факторинге, по мнению законодателя, не подчиняется. Вопросы о том, можно ли рассматривать обязательства фактора по учету уже перешедших ему требований в рамках безвозвратной модели факторинга, если таковые оговорены в контракте, в качестве услуг и можно ли наличие таких обязательств в договоре рассматривать как достаточное условие для квалификации договора на продажу требования в качестве факторинга, пока носят дискуссионный характер.

Если договор предусматривает обеспечительную уступку денежного требования или комплекса таких требований, а также уступку таких требований на инкассо, обязательства фактора по учету уступленных требований вполне уместны, ибо фактор является фидуциарным обладателем уступленных ему прав — он должен бережно относиться к таким правам, при необходимости быть готов вернуть их и прилагать разумные усилия при взыскании долга и урегулировании задолженности с должником. В рамках таких фидуциарных обязательств неминуемо возникает и обязательство по надлежащему учету уступленного требования, ибо просчеты в этом отношении могут в ряде случаев негативно сказаться на удовлетворении требований. При этом как в рамках обеспечительной модели, так и в рамках инкассо-модели факторинга подобные услуги по учету требований клиента к третьим лицам фактор может быть обязан оказывать и в отношении иных требований, которые пока к фактору не перешли, но в будущем перейдут или могут перейти.

Что представляют собой такие дополнительные услуги по учету денежных требований? Видимо, речь может идти прежде всего об управленческом учете требований с фиксацией фактов их возникновения, созревания сроков или наступления соответствующих условий для их исполнения, выставлением счетов, документированием претензионного взаимодействия с должником, а также сбором иной документации, которая подтверждала бы соответствующее требование для целей бухучета, налогообложения и возможного судебного взыскания. Как уже отмечалось, реальная востребованность в обороте таких услуг вызывает сомнения.

1.8. Рамочный характер договора и многократность уступок. Иногда утверждается, что специфической особенностью факторинга является

долгосрочный характер отношений сторон, предполагающий многократные уступки различных требований в целях продажи, обеспечения или на инкассо. И действительно, на практике часто клиент и фактор заключают рамочный по своей природе договор факторингового обслуживания (иногда именуемый генеральным соглашением), определяющий различные юридические аспекты сотрудничества и принципы ценообразования услуг фактора. В рамках такого рамочного договора стороны в дальнейшем согласовывают дополнительными соглашениями, оформляемыми как в виде отдельного документа, так и посредством обмена различными документами, выделение конкретного объема финансирования под уступку оговоренных требований (по обеспечительной или безвозвратной модели). Клиент может направлять фактору заявку на очередной транш финансирования и предлагать осуществить в обмен или в качестве обеспечения уступку определенных требований к своим должникам, а фактор либо акцептует такие заявки, либо нет. Более того, возможны и опционные варианты, при которых клиент вправе затребовать финансирование с предоставлением в обмен или в обеспечение тех или иных требований (опцион клиента), или фактор вправе выкупить те или иные требования клиента при возникновении желания (опцион фактора): в рамках таких вариантов согласия сторон по объему финансирования и уступаемым требованиям не требуется, и одна из сторон может навязать другой уступку. Подобные варианты восполнения существенных условий договора допускаются как правилами ст. 429.1 ГК РФ о рамочном договоре, так и нормами ст. 429.2—429.3 ГК РФ об опционе и опционном договоре. При этом, естественно, такие договоры должны определять параметры ограничения вторичных прав соответствующих сторон (например, предел заемной линии и виды и номинал требований, которые клиент может уступить фактору в обеспечение затребованной суммы займа).

Весь этот документооборот может осуществляться в электронной форме. В большинстве немногочисленных судебных споров о факторинге, которые доходили до высших судов Российской Федерации и принимались ими к рассмотрению, имела место именно такая модель оформления отношений сторон (постановления Президиума ВАС РФ от 28 июня 2011 г. № 17500/10, от 14 февраля 2012 г. № 13253/11, от 4 октября 2011 г. № 5339/11).

Очевидно, что с точки зрения принципов гражданского права оформление договора через модель рамочного договора, конкретизируемого впоследствии в части существенных условий отдельными дополнительными соглашениями сторон по правилам ст. 429.1 ГК РФ или в результате осуществления одной из сторон опционного вторичного

права по правилам ст. 429.2–429.3 ГК РФ, никак не может быть квалифицирующим признаком договорного типа и предопределять какую-то специфику регулирования. Любой договор можно заключать как в виде дискретного контракта с четко очерченным предметом (пусть, возможно, и включающим несколько разных обязательств), так и в виде рамочного договора, рассчитанного на многократное применение, не содержащего существенных условий конкретной сделки, но периодически восполняемого сторонами на предмет таких существенных условий путем заключения отдельных дополнительных соглашений (или посредством осуществления одной из сторон своего вторичного опционного права конкретизировать существенные условия в пределах согласованных лимитов). Это касается договоров купли-продажи, подряда, оказания услуг и даже деривативов. Очевидно, это касается и факторинга, что бы мы под ним не понимали. Тот факт, что на рынке принято оформлять факторинг посредством рамочного договора и его последующего восполнения дополнительным соглашением, никакого значения для вопросов правовой квалификации иметь не может.

1.9. Итоговые замечания по поводу определения квалифицирующих признаков договора факторинга. Как представляется, идея сформировать единое законодательное регулирование для безвозвратной, обеспечительной или инкассо-моделей уступки денежных требований (т.е. для договоров с принципиально разной каузой) выглядит очень сомнительно. Законодателю следовало бы вовсе исключить из ГК РФ данную главу. В свое время, когда во второй половине 1990-х гг. общие правила о цессии необоснованно толковались судами предельно ограничительно (не допускалась уступка спорных требований, будущих требований, требований по оплате еще не поставленного товара и т.п.), какая-то логика в существовании специального регулирования для уступок, совершаемых в пользу профессиональных скупщиков денежных требований, могла быть теоретически обнаружена. Но в нынешних условиях, когда сам оборот денежных требований был предельно либерализован и все указанные выше ограничения отменены вначале в судебной практике, а теперь и в законе (вплоть до отмены в ст. 388 ГК РФ возможности оспаривания уступок денежных требований, совершаемых в нарушение договорного запрета на такую уступку), смысл существования отдельного регулирования факторинга отпадает. Законодатель пытается «сохранить лицо», но все попытки выработать какие-то критерии дифференциации договора факторинга от иных вариантов уступки денежных требований за счет выделения элементов дополнительных услуг выглядят искусственно и не вполне убедительно. В любом случае дополнение элемента купли-продажи денежного требования

какими-то услугами по учету или агентскими услугами в отношении иных требований клиента никак не может предопределить какие-то существенные отличия в регулировании отношений сторон, связанных с уступкой и финансированием, которые требовали бы специального законодательного регулирования. Все возникающие вопросы на стыке правил о купле-продаже и возмездного оказания услуг могут решаться так же, как они решаются и в отношении любых иных смешанных договоров с учетом правил ст. 421 ГК РФ. Если и следовало что-либо в законодательстве урегулировать, так это специфику фидуциарных конструкций обеспечительной уступки (если в принципе признать целесообразным допущение такой формы титульного обеспечения) и, возможно, уступки в целях взыскания, но смешивать это регулирование с правилами о купле-продаже абсолютно нецелесообразно.

Ситуация усугубляется в свете нормы п. 4 комментируемой статьи, буквальное толкование которой вовсе делает разграничение факторинга и иных договоров крайне проблематичным (подробнее см. комментарий к п. 4 настоящей статьи).

1.10. Соотношение с прежней дефиницией факторинга. Дефиниция факторинга, обсуждаемая выше, пришла 1 июня 2018 г. на смену прежней дефиниции, содержавшейся в комментируемой статье. Прежняя редакция ст. 824 ГК РФ гласила следующее: «По договору финансирования под уступку денежного требования 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». Кроме того, согласно той же прежней редакции ст. 824 ГК РФ «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».

В рамках прежней редакции ГК РФ одной из наиболее часто обсуждаемых являлась проблема разграничения договора факторинга и обычного соглашения о возмездной уступке (купле-продаже) требования. На основе прежней редакции гл. 43 ГК РФ, действовавшей более 20 лет, дать формально-юридический ответ на этот вопрос было затруднительно. Дело в том, что, помимо собственно уступки требова-

ния за плату, никаких дополнительных квалифицирующих признаков договора факторинга в законе не было. Оказание каких-либо услуг не являлось необходимым квалифицирующим признаком договора факторинга, но лишь *могло* включаться в текст договора факторинга. По тексту прежней редакции ГК РФ получалось, что обычная изолированная купля-продажа денежного требования (или обеспечительная уступка одного конкретного денежного требования) может быть квалифицирована в качестве факторинга. Если в случае с обеспечительным вариантом уступки это можно было бы признать логически возможным решением, ибо уступка в целях обеспечения не охватывалась иными поименованными договорными конструкциями, то типичная модель купли-продажи денежного требования полностью охватывалась правовым режимом купли-продажи имущественного права (п. 4 ст. 454 ГК РФ). Соответственно, по прежней редакции ГК РФ различить обычную продажу денежного требования и факторинг становилось затруднительным, что являлось объектом постоянной критики.

Видимо, осознавая сложности в выделении квалифицирующих признаков факторинга, законодатель и попытался изменить дефиницию этого договора, используя формулу «уступка + любые два из указанных в подп. 1–4 п. 1 ст. 824 ГК РФ обязательств». Но, как мы показали ранее, эта новая попытка отделить факторинг от иных договорных конструкций также далека от совершенства и порождает множество иных проблем, подводя под законодательный режим факторинга (договора финансирования под уступку денежного требования) не только куплю-продажу денежных требований и заем с обеспечительной уступкой, но еще и инкассо-цессию, не предполагающую какого-либо финансирования в принципе.

Изменение дефиниции договора факторинга порождает вопрос о квалификации в качестве факторинга тех договоров, которые заключались до 1 июня 2018 г. Очевидно, что новые критерии отделения факторинга от иных договоров, закрепленные в действующей сейчас редакции комментируемой статьи (когда их значение будет окончательно прояснено в судебной практике), не могут автоматически применяться к договорам, заключенным ранее, в силу общих положений ст. 422 ГК РФ о действии новых норм гражданского законодательства во времени. В то же время следует заметить, что и ранее некоторые авторы предлагали считать оказание фактором дополнительных услуг, которое, согласно буквальному прочтению прежней редакции ст. 824 ГК РФ, казалось лишь опциональным элементом содержания договора факторинга, в действительности ключевым квалифицирующим признаком факторинга. В общем и целом вопрос о квалификации заклю-

ченного договора в качестве договора факторинга в условиях действия прежней редакции ГК РФ, который так и не был прояснен в судебной практике ранее, мы также позволяем себе не решать, ибо настоящая книга посвящена толкованию новой редакции ст. 824 ГК РФ. Тем не менее это не значит, что данный вопрос вовсе лишен практического значения в свете реформы ГК РФ. Еще достаточно долго суды будут вынуждены рассматривать споры, вытекающие из заключенных до 31 мая 2018 г. договоров и подпадающие в силу ст. 422 ГК РФ под действие прежней редакции ГК РФ. Беда лишь в том, что по большому счету мы как раньше не вполне четко понимали, что собой представляет этот странный договорный тип, так и сейчас ясность в данном вопросе не наступила.

1.11. Иные характеристики договора. Договор факторинга может быть построен по консенсуальной модели, о чем свидетельствуют использованные законодателем выражения «обязуется уступить», «обязуется оплатить оказанные услуги», «обязуется совершить не менее двух следующих действий». В то же время здесь следует сделать два замечания.

Во-первых, в контексте безвозвратной и инкассо-моделей факторинга консенсуальность кажется на первый взгляд вполне естественной, так как и договор купли-продажи, и договор оказания услуг носят консенсуальный характер. Но указание в комментируемом пункте на обязательство уступить требование в дефиниции договора факторинга вступает в противоречие с п. 2 ст. 826 ГК РФ, согласно которому денежное требование переходит к финансовому агенту (фактору) в момент заключения договора факторинга, если иное не установлено таким договором. Иначе говоря, согласно специальной норме по умолчанию договор факторинга предполагает автоматический и мгновенный переход требования (т.е. содержит распорядительное волеизъявление с немедленным правовым эффектом), а обязательство произвести уступку будет налицо лишь тогда, когда на это имеется прямое указание в договоре. В данной коллизии следует отдавать приоритет норме п. 2 ст. 826 ГК РФ, а дефиницию договора факторинга, и без того страдающую неясностью, воспринимать в данном аспекте не буквально.

Во-вторых, в контексте обеспечительной модели факторинга в условиях прежней редакции ГК РФ (п. 1 ст. 807 ГК РФ), основанной на ошибочной идее об императивной реальности заемной сделки, было бы сложно говорить о том, что в силу факта заключения договора у фактора возникает обязательство предоставить заем клиенту. Но новая редакция ГК РФ, вступившая в силу 1 июня 2018 г., одновременно допустила и консенсуальность договора займа (п. 1

ст. 807 ГК РФ), за исключением случая, когда займодавцем является гражданин, и уточнила в п. 1 ст. 824 ГК РФ, что у фактора возникает обязательство предоставить заемное финансирование. С учетом того, что фактором (т.е. лицом, которое в рамках обеспечительного факторинга предоставляет заемное финансирование) может быть только коммерческая организация (ст. 825 ГК РФ), никакого противоречия между п. 1 ст. 807 ГК РФ и дефиницией договора обеспечительного факторинга нет.

Договор факторинга имеет возмездный характер, поскольку стороны совершают взаимообусловленные встречные предоставления. В рамках безвозвратной модели факторинга фактор платит цену за отчуждаемое ему требование, а дополнительные услуги, которые фактор оказывает клиенту в отношении еще не перешедших ему требований, оплачиваются клиентом. В рамках обеспечительной модели факторинга взамен получения заемного финансирования клиент уплачивает фактору либо проценты, либо некое фиксированное вознаграждение, не зависящее от периода пользования деньгами, либо проценты и фиксированное вознаграждение (сама уступка здесь предметом обмена не является, а осуществляется в обеспечительных целях). Наконец, в рамках инкассо-модели факторинга, по сути, коллекторские услуги фактора оплачиваются клиентом (уступка здесь носит служебный характер и направлена на обеспечение для фактора возможности такие услуги оказать).

Договор факторинга, очевидно, является обязательственной сделкой, во исполнение которой совершается распорядительная сделка — уступка требования (подробнее о соотношении правил о цессии (самой распорядительной сделке, направленной на непосредственный перенос прав на цессионария) и правил ГК РФ о факторинге см. комментарий к п. 3 настоящей статьи).

1.12. Участие должника в договоре факторинга. Должник по уступаемому требованию в договоре факторинга не участвует. Его лишь необходимо уведомить о переходе права.

Иногда на практике используется модель, в рамках которой заключается трехсторонний договор между должником, клиентом и фактором. Это происходит в тех случаях, когда клиент (кредитор по денежному требованию, желающий получить денежные средства немедленно) и должник (желающий получить отсрочку платежа) готовы разделить между собой расходы на оплату фактора, который финансирует клиента (кредитора) на сумму предоставленной им должнику отсрочки сразу после поставки товара, выполнения работ или оказания услуг, приобретает требование по оплате дебиторской задолженности к должнику,

а затем после истечения периода отсрочки получает оплату от должника. В такой ситуации инициатива обращения к фактору исходит не от клиента (кредитора по денежному требованию), а от должника. На рынке такая модель факторинга обозначается как реверсивный (закупочный) факторинг. Схема представляется вполне возможной, но в свете новой дефиниции договора факторинга, отраженной в комментируемой статье, которая требует помимо элементов финансирования и уступки еще и оказания дополнительных услуг именно клиенту, отнесение таких договоров к категории факторинга затруднительно, если договор не будет предусматривать оказание таких услуг.

1.13. Раскрытие информации о договоре факторинга. Согласно подп. «н.3» п. 7 ст. 7.1 Закона о регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей обязательному внесению в общедоступный (размещенный в Интернете) Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц подлежат сведения о заключении клиентом договора финансирования под уступку денежного требования между юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями с указанием даты заключения договора и идентификаторов всех сторон договора. Исключением являются сведения, составляющие государственную, коммерческую или иную охраняемую законом тайну.

Из текста закона напрямую не следует, но можно признать подразумеваемым, что такую публикацию обязан делать не фактор, а клиент. Этот вывод можно сделать на основе исторического толкования закона. В изначальной редакции подп. «н.3» п. 7 ст. 7.1 Закона о регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей говорилось о публикации сведений о заключенных *финансовым агентом* договоров факторинга, но в 2016 г. норма была изменена, и теперь указывается на необходимость публикации информации о заключенных *клиентом* договорах факторинга. Очевидно, что логика законодателя была в том, чтобы снять бремя несения соответствующих издержек с факторинговых компаний и перенести его на плечи клиентов.

Игнорирование данной обязанности влечет наложение административной ответственности на должностных лиц организации (п. 6–8 ст. 14.25 КоАП РФ).

Цель введения этой процедуры раскрытия данных о заключении договора факторинга не вполне понятна.

Во-первых, нет особых сомнений, что внесение данных о договоре факторинга в указанный реестр не является условием действительности ни самого договора, ни уступки по нему. Закон придает факту такой публикации чисто информационный характер.

Во-вторых, очевидно, что такая публикация не отменяет необходимости уведомления должника о переходе права, когда такое право действительно перейдет. Должника нельзя обвинить в том, что он не платит фактору при наличии такой публикации, если должник не получил полноценное уведомление о переходе права. Не менее очевидно, что должник, уведомленный клиентом о переходе права, не может уклоняться от платежа фактору со ссылкой на нераскрытие информации о заключении договора факторинга в указанном реестре. Должника вовсе не должна интересовать природа договора, на основании которого происходит уступка. Это отнюдь не обязательно раскрывать в уведомлении о переходе права.

Но здесь может возникнуть несколько более тонкий вопрос. Как будет показано в комментарии к п. 1 ст. 830 ГК РФ, несмотря на буквальное значение п. 1 ст. 385 ГК РФ, продублированное в этом контексте, по сути, в п. 1 ст. 830 ГК РФ и допускающее уведомление должника не только цедентом, но и цессионарием, ВС РФ в Постановлении Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54 (п. 20) *de facto* дезавуировал данную идею, установив, что при получении уведомления от цессионария должник вправе запросить цедента и не исполнять в адрес цессионария, пока не получит подтверждения перехода права от цедента. Нельзя ли исходить из того, что в контексте факторинга от данного введенного ВС РФ правила можно сделать отступление, при условии что должник, получивший уведомление о переходе права от цессионария и поставленный в данном уведомлении в известность о том, что уступка происходила в рамках договора факторинга, мог ознакомиться с фактом заключения указанного договора в реестре? Вопрос пока не решен в судебной практике. Сам факт заключения договора не гарантирует, что право перешло, так как договор может предполагать уступку права в будущем и носить вовсе рамочный характер. Так что придание такого значения указанной публикации в реестре не вполне очевидно.

В-третьих, при последующей «переуступке» фактором требования отсутствие публикации также не помешает праву перейти к следующему цессионарию. Осторожный цессионарий, скорее всего, изучит договоры, на основании которых право оказалось в руках цедента, и, если он увидит, что цедентом является фактор, который ранее приобрел требование у клиента, ему будет логично проверить данные о заключении соответствующего договора факторинга. Но отсутствие там искомых данных само по себе не означает, что у цедента нет требования для продажи, так что цессионарий может решиться приобрести требование, несмотря на отсутствие публикации о факторинге в реестре. Это

все могло бы иметь какое-то значение при оценке добросовестности приобретателя требования на случай недействительности договора факторинга, если бы в российском праве ст. 302 ГК РФ применялась по аналогии при аннулировании одной из уступок в цепочке. Но пока российская судебная практика не решилась признать доктрину добросовестного приобретения обязательственного права. Нельзя не признать, что наличие публикации о договоре факторинга в указанном реестре может несколько упрощать цессионарию, желающему приобрести право у фактора, проверку факта наличия уступаемых прав у фактора. Но, естественно, публикация не отменяет необходимости проверки того, что право действительно перешло к фактору (например, договор мог предполагать уступку права фактору в будущем или уступку будущего права, и, соответственно, наличие договора не гарантирует, что право перешло к фактору).

Теоретически такая публикация могла бы помешать фактору переуступить требование третьим лицам в рамках обеспечительной или инкассо-моделей факторинга, в отношении которых такая переуступка по умолчанию запрещена законом (п. 2 ст. 829 ГК РФ). Но и эта роль публикации сомнительна, ибо никакой разумный цессионарий не купит требование «со вторых рук», не проверив предыдущие договоры в цепочке; увидев, что cedent приобрел требование в рамках обеспечительного факторинга, и зная о п. 2 ст. 829 ГК РФ, цессионарий поостережется покупать такое требование, не найдя в договоре факторинга условия о допущении переуступки или согласия клиента на переуступку. Публикация записи о заключении договора факторинга в указанном реестре здесь никакой новой информации цессионарию на сей счет не даст.

В-четвертых, отсутствие публикации в реестре о договоре факторинга вряд ли может изменить решение конкурсного управляющего фактора или клиента при впадении в банкротство одного из них по вопросу о включении или невключении уступленного требования в конкурсную массу соответствующего лица. В конкурсную массу лица включается все его имущество, включая обязательственные требования. Исключения могут быть сделаны только законом. Закон ничего про невключение требования в конкурсную массу фактора при отсутствии данных о договоре факторинга в указанном реестре не говорит.

В общем и целом повторимся, что логика включения в закон данной нормы неясна. Непонятно, ради чего участники оборота несут издержки по раскрытию фактов заключения договора факторинга. Целью раскрытия должно быть не обогащение той организации,

которая сопровождает ведение некоего реестра, а некая общественная польза, позитивные экстерналии. Но таковые пока абсолютно неочевидны.

2. Бухгалтерские и иные услуги. Согласно п. 2 комментируемой статьи обязательства фактора могут включать ведение для клиента бухгалтерского учета, а также предоставление клиенту иных услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки. Не вполне очевиден смысл в сохранении этой нормы прежней редакции ст. 824 ГК РФ в новой редакции в условиях, когда оказание дополнительных услуг по учету и осуществлению прав по требованиям, являющимся предметом уступки (включая право на получение платежей от должника и т.п.), теперь указано как возможный предмет договора в рамках п. 1 комментируемой статьи. Такое впечатление, что эту норму просто забыли удалить при изменении п. 1 комментируемой статьи.

3. Факторинг и цессия. Цессия (уступка требования) представляет собой волеизъявление, направленное на непосредственный перенос обязательственного права с цедента на цессионария. Ее следует отличать от договора, на основании которого происходит уступка. Таким договором может быть договор купли-продажи обязательственного права, дарения обязательственного права, обмена обязательственными правами и т.п. Одним из таких договоров является и факторинг в своих безвозвратной («купле-продажной»), обеспечительной или инкассоверсиях. Данное понимание отражено в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, где, по сути, ВС РФ подтвердил принцип аналитического разъединения обязательственной сделки (договора, на основании которого производится уступка) и самой уступки требования, носящей сугубо распорядительный характер. Ранее ВАС РФ прямо признавал цессию (уступку) сделкой, совершаемой в рамках исполнения соответствующего договора (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120).

Чаще всего договор, на основании которого производится уступка, одновременно содержит и волеизъявление на уступку требования (пусть нередко и откладывая сам переход права за счет отлагательных срока или условия). Более того, моментальный распорядительный эффект (т.е. переход права в момент заключения договора, на основании которого происходит уступка) установлен в качестве общего правила и в общих положениях о цессии п. 2 ст. 389.1 ГК РФ, и в п. 2 ст. 826 ГК РФ в отношении факторинга.

Но ничто не мешает сторонам договориться о том, что цедент будет обязан совершить отдельное распорядительное волеизъявление в будущем, и тогда обязательственный договор и распорядительная сделка, оформляющая перенос права на цессионария, разрываются во времени, и никаких сомнений в том, что здесь при наличии двух отдельных волеизъявлений имеют место две сделки (обязательственная и распорядительная), ни у кого не возникает. Постановление Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 в п. 5 на этот счет говорит следующее: «В договоре, на основании которого производится уступка, может быть также предусмотрено, что требование перейдет в момент совершения отдельного соглашения, непосредственно оформляющего уступку (отдельного двустороннего документа о переходе требования)». То же касается и ситуации, когда в силу договора одна из сторон имеет секундарное право на объявление перехода права; в таком случае переход права произойдет также на основании отдельной распорядительной сделки, только уже односторонней.

Спорным в правовой науке является вопрос о каузальном или абстрактном характере самой по себе распорядительной сделки уступки требования. При каузальном характере цессии недействительность договора, на основании которого происходит уступка, влечет неизбежную недействительность перехода права. В случае же абстрактности распорядительного эффекта ничтожность или признание недействительным договора, на основании которого происходила уступка, автоматически не влечет ничтожность распорядительной сделки, влекущей переход права. Пока в судебной практике нижестоящих судов доминирует каузальный подход. Соответственно, ничтожность договора, на основании которого происходит уступка (например, договора купли-продажи требования), влечет автоматическую ретроспективную отмену перехода права, а это влечет не только констатацию отсутствия права у цессионария, но также «обваливает» по принципу домино всю последующую цепочку цессий (если такая цепочка имела место), что делает оборот денежных требований крайне рискованным. Данную проблему может теоретически решить либо рецепция знакомой некоторым правопорядкам идеи абстрактности распорядительной сделки отчуждения имущественных прав, либо введение механизма добросовестного приобретения обязательственных требований, схожего с правилами ст. 302 ГК РФ, установленных в ГК РФ в отношении вещей (тем более что аналогичные нормы закреплены в законодательстве в отношении оборота бездокументарных акций и долей в уставном капитале ООО). Каждое из таких решений имеет свои преимущества и недостатки, а также сложности в имплементации, которые здесь

не место разбирать. Следует иметь в виду, что на момент написания настоящего текста ни одно, ни другое решение в российской судебной практике не реализовано¹. Соответственно, факторинговым компаниям следует проявлять повышенную осторожность при приобретении требований, которые сами клиенты ранее приобретали у третьих лиц. Столь же внимательными должны быть и те, кто приобретает у факторинговой компании требования, перешедшие к ней от клиента: последующее выявление недействительности договора факторинга повлечет ретроспективную отмену перехода права к факторинговой компании, что, в свою очередь, в силу принципа каузальности означает автоматическую отмену перехода права и к финальному цессионарию. В такой ситуации единственным способом защиты конечного цессионария в настоящий момент является предъявление им требований о возврате уплаченной за данное право цены и возмещении убытков к факторинговой компании.

Включенные в гл. 24 ГК РФ общие правила о переходе обязательственных прав (в частности, переходе таких прав в силу сделки цессии) в соответствии с комментируемым пунктом применяются и к переходу обязательственных прав на основании договора факторинга, что абсолютно естественно. Но, как отмечено в комментируемом пункте, данные общие правила применяются в той части, в которой соответствующие отношения не урегулированы нормами о факторинге. В конце 1990-х гг., когда судебная практика толковала общие правила о цессии крайне ограничительно и блокировала уступку будущих, спорных требований, уступку требований по уплате неустойки, а также дебиторской задолженности в ситуации, когда cedent остается в договорных отношениях с должником в отношении последующих этапов или периодов, нормы ГК РФ о факторинге выглядели в ряде аспектов более либеральными. Тем не менее в современных условиях, когда практически все искусственные барьеры в отношении оборота требований устранены за счет эволюции судебной практики и поправок в общие правила о цессии, последние в большинстве случаев перестают конфликтовать с правилами о цессии при факторинге. В правилах о факторинге имеется ряд норм, которые не касаются цессии как таковой, а затрагивают иные аспекты договорных отношений клиента и фактора (например, ст. 825, 831 ГК РФ), но если сконцентрироваться исключительно на нормах, касающихся цессии в рамках факторин-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 597–598 (автор комментария к ст. 389.1 ГК РФ – В.В. Байбак).

говых отношений, картина в целом выглядит следующим образом: подавляющее большинство норм ГК РФ о факторинге, затрагивающих вопросы перехода права, просто дублируют современные нормы ГК РФ о цессии или провозглашают правовые решения, которые без каких-либо сомнений применимы и к цессии на основании других договоров (например, п. 1–2 ст. 826, ст. 828, п. 1 ст. 829, ст. 830, п. 1 ст. 832, ст. 833 ГК РФ). В некоторых из таких случаев текстуальные отличия носят преимущественно случайный характер и не предопределяют различные правовые решения сходных вопросов, если принять во внимание то, как общие нормы о цессии толкуются судами. Ряд норм составлены крайне неудачно и особого значения вовсе не имеют (п. 3 ст. 826, п. 3 ст. 829 ГК РФ). В то же время ряд специфических норм, которые установлены в отношении цессии в правилах о факторинге и при этом не следуют из текста общих норм ГК РФ о цессии или их толкования, обнаружить можно (например, п. 2 ст. 829, п. 2 ст. 832 ГК РФ).

4. Факторинг и иные договоры. Как было показано выше, критерии выделения договора факторинга не в полной мере прояснены, но ситуация становится вовсе драматичной, если принять во внимание п. 4 комментируемой статьи, согласно которой «участники гражданского оборота могут заключать также иные договоры, в соответствии с которыми осуществляется уступка денежных требований и которые предусматривают обязанность одной из сторон совершить одно или несколько действий, указанных в подпунктах 1–4 пункта 1 настоящей статьи». Если бы здесь законодатель указал на возможность в рамках иных договоров сочетать уступку денежного требования и *один* из указанных в подп. 1–4 п. 1 элементов, логика нормы была бы очевидна. Она состояла бы в том, что договор, по которому денежное требование уступается в обмен на оплату, или в целях обеспечения заемного притязания, или исключительно в целях оказания услуг по взысканию долга, вытекающего из уступленного требования, является законным, но не является факторингом. Но п. 4 комментируемой статьи говорит *об одном или нескольких* действиях, указанных в подп. 1–4 п. 1 комментируемой статьи. Но ведь если в договоре уступка денежного требования сочетается как минимум с двумя из указанных в подп. 1–4 п. 1 комментируемой статьи элементами, такой договор в силу прямого указания в п. 1 данной статьи является именно факторингом. Остается недоумевать, зачем же тогда вообще нужно выделять договор факторинга в отдельный договорный тип и снабжать его специфическим правовым регулированием? Таким образом, вопрос о специфичности договора финансирования под уступку денежного требования и от-

личиях его от иных поименованных и непоименованных договорных типов остается открытым. Понять такое решение законодателя крайне затруднительно.

5. Факторинг как смешанный договор и принципы комбинированного регулирования. Как уже отмечалось, в договоре финансирования под уступку денежного требования часто присутствуют элементы различных поименованных и непоименованных договоров: в случае безвозвратной модели факторинга элемент купли-продажи смешивается с элементом возмездного оказания услуг, обеспечительного факторинга – элементы займа и непоименованного договора обеспечительной передачи права (фидуция в обеспечительных целях, *fiducia cum creditore*), факторинга для целей инкассо – элемент возмездного оказания услуг и непоименованного договора передачи права в целях управления (фидуция в целях управления, *fiducia cum amico*). Данное обстоятельство отчасти учтено в п. 5 комментируемой статьи. Так, в части, касающейся возмездной уступки требования, отношения сторон подобны купле-продаже требования; это позволяет применять к договору факторинга, заключенному по безвозвратной модели, положения о купле-продаже при выявлении пробелов в специфических нормах гл. 43 ГК РФ, о чем и сказано в комментируемом пункте. Касательно встречающегося в ряде из указанных моделей факторинга элемента услуг уместно subsidiарное применение норм о возмездном оказании услуг в том объеме, в котором они не входят в противоречие со специфическими нормами гл. 43 ГК РФ, так что указание на сей счет в комментируемом пункте также абсолютно очевидно. Наконец, обеспечительный факторинг, предполагающий возвратность предоставленного клиенту финансирования, в силу прямого указания в комментируемом пункте подчиняется также нормам о займе, применяемым опять же в subsidiарном порядке. При этом нормы ГК РФ о купле-продаже, возмездном оказании услуг или займе не применяются к соответствующим элементам договора факторинга не только там, где они вступают в противоречие со специальными нормами о факторинге, но и тогда, когда невозможность или нецелесообразность их применения следует из существа отношений по договору факторинга.

В принципе, все вышесказанное и вытекающее из положений п. 5 комментируемой статьи было бы достаточно очевидно, даже если бы в ГК РФ данного пункта не было, а применялись общие правила п. 3 ст. 421 ГК РФ о смешанном договоре, которые основываются на принципе комбинированного регулирования и отключении данного принципа там, где это предопределяется существом заключенного договора.

Статья 825. Финансовый агент

В качестве финансового агента договоры факторинга могут заключать коммерческие организации.

Комментарий

Вопрос о субъектном составе договора финансирования под уступку денежного требования решался в нашем законодательстве по-разному. Изначально предполагалось, что это будет договор со специальным субъектом на стороне финансового агента и, соответственно, для осуществления факторинговой деятельности нужно получать лицензию. Позже стало понятно, что лицензирование в этой области избыточно. Сейчас в качестве фактора может выступать любая коммерческая организация, за исключением тех, которые обладают специальной правоспособностью, не охватывающей факторинговые операции. Например, в силу п. 4 ст. 18 Закона о государственных и унитарных предприятиях такие юридические лица, основанные на праве хозяйственного ведения, не вправе без согласия собственника совершать сделки, связанные с предоставлением займов и уступкой требований, что вряд ли согласуется с природой факторинговой деятельности.

В силу п. 3 ст. 23 ГК РФ, распространяющего на индивидуальных предпринимателей правила о коммерческих организациях, есть основания допускать до ведения факторингового бизнеса и индивидуальных предпринимателей. Впрочем, на практике нам неизвестно о занятии индивидуальных предпринимателей такой деятельностью.

Как следует квалифицировать договор финансирования под уступку денежного требования, где на стороне финансового агента выступает иной субъект, например гражданин? Здесь многое зависит от того, какой тип факторинга имеет место.

Как право должно реагировать на договоры факторинга, в которых в качестве фактора выступает гражданин, не являющийся индивидуальным предпринимателем? Эта проблема носит универсальный характер и касается множества ситуаций, когда закон допускает до права вступления в те или иные договоры только предпринимателей, но суд сталкивается с нарушением данного императивного предписания. Тут возможны различные решения.

Во-первых, возможна такая логика: гражданам, не являющимся индивидуальными предпринимателями, закон (правила о купле-продаже и цессии) не запрещает приобретать денежные требования у третьих лиц. Поэтому установленный в комментируемой статье запрет на учас-

тие граждан, не являющихся предпринимателями, в роли фактора распространяется только на случаи заключения именно договора факторинга (о сложностях разграничения разных вариантов договора факторинга и иных договоров, предполагающих уступку денежных требований, см. комментарий к п. 1 ст. 824 ГК РФ). Применительно же к договору безвозвратного факторинга, следуя принципу *favor contractus*, суды должны применять описанный запрет с учетом доктрины конверсии сделки, как минимум если договор предусматривает разовую уступку. Иначе говоря, видимо, целесообразно переqualифицировать такой договор, предполагающий уступку денежных требований и в дополнение к этому оказание услуг по учету и агентских услуг в отношении неких иных денежных требований cedента, в обычное возмездное соглашение о цессии с отсечением той части сделки, которая касается услуг. Что же до обеспечительного и инкассо факторинга, то сфера применения установленного в комментируемой статье запрета зависит от того, как мы готовы определять пределы охвата таких конструкций (см. п. 1.2–1.3 комментария к ст. 824 ГК РФ). Если даже разовую сделку предоставления займа с обеспечением в виде уступки денежного требования или разовую сделку передачи денежного требования для целей оказания услуг по взысканию долга (на инкассо), не сопровождаемые какими-то дополнительными услугами цессионария в отношении иных требований, пока остающихся у cedента, мы будем готовы считать факторингом, то предусмотренный в настоящей статье запрет означает жесткий запрет на участие граждан в подобных сделках на стороне цессионария. Такие сделки ничтожны в силу ст. 168 ГК РФ, как нарушающие прямой законодательный запрет. Если же факторинг в его обеспечительном и инкассо-вариантах видеть только там, где договор носит длящийся характер и предусматривает дополнительные услуги в отношении требований, еще не перешедших к цессионарию, то установленный запрет следует применять аналогично ситуации безвозвратной модели факторинга: отсекают элемент услуг за счет признания его ничтожным и сохранять в силе изолированный заем с обеспечением в виде передачи займодавцу денежного требования или изолированной уступки для целей взыскания долга.

Во-вторых, возможно и принципиально иное решение: вовсе отказать от признания договора факторинга в любой его ипостаси тотально или даже частично ничтожным, несмотря на то что в качестве фактора выступает обычный гражданин, не являющийся формально предпринимателем, вместо этого применяя к фактору-гражданину лишь публично-правовые санкции за занятие незаконной предпринимательской деятельностью. Положения п. 2 ст. 168 ГК РФ допускают,

что в некоторых случаях из природы законодательного запрета в случае его нарушения достаточно каких-либо иных санкций и такая санкция, как ничтожность сделки, избыточна.

Какой-либо ясности в контексте случаев нарушения указанного в комментируемой статье предписания в судебной практике нет.

Статья 826. Денежное требование, являющееся предметом уступки

1. Предметом уступки по договору факторинга могут быть денежное требование или денежные требования:

1) по существующему обязательству, в том числе по обязательству, возникшему из заключенного договора, срок платежа по которому наступил либо не наступил (существующее требование);

2) по обязательству, которое возникнет в будущем, в том числе из договора, который будет заключен в будущем (будущее требование) (статья 388.1).

2. Денежное требование переходит к финансовому агенту (фактору) в момент заключения договора факторинга, если иное не установлено таким договором. При этом будущее требование переходит к финансовому агенту (фактору) с момента его возникновения, если договором не предусмотрено, что будущее требование переходит позднее.

3. Если договор факторинга заключен ранее момента перехода денежного требования к финансовому агенту (фактору), дополнительное оформление перехода денежного требования не требуется.

Комментарий

1. Предмет уступки. В рамках договора факторинга может быть уступлено как одно или несколько конкретных требований, так и целый «пул» дебиторской задолженности (так называемый оптовый факторинг). С практической точки зрения договоры финансирования под уступку денежного требования редко заключаются в отношении конкретных требований. Гораздо чаще факторинговая компания берет на себя работу со значительной частью дебиторской задолженности клиента. При таких оптовых уступках важнейшей задачей является индивидуализация предмета уступки с такой степенью определенности, которая позволит избежать риска признания договора незаключенным. Как известно, предмет уступки может быть не только определенным, но и определяемым. В первом случае стороны индивидуализируют

конкретное требование или несколько требований с такой степенью определенности, что их можно идентифицировать уже в момент заключения договора факторинга (например, указаны основания возникновения этих требований, стороны, предмет, срок платежа и т.п.). Во втором случае сторонам необходимо сформулировать в договоре факторинга критерии, применив которые не только они сами, но и любое третье лицо (в том числе судья) сможет определить, об уступке каких требований договорились фактор и клиент на момент перехода требований к фактору. Согласно ст. 5 Оттавской конвенции 1988 г. условие договора факторинга, предусматривающее передачу существующих или будущих требований, действительно даже в отсутствие индивидуального обозначения требований, если во время заключения контракта или во время возникновения требований они могут быть определены. Впрочем, не вполне понятно, могут ли стороны договора указать, что к факторинговой компании переходят все существующие или возникающие в будущем требования клиента к конкретным должникам (например, требование по оплате любых поставок, которые фактор осуществил в адрес конкретного покупателя либо осуществит в будущем по одному конкретному или любым заключенным между сторонами договорам в пределах оговоренного срока). Проблема здесь состоит в том, что такое условие о предмете уступки позволяет идентифицировать соответствующие требования и момент их перехода с достаточной степенью определенности при рассмотрении споров в суде, но при подобном описании предмета договора фактор до суда может испытывать сложности в понимании того, какие конкретно требования и когда перешли к нему. Клиент в целом будет понимать, какие требования и когда перешли в имущественную массу фактора, но последний может не иметь четкого представления на сей счет. Как представляется, вряд ли такой способ идентификации предмета уступки должен влечь признание договора незаключенным, но сторонам стоит, видимо, избегать такой модели идентификации предмета уступки во избежание правовой неопределенности. Например, фактор, не зная о том, что некое право к нему перешло, мог не предпринять необходимых действий для взыскания долга с должника в судебном порядке и пропустить срок исковой давности.

В российском праве не вполне прояснен вопрос о допустимости еще более общего определения предмета отчуждения и допустимости глобальной уступки всех оборотоспособных существующих и (или) будущих требований cedenta по отношению к любым третьим лицам (либо отчуждения всего имеющегося или попадающего в будущем в собственность продавца иного имущества). Может ли договор, яв-

ляющийся основанием для уступки, столь общим образом определять предмет отчуждения, или в такой ситуации следует считать, что предмет договора не согласован? В равной степени неясен данный вопрос и применительно к факторингу.

Впрочем, насколько позволяет судить доступная нам информация, на практике стороны идентифицируют вполне конкретные требования, переходящие к фактору, и описанные выше способы фиксации не определенного, а определимого предмета уступки встречаются нечасто.

1.1. Существующие и будущие требования. В п. 1 комментируемой статьи достаточно удачно решена проблема разграничения существующих и будущих требований. Напомним, что в прежней редакции в категорию будущих требований совершенно необоснованно были включены так называемые несозревшие требования (т.е. права по обязательствам, которые уже возникли, но еще не подлежат принудительному исполнению вследствие того, что срок исполнения еще не наступил). В действующей редакции п. 1 комментируемой статьи эта ошибка исправлена: к будущим отнесены только требования, которые еще вообще не возникли (например, по еще не заключенным контрактам); возникшие же требования, включая несозревшие, помещены в категорию существующих.

Остается неразрешенным вопрос о том, к какой категории следует отнести требования из уже заключенных договоров, возникновение которых поставлено под отлагательное правосделочное условие (отлагательное условие, встроенное в сделку в рамках реализации договорной свободы сторон) или условие права (отлагательное условие, встроенное в правоотношения сторон в силу указаний в законе; стороны могут лишь уточнить конкретное обстоятельство, являющееся условием, но не могут устранить саму условность обязательства, не выйдя за рамки соответствующего условного в силу своей природы института). К обязательствам, поставленным под отлагательное условие, можно отнести, например, требования об уплате неустойки до нарушения договора, о компенсации расходов или потерь до их возникновения; о выплате страхового возмещения до возникновения страхового случая; о возврате обеспечительного платежа по истечении срока, на который он внесен, при невозникновении оснований для засчитывания встречных требований клиента к должнику; об истребовании денег от эскроу-агента при наступлении условий для раскрытия эскроу; о возврате предоплаты на случай расторжения договора; о выплате той или иной суммы долга, образующегося при наступлении условия того или иного дериватива и т.п. Как представляется, такие требова-

ния должны считаться будущими, так как в силу п. 1 ст. 157 ГК РФ наступление отлагательного условия приводит к *возникновению* обязательства, соответственно, до наступления отлагательного условия требование не просто не созрело, а вовсе не существует. Впрочем, следует сказать, что в науке иногда высказывается точка зрения, согласно которой отлагательно обусловленные обязательства возникают в момент заключения договора и созревают при наступлении условия ровно таким же образом, как созревают обязательства, зависящие от наступления срока. В правоприменительной практике единообразный подход к решению данного вопроса не выработан.

Также вызывает споры вопрос о том, должно ли считаться существующим или будущим требование о внесении оплаты за осуществляемое встречное предоставление (поставляемый товар, выполняемые работы, оказываемые услуги и т.п.) по синаллагматическому договору, если договор или закон предусматривают, что оплата производится при условии осуществления такого встречного предоставления, но последнее еще не осуществлено. После осуществления встречного предоставления такой долг, безусловно, является существующим, пусть, возможно, и незрелым (если договор устанавливает срок на его погашение). Но как квалифицировать такое требование до осуществления встречного предоставления? Одни юристы считают, что речь идет о таком же условном требовании, которое лишь возникает при осуществлении встречного исполнения; другие возражают и отличают такую ситуацию от обязательства, поставленного под классическое отлагательное правосделочное условие или условие права.

Косвенно первый подход находит поддержку в судебной практике. Так, согласно п. 1 ст. 5 Закона о несостоятельности (банкротстве) «возникшие после возбуждения производства по делу о банкротстве требования кредиторов об оплате поставленных товаров, оказанных услуг и выполненных работ являются текущими», что означает непомещение их в реестр требований кредиторов должника и погашение их в ходе осуществления процедур банкротства. Те же требования, которые возникли до возбуждения дела о банкротстве, согласно российскому законодательству о банкротстве попадают по общему правилу в реестр требований кредиторов должника. Иначе говоря, момент возникновения денежного требования имеет в рамках банкротства колоссальное практическое значение. Судебная практика в связи с этим указывает на то, что обязательство по оплате оказанных услуг, выполненных работ или поставленных товаров с условием об отсрочке платежа возникает не в момент заключения такого синаллагматического договора, а в момент осуществления предшествующего исполнения (поставки

товара, оказания услуг, выполнения работ и т.п.). Соответственно, если этот момент имел место после возбуждения дела о банкротстве, требование об оплате будет текущим. В Определении КЭС ВС РФ от 6 июля 2017 г. № 303-ЭС17-2748 указано на сей счет следующее: «Срок исполнения денежного обязательства не всегда совпадает с датой возникновения самого обязательства... Для целей определения момента возникновения обязанности по оплате услуг по смыслу п. 1 ст. 779 Гражданского кодекса РФ... значение имеет дата оказания этих услуг» (см. также п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 63 и Определение КЭС ВС РФ от 5 июля 2017 г. № 306-ЭС17-1387).

Тот факт, что отмеченная судебная практика исходит из того, что встречное обязательство осуществить последующее исполнение по sinalлагматическому договору возникает не в момент заключения договора, а в момент осуществления предшествующего исполнения, косвенно свидетельствует в пользу того, что возникновение такого встречного обязательства поставлено под условие. Ведь согласно п. 1 ст. 157 ГК РФ отлагательное условие как раз и смещает в будущее момент возникновения прав и обязанностей. Тем не менее вопрос нельзя признать окончательно проясненным и разрешенным в российском праве. Нормы о банкротстве брать в качестве единственного критерия разграничения гражданско-правовых институтов безропотно нельзя, так как в банкротстве происходят невероятные искажения классической цивилистической догматики.

Вопрос о том, касается ли уступка в описанной ситуации существующего (пусть и несозревшего) или лишь будущего требования, имеет важное практическое значение, так как и ст. 388.1 ГК РФ об уступке будущих требований, и п. 2 комментируемой статьи устанавливают различное решение для определения момента перехода права из имущественной массы cedenta (клиента) в имущественную массу цессионария (фактора) (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье).

Остается только добавить, что наряду с самими денежными требованиями к фактору переходят по умолчанию (если иное не оговорено в договоре факторинга) и дополнительные требования, связанные с основным уступаемым требованием (например, право на взыскание неустойки или процентов по ст. 395 ГК РФ), а также акцессорные обеспечительные права (залог, поручительство). Это следует из применения общих правил о цессии (п. 1 ст. 384 ГК РФ). То же указано и в ст. 7 Оттавской конвенции 1988 г.

2. Момент перехода требования. В решении вопроса о моменте перехода уступаемого требования законодатель, по сути, воспроизвел те

положения, которые и так уже содержатся в общих нормах об уступке гл. 24 ГК РФ (п. 2 ст. 389.1 и п. 2 ст. 388.1 ГК РФ). Особого смысла это не имело, поскольку общие правила об уступке и так применяются к отношениям факторинга.

2.1. Момент перехода существующего требования. Согласно комментируемому пункту существующее требование переходит к фактору по общему правилу в момент заключения договора факторинга, о том же говорит и п. 2 ст. 389.1 ГК РФ. Иначе говоря, распорядительное волеизъявление содержится в таком случае в самом договоре факторинга и срабатывает в момент его заключения.

Согласно обеим нормам договор может предусматривать иное, что означает право сторон договора согласовать более поздний момент перехода существующего права. Во-первых, договор может предусматривать, что оговоренное требование перейдет к цессионарию (фактору) в будущем при наступлении согласованного срока или условия (например, перечисления клиенту суммы займа в рамках обеспечительной модели факторинга или цены приобретаемого права в рамках безвозвратной модели факторинга). Во-вторых, договор может предусматривать обязательство клиента осуществить уступку требования фактору; в таком случае стороны должны будут оформить отдельную распорядительную сделку о переходе права. В-третьих, договор может предусмотреть опцион клиента на отчуждение или опцион фактора на приобретение соответствующих требований, реализуемые односторонним волеизъявлением соответствующей стороны; в таком случае право перейдет фактору в момент доставки другой стороне соответствующего волеизъявления (п. 1 ст. 433, ст. 165.1 ГК РФ). Первый и второй из упомянутых вариантов отступления от общего правила моментального перехода права по воле сторон прямо признаны в п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54. Третий вариант (опцион) в судебной практике ВС РФ прямо не обсуждался, но в свете ст. 429.2 ГК РФ нет никаких сомнений в том, что такой вариант также вполне законен. Все эти варианты возможны в контексте любого договора, предусматривающего уступку, в том числе и договора факторинга.

2.2. Момент перехода будущего требования. Согласно комментируемому пункту будущее требование (т.е. требование, которое еще отсутствует у клиента на момент заключения договора) переходит к фактору не в момент заключения договора факторинга, а в момент его возникновения у клиента, что согласуется с общим правилом п. 2 ст. 388.1 ГК РФ о цессии. Иначе говоря, согласно закону после заключения договора факторинга, предполагающего уступку будущего права, сначала на логическую секунду требование возникает в имущественной массе cedenta

(клиента) и затем автоматически переходит к цессионарию (фактору). Договор может предусмотреть более поздний момент перехода права, но не более ранний. Договориться о том, что требование перейдет ранее, чем оно возникнет, юридически невозможно. Такое условие ничтожно в силу ст. 168 и 180 ГК РФ, и право перейдет, согласно правилу комментируемого пункта, в момент возникновения права.

Этот аспект крайне важен, так как, если клиент впадет в банкротство после заключения договора факторинга и ранее, чем возникнет само право, оно возникнет в конкурсной массе клиента и останется там, распорядительный эффект перехода права не сработает (см. Определение КЭС ВС РФ от 6 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8204).

В первой редакции Проекта реформы ГК РФ в гл. 43 ГК РФ предполагалось закрепить, что даже будущие требования переходят к фактору до их возникновения. Цель такого нововведения была очевидна: факторинговые компании освобождались бы от риска последующей несостоятельности клиентов и не участвовали бы в конкурсных процедурах, поскольку требования просто не попадали бы в конкурсную массу в случае, если клиент впадет в банкротство после заключения договора факторинга, предполагающего уступку будущего права, но до возникновения уступаемого обязательства. Помимо того, что эта привилегия для факторинговых компаний труднообъяснима с точки зрения общих принципов гражданского права, она бы послужила благодатной почвой для злоупотреблений и заключения таких договоров об уступке будущих требований задним числом, когда клиент уже участвует в банкротных процедурах. Однако из конечной редакции комментируемой нормы, которая стала законом, это одиозное нововведение было удалено и сохранен общий подход к регулированию момента перехода будущих требований.

2.3. Возможна ли уступка условного требования в состоянии подвешенности? В то же время, если речь идет об условном праве (т.е. будущем требовании до наступления отлагательного условия), теоретически можно представить себе и цессию условного права, находящегося на стадии до разрешения отлагательного условия, не по модели уступки будущего права (т.е. с отложенным распорядительным эффектом), а по модели немедленного распоряжения с переносом на цессионария права ожидания наступления условия. В таком случае воля сторон состоит в уступке самого состояния ожидания наступления условия. При такой уступке, когда условие наступит и право возникнет, оно возникнет сразу же у фактора, и, соответственно, последний не несет риск попадания клиента (цедента) в банкротство в период после совершения сделки, но до наступления условия. Но обратной стороной

медали является то, что фактор (цессионарий) приобретает то самое состояние подвешенности и нерешенности. Соответственно, если условие так и не наступит, а значит, полноценное обязательственное право у фактора (цессионария) не возникнет, последний не сможет предъявлять клиенту (цеденту) претензии по ст. 390 ГК РФ за уступку недействительного права, так как он получил ровно то, о распоряжении чем они договорились, а именно право ожидания наступления условия с сопряженным с ним риском ненаступления условия. К сожалению, при всей кажущейся теоретической допустимости этого варианта какого-либо детального анализа контуров такой модели уступки в российском праве пока практически нет. Например, не вполне понятно, может ли подобная модель отчуждения условного права быть реализована в ситуации, когда наступление условия зависит от клиента (цедента), и как тогда работает эта конструкция.

3. Отсутствие необходимости документировать переход требования.

В п. 3 комментируемой статьи мы обнаруживаем довольно странную формулировку: договор факторинга, предполагающий последующий переход требования, достаточен сам по себе для того, чтобы такой последующий переход требования состоялся, и в дополнительном оформлении перехода требования нет необходимости. Поскольку данная норма сформулирована предельно общим образом, она охватывает как соглашения об уступке будущих требований, так и любые договоры финансирования под уступку денежного требования, предусматривающие временной разрыв между заключением собственно договора факторинга и перехода требования. Применительно к уступке будущих требований в данной норме нет необходимости, ибо в силу нормы п. 2 комментируемой статьи будущее требование переходит фактору автоматически через логическую секунду после его возникновения; никакого оформления здесь не требуется, и комментируемый пункт это, видимо, подтверждает. Тот же подход отражен и в ст. 5 Оттавской конвенции 1988 г. Впрочем, в силу принципа договорной свободы и критериев толкования норм договорного права, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, данная норма однозначно диспозитивна, и стороны могут согласовать иное, например необходимость подписания сторонами отдельного акта о переходе права после его возникновения.

В контексте уступки существующего права норма выглядит несколько странно. Если стороны не хотят, чтобы требование переходило в момент заключения договора факторинга, как это следует из общей нормы п. 2 комментируемой статьи, и при этом не ставят автоматически переход

права под условие или в зависимость от наступления срока, а фиксируют в договоре обязательство клиента произвести уступку требования в будущем, то единственно логически допустимые модели определения механики перехода права в такой ситуации состоят либо в переходе права при доставке волеизъявления одной из сторон (модель опциона), либо в переходе права в момент подписания двустороннего распорядительного акта о переходе права. В обоих этих случаях имеет место тот или иной вариант «оформления» перехода права. Согласованный сторонами механизм перехода права должен в силу принципа договорной свободы иметь определяющее значение. С учетом этого данную несколько странную норму, видимо, следует интерпретировать таким образом: если из текста договора следует, что переход права не происходит в момент заключения договора, а отложен, то в сомнительных ситуациях, когда текст договора допускает двоякую интерпретацию, подразумевать следует вариант автоматического перехода права, а не вариант перехода права на основании двустороннего или одностороннего волеизъявления. Впрочем, трудно представить себе практическую ситуацию, в которой это правило может применяться. В любом случае сторонам, решившим отступить от общего правила перехода существующего права в момент заключения договора факторинга, следует четко описывать механизм перехода права во избежание спорных ситуаций.

Статья 827. Ответственность клиента перед финансовым агентом

1. Если договором факторинга не предусмотрено иное, клиент несет перед финансовым агентом ответственность за недействительность денежного требования, являющегося предметом уступки.

2. Утратил силу с 1 июня 2018 г. — Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ.

3. Клиент не отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение должником требования, являющегося предметом уступки, в случае предъявления его финансовым агентом к исполнению, если иное не предусмотрено договором между клиентом и финансовым агентом.

Комментарий

1. Ответственность за недействительность. В п. 1 комментируемой статьи продублирован тот подход, который закреплен в действующей редакции ст. 390 ГК РФ. По общему правилу клиент (цедент) отвечает

перед фактором (цессионарием) за действительность уступаемого требования.

Что здесь понимается под ответственностью? В качестве санкций за уступку недействительного требования ст. 390 ГК РФ упоминает а) взыскание убытков и б) возврат уплаченной цены. На самом деле этот перечень далеко не полный, а кроме того, не учитывает того, что сама уступка может происходить в контексте разных договоров, специфика которых может предопределять особенности применения цессионарием средств защиты. В этом проявляется известная ошибка законодателя, включившего в общие правила о цессии, которые должны касаться лишь самого перехода права (распорядительной сделки), нормы, которые регулируют отношения между цедентом и цессионарием, создающие правовое основание для уступки. При этом законодатель не учитывает то, что эти нормы могут оказаться неуместными или несправедливыми в контексте принципиально различающихся договорных конструкций с разными каузами договора. В ряде случаев законодатель этот нюанс учел и исключил применение ст. 390 ГК РФ в контексте отдельных договоров. Например, в силу п. 3 ст. 576 ГК РФ правило ст. 390 ГК РФ об ответственности цедента не работает в случае дарения требования.

Аналогичная проблема возникает и в контексте уступки требования в рамках трех различных моделей факторинга. Далее рассмотрим то, как правила комментируемого пункта, дублирующие правила п. 1 ст. 390 ГК РФ в отношении факторинга, соотносятся с конструкциями безвозвратного, обеспечительного и инкассо-моделей факторинга.

Также ниже в контексте каждой из трех моделей факторинга будет разобрана проблематика применения нормы, допускающей исключение ответственности цедента за действительность уступленного права.

1.1. Безвозвратная модель факторинга. Когда речь идет о возмездной уступке требования в обмен на уплату цены, или безвозвратной модели факторинга, мы имеем дело с куплей-продажей. В такой ситуации на случай выявления недействительности уступленного требования налицо нарушение обязательства продавца передать оговоренное имущество. Соответственно, логично давать фактору (цессионарию) право на отказ от договора и вытекающее из реализации этого права прекращение долга фактора по уплате еще не уплаченной цены, а также право требовать возврата уплаченной цены. Иначе говоря, последствия уступки недействительного требования должны быть идентичны тем, которые возникают в случае непередачи продавцом обещанного товара. Если часть из уступленных требований оказалась

недействительна, цессионарий (фактор) может отказаться от договора либо в пропорциональной части, либо в целом, если непередача данной части требований представляет собой существенное нарушение в отношении всего договора и оправдывает тотальное непропорциональное расторжение (п. 2 ст. 328, п. 1 ст. 466, п. 2 ст. 488 ГК РФ) (о применимости в контексте возмездной уступки требований правил об отказе от договора из регулирования купли-продажи см. Определение КЭС ВС РФ от 8 июня 2015 г. № 304-ЭС14-8595).

Правомерная реализация фактором права на отказ от договора, во-первых, прекращает долг фактора по оплате недействительных, а следовательно, и переданных требований (а в случае тотального расторжения — и долг фактора по оплате всей цены договора). Это не упомянуто в ст. 390 ГК РФ (законодатель забыл о возможности ситуации, когда недействительность требования выявляется ранее, чем вся цена была уплачена), но в полной мере следует из правил ст. 453 ГК РФ о прекращении обязательств при расторжении договора. Во-вторых же, отказ от договора дает фактору право требовать возврата уплаченной за недействительное требование цены (а в случае тотального расторжения — всей цены договора). Последнее вытекает из общих правил ст. 453 ГК РФ о последствиях расторжения договора и прямо упомянуто в п. 3 ст. 390 ГК РФ. Естественно, если фактор сразу обращается к клиенту с требованием о возврате уплаченной цены, такое волеизъявление подразумевает и отказ от договора.

Кроме того, п. 3 ст. 390 ГК РФ допускает взыскание с цессионария убытков. Эта санкция вполне уместна и в контексте безвозвратной модели факторинга, так как здесь налицо нарушение обязательства передать требование. Если цессионарий (фактор) правомерно отказался от договора, он получает еще и право на взыскание убытков, вызванных правомерным расторжением нарушенного договора (п. 5 ст. 453, ст. 393.1 ГК РФ).

Наконец, из правил ст. 330 ГК РФ следует возможность согласовать в договоре штраф, который клиенту надо будет уплатить на случай выявления недействительности уступленного требования, либо штраф, который клиент будет обязан уплатить на случай правомерного расторжения фактором договора в ответ на выявление недействительности уступленного требования.

Также комментируемый пункт допускает возможность исключения ответственности клиента за недействительность уступленного требования. Но в п. 1 комментируемой статьи отсутствует упомянутое в п. 1 ст. 390 ГК РФ важное ограничение для включения в договор условия об освобождении клиента (цедента) от ответственности на случай

недействительности уступаемого права. Такое условие согласно п. 1 ст. 390 ГК РФ допустимо, если недействительность требования вызвана обстоятельствами, о которых cedent не знал или не мог знать либо о которых он предупредил цессионария, в том числе обстоятельствами, относящимися к дополнительным требованиям, включая требования по правам, обеспечивающим исполнение обязательства, и правам на проценты. Смысл данного ограничения очевиден: если cedent заранее знает или имеет основания знать о недействительности уступаемого требования и при этом он не предупредил об этом цессионария, то либо попытка уступить такое требование представляет собой явно недобросовестное поведение (в случае точного знания клиента о недействительности), которое не может иметь правовой защиты, либо перенесение на цессионария риска просто несправедливо (в случае, когда cedent точно не знал, но мог знать о недействительности, однако цессионария не предупредил). Если же cedent о недействительности требования не знает и не имеет оснований знать, или он знает о возможных проблемах с действительностью требования и предупредил об этом цессионария, договорная свобода, по мысли законодателя, торжествует: цессионарий просто принимает на себя дополнительный риск, который, разумеется, при разумности сторон должен быть учтен в цене, т.е. в размере предоставляемого финансирования. Несмотря на то что упомянутое выше ограничение встречается лишь в общих нормах об уступке требования, а в комментируемой статье оно отсутствует, не вызывает никаких сомнений тот факт, что оно распространяется и на договоры факторинга и должно учитываться сторонами при формулировании пределов ответственности клиента перед финансовым агентом.

Впрочем, до сих пор не вполне прояснено, распространяется ли упомянутая в п. 1 ст. 390 ГК РФ, а следовательно, и в п. 1 комментируемой статьи свобода сторон исключить ответственность на случаи применения договорной ответственности в узком смысле (т.е. возможности взыскания убытков), либо в договоре можно согласовать, что при выявлении недействительности требования цессионарий не может отказаться от договора и обязан внести оплату за уступаемое право (как выяснилось, несуществующее), если она еще не внесена, а также не может требовать возврата уплаченной цены, если цена им уже уплачена. В принципе, отказ от договора не является мерой ответственности по смыслу норм ГК РФ. Не является мерой ответственности и возврат уплаченной цены при расторжении договора (к такому требованию в силу ст. 453 ГК РФ применяются нормы ГК РФ о неосновательном обогащении). Так что открыта дорога для буквального толкования

нормы п. 1 ст. 390 ГК РФ и допущения возможности исключения по условиям договора лишь ответственности в строгом смысле слова (т.е. взыскания убытков). Впрочем, сложность состоит в том, что и право на возврат уплаченных средств, и взыскание убытков упомянуты в ст. 390 ГК РФ, которая в целом называется «Ответственность cedента», что может намекать на то, что в контексте ст. 390 ГК РФ ответственность понимается в более широком смысле. Данный вопрос в судебной практике пока не прояснен, так как сама норма п. 1 ст. 390 ГК РФ, допускающая оговорку об исключении ответственности на случай недействительности, вступила в силу 1 июня 2018 г. одновременно с новыми правилами о факторинге.

1.2. Ответственность клиента за действительность требования в контексте обеспечительной модели факторинга. Как представляется, если уступленное фактору в качестве обеспечения заемных обязательств клиента требование оказалось недействительным, должны применяться не правила ст. 390 ГК РФ и комментируемого пункта, а правила ст. 813 ГК РФ о нарушении заемщиком обязательств предоставить обеспечение, ведь недействительность уступленного требования представляет собой нарушение обязательства заемщика предоставить эффективное обеспечение. Согласно ст. 813 ГК РФ займодавец в такой ситуации, выявив недействительность уступленного требования после выделения заемного финансирования, получает право на акселерацию заемного долга (досрочное истребование долга) с начислением согласованных процентов до даты фактического возврата займа. Эти же правила в силу п. 5 ст. 824 ГК РФ должны применяться и к займу, обремененному в форму договора факторинга.

В силу прямо выраженной диспозитивности правил ст. 813 ГК РФ стороны могут в договоре исключить возникновение у фактора указанных прав на случай недействительности уступленного в качестве обеспечения требования или оговорить иные ограничения. Например, при уступке в целях обеспечения целого «пула» требований стороны могут оговорить, что при недействительности части из уступленных требований, в сумме не превышающих тот или иной процент от суммы предоставленного финансирования, право на акселерацию всего долга не возникает. В такой ситуации недействительность уступленного требования не мешает заемным отношениям продолжаться по обычной заемной модели. Впрочем, как представляется, в ситуации, когда клиент знал или должен был знать о недействительности уступаемого права (или значительной части «пула» уступаемых прав), но не предупредил об этом фактора, условие договора, ограничивающее указанные в ст. 813 ГК РФ права на случай выявления недействительности

уступленного требования, должно признаваться ничтожным. Это можно вывести из применения п. 1 ст. 390 ГК РФ, общих правил ГК РФ о добросовестности (п. 3–4 ст. 1 ГК РФ), а также из расширительного применения правила п. 4 ст. 401 ГК РФ.

Кроме того, нет никаких сомнений в том, что в случае выявления недействительности уступленного в целях обеспечения требований фактор имеет право требовать возмещения убытков за нарушение обязательств предоставить эффективное обеспечение по общим правилам договорной ответственности. Договором взыскание убытков может быть исключено, кроме случаев, когда клиент знал или должен был знать о недействительности уступаемого требования, но не предупредил фактора.

Кроме того, ряд санкций может быть согласован и в самом договоре (например, условие о повышении процентной ставки в случае ничтожности обеспечения).

1.3. Ответственность цедента и инкассо-факторинг. При уступке требования для целей формирования условий для оказания фактором услуг по взаимодействию с должником от своего имени, взыскания долга и передачи полученного клиенту за вычетом вознаграждения фактора, уступка не представляет собой полноценное договорное предоставление, находящееся в синаллагматической связи со встречными обязательствами фактора по оказанию услуг. Уступка здесь носит вспомогательный характер и является исполнением кредиторской обязанности обеспечить должнику возможность исполнить свое обязательство оказать соответствующие услуги. Если требование не уступлено, то имеет место не нарушение обычного обязательства, а просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ). В такой ситуации фактор в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ не допускает просрочку по своим обязательствам оказать соответствующие услуги, а также он вправе требовать возмещения убытков (например, своих тщетно понесенных расходов). Кроме того, нет особых сомнений в том, что, несмотря на отсутствие соответствующей нормы в ГК РФ, фактор может отказаться от договора в связи с нарушением клиентом договора и потребовать возмещения убытков, вызванных вынужденным расторжением договора (п. 5 ст. 453 ГК РФ). Все это в полной мере касается и ситуации, когда уступленное требование оказалось недействительным.

Как представляется, договор не может исключить действие правила п. 3 ст. 405 ГК РФ, согласно которому должник не считается впавшим в просрочку при наличии просрочки кредитора, а также право фактора на отказ от договора при неисполнении клиентом своей обязанности передать требование для обеспечения фактору возможности исполнить

договор. Взыскание убытков может быть исключено договором кроме случаев, когда клиент знал или должен был знать о недействительности, но фактора не предупредил.

2. Утративший силу пункт 2. В отмененном с 1 июня 2018 г. п. 2 комментируемой статьи были сформулированы параметры действительности уступаемых требований. Согласно ныне не действующей норме устанавливалось, что «денежное требование, являющееся предметом уступки, признается действительным, если клиент обладает правом на передачу денежного требования и в момент уступки этого требования ему не известны обстоятельства, вследствие которых должник вправе его не исполнять». Однако эта норма была, очевидно, некорректной (отсутствие у клиента права на передачу требования означает не действительность самого требования, а ничтожность распорядительного эффекта) и, кроме того, избыточной при наличии положений п. 1 и п. 2 ст. 390 ГК РФ, устанавливающих общие критерии действительности цессии и подразумеваемые гарантии, которые принимает на себя цедент. Соответственно, в отсутствие п. 2 ст. 827 ГК РФ следует руководствоваться общими правилами ст. 390 ГК РФ. Применение правил об ответственности цедента на случай недействительности уступаемого требования было прокомментировано нами в контексте факторинга в различных его модификациях в комментарии к п. 1 настоящей статьи. Здесь уместно обратить внимание на то, как в контексте факторинга могут применяться общие правила п. 2 ст. 390 ГК РФ.

Согласно п. 2 ст. 390 ГК РФ при уступке цедентом должны быть соблюдены следующие условия:

- уступаемое требование существует в момент уступки, если только это требование не является будущим требованием;
- цедент правомочен совершать уступку;
- уступаемое требование ранее не было уступлено цедентом другому лицу;
- цедент не совершал и не будет совершать никакие действия, которые могут служить основанием для возражений должника против уступленного требования.

Первые три условия необходимы для того, чтобы соответствующее требование могло перейти из имущественной массы цедента (клиента) в имущественную массу цессионария (фактора). Первое (существование уступаемого требования) равнозначно условию действительности такого требования. Несоблюдение данного условия равнозначно уступке недействительного права и должно влечь те же последствия (см. комментарий к п. 1 настоящей статьи).

Что же касается условия наличия у cedента правомочий по распоряжению, то речь идет прежде всего о ситуации, когда само уступаемое требование существует, но не принадлежит cedенту, а также ситуации, когда требование принадлежит cedенту, но в силу закона он лишен распорядительной власти (например, в силу законодательства о банкротстве распоряжение запрещено).

Условие, согласно которому требование не уступлено ранее третьему лицу, является частным случаем предыдущего условия наличия у cedента правомочий на распоряжение.

Что же касается последнего упомянутого в п. 2 ст. 390 ГК РФ «условия» несовершения cedентом действий, которые могут служить основанием для возражений должника против уступленного требования, до уступки и впоследствии, то следует иметь в виду, что должник может выдвинуть против требований цессионария только те возражения, правовые основания для которых возникли к моменту получения должником уведомления о переходе права (ст. 386 ГК РФ). По сути, здесь мы имеем сочетание подразумеваемого законом заверения cedента о том, что он ранее до заключения договора не совершал действий, которые могут позволить должнику возразить против требования цессионария, и обязательства не создавать оснований для таких возражений с момента заключения договора, на основании которого происходит уступка, и до получения должником уведомления о переходе права.

Имеется неясность в вопросе о том, может ли договор исключить ответственность на случай нарушения таких условий, поскольку появившаяся в п. 1 ст. 390 ГК РФ оговорка о свободе сторон коммерческого договора согласовать исключение ответственности при буквальном толковании распространяется только на ситуацию уступки недействительного требования. Могут ли стороны договориться о том, что цессионарий, приобретающий требование по договору купли-продажи, обязан платить, если еще не заплатил, и не вправе требовать возврата уплаченного, если уже заплатил, а также не вправе требовать возмещения убытков, если выяснится, что требование не существует, существует, но принадлежит иному лицу (например, в ситуации, когда cedент приобрел его по недействительной сделке цессии или когда cedент ранее уступил его другому лицу), существует и принадлежит cedенту, но не может быть им в силу закона уступлено, или у должника имеется эффективное возражение против уступленного требования? Абсолютно очевидно, что при добросовестности cedента, который не знал и не должен был знать о соответствующих проблемах или предупредил цессионария об известных ему проблемах (например, о возможных возражениях должника, основанных на ра-

нее имевших место его отношениях с цедентом), подобная оговорка может точно исключить ответственность в узком смысле (взыскание убытков). Этот вывод следует из п. 4 ст. 401 ГК РФ и из применения по аналогии нормы п. 1 ст. 390 ГК РФ. Также нет сомнений, что подобная оговорка не сработает, если цедент недобросовестен. Вопрос о возможности исключения права на отказ от договора и права требовать возврата уплаченной цены (или обязанности вносить оплату, если та еще не уплачена) при добросовестности цедента до сих пор не прояснен.

В принципе, все эти выводы применимы к безвозвратной модели факторинга.

В отношении обеспечительной и инкассо-моделей факторинга данные правила потребуют некоторых модификаций, аналогичных тем, которые были описаны выше в комментарии к п. 1 данной статьи.

3. Ответственность за неисполнение уступленного требования. В п. 3 комментируемой статьи мы вновь имеем дело с повтором общих правил о цессии (п. 1 ст. 390 ГК РФ). Здесь скопировано традиционное правило о цессии, которое содержится в п. 1 ст. 390 и действует с момента принятия первой части ГК РФ: цедент не отвечает в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником уступленного цессионарию требования. Таким образом, можно сказать, что в нашем ГК РФ в виде общего правила закреплена модель безвозвратного факторинга, предполагающая, что риск неплатежа должника лежит на финансовом агенте, в отличие от обеспечительного факторинга, позволяющего финансовому агенту обратиться с соответствующим требованием к клиенту в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения уступленного требования должником.

Рассмотрим подробнее, как урегулирована ответственность клиента за неисполнение уступленного требования в рамках трех упомянутых в комментируемой главе моделей факторинга: безвозвратной, обеспечительной и инкассо.

3.1. Ответственность за исполнение уступленного требования при безвозвратной модели факторинга. Закрепленное в комментируемом пункте общее правило присуще безвозвратной модели факторинга, что подтверждается и в п. 1 ст. 831 ГК РФ. Фактор в рамках такой модели факторинга не может отказаться от договора и от оплаты еще не уплаченной цены или ее части, потребовать возврата уплаченного и взыскания убытков, если он не смог добиться погашения долга от должника. Риск дефолта должника лежит на факторе, что неминуемо должно сказываться на цене уступаемого права.

При этом в соответствии как с общим правилом п. 1 ст. 390 ГК РФ, так и с комментируемой нормой договор может предусмотреть иное, а именно ответственность cedenta (клиента) за исполнение обязательств должником. Как указано в п. 1 ст. 390 ГК РФ, это можно оформить как поручительство клиента, включенное в договор факторинга или выраженное в отдельном документе.

Такое поручительство по умолчанию предполагает солидарное соотношение долга должника и обеспечивающего его долга уступившего требование клиента, но договор может предусматривать и субсидиарный формат ответственности клиента (в том числе право фактора предъявить к клиенту требование по такому обеспечению лишь в случае банкротства должника или в случае, если просрочка должника продолжается на протяжении того или иного срока). При этом к такому поручительству будут применяться все правила о поручительстве. Это касается, в частности, и нормы п. 6 ст. 367 ГК РФ о прекращении поручительства при непредъявлении иска к поручителю в течение годового срока с момента наступления срока по обеспеченному требованию при отсутствии соответствующего правил ст. 190 ГК РФ указания в договоре на иной срок действия поручительства. Погашение клиентом за должника долга перед фактором повлечет обратный переход к клиенту уступленного им ранее требования в порядке суброгации (п. 1 ст. 387 ГК РФ).

3.2. Ответственность за исполнение и обеспечивательный факторинг. В отношении обеспечивательного факторинга п. 2 ст. 831 ГК РФ устанавливает иное правило, согласно которому клиент обязан доплатить фактору ту сумму займа, которую фактор не смог погасить за счет полученного от должника по уступленному в целях обеспечения требования. Но это не значит, что клиент *отвечает* перед фактором за исполнение должником своего обязательства — просто, если при полном или частичном неплатеже должника предмет обеспечения не позволит фактору извлечь денежные средства, клиенту придется возвращать заем в части, не покрытой таким платежом должника. Почему законодатель не учел этого при формулировании комментируемой нормы, понять сложно.

3.3. Ответственность за исполнение и факторинг на инкассо. В случае с факторингом на инкассо проблемы вообще нет, ибо обязательства фактора состоят в оказании услуг по урегулированию долга и передаче клиенту полученного от должника (п. 3 ст. 831 ГК РФ); если должник не погасил долг, то фактору просто нечего перечислять клиенту. Соответственно, риск неплатежа несет клиент, но никакие санкции фактор к клиенту применить не может, кроме требования об уплате

вознаграждения за услуги (если вознаграждение не было привязано к достижению результата в виде взысканной с должника суммы). Законодатель, введя в ГК РФ упоминание инкассо-модели факторинга, забыл учесть ее специфику в комментируемом пункте.

3.4. Резюме. Абсолютно очевидно, что в заданных условиях норма комментируемого пункта просто не нужна, так как не учитывает в полной мере специфику различных моделей факторинга, которые законодатель подразумевал при введении нового правового режима данного договора.

Статья 828. Недействительность запрета уступки денежного требования

1. Уступка финансовому агенту денежного требования является действительной, даже если между клиентом и его должником либо между клиентом и лицом, уступившим ему право требования, существует соглашение о ее запрете или ограничении.

2. Положение, установленное пунктом 1 настоящей статьи, не освобождает клиента от обязательств или ответственности перед должником или другой стороной в связи с уступкой требования в нарушение существующего между ними соглашения о ее запрете или ограничении.

Комментарий

Комментируемая статья на настоящий момент представляет собой еще один пример избыточности нормативного материала. Надо признать, что принцип невозможности аннулирования уступки, совершенной в нарушение запрета (или ограничения) цессии денежного требования, который установлен в договоре между клиентом и должником, впервые (в 1996 г.) в отечественном правопорядке появился именно в нормах о факторинге. Общие нормы ГК РФ о цессии такого правила тогда не предусматривали, а суды нередко за рамками факторинга признавали уступку в нарушение договорного запрета недействительной. Соответственно, в течение достаточно долгого времени специальные правила комментируемой статьи о факторинге действительно предусматривали правило, которое суды отказывались применять в отношении обычной цессии. Но с 1 июля 2014 г. это правило было воспроизведено в реформированных общих положениях об уступке требования; при этом законодатель добавил указание на то, что нарушение договорного запрета на уступку не может служить

основанием для расторжения договора между должником и цедентом (п. 3 ст. 388 ГК РФ). Изначально данное правило распространялось только на договорные запреты, включенные в договоры между предпринимателями, но с 1 июня 2015 г. такое ограничение было исключено, и правило приобрело свой законченный, универсальный вид. Аналогичным образом в том же п. 3 ст. 388 ГК РФ появилось указание на то, что, несмотря на действительность цессии денежных требований, совершенной в нарушение договорного запрета на уступку, цедент будет отвечать перед должником за нарушение данного запрета (имеется в виду возмещение убытков, уплата неустойки и т.п.). Соответственно, правила о факторинге сейчас дублируют общие нормы о цессии. В связи с этим сложно понять, зачем при наличии данной общей нормы комментируемая статья в рамках реформы норм главы о факторинге 2018 г. оставлена в силе.

Тот же подход отражен и в ст. 6 Оттавской конвенции 1988 г.: «Уступка требования поставщиком фактору будет иметь силу, несмотря на любое соглашение между поставщиком и дебитором, запрещающее такую уступку» (п. 1), но это не исключает ответственности клиента перед своими должниками за нарушение такого запрета (п. 3). О том же см. п. 2 ст. 9 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности.

Впрочем, потенциально возможно иное толкование комментируемой нормы: невозможность аннулирования цессии в рамках факторинга распространяется не только на случаи нарушения договорного запрета, который установлен по соглашению между клиентом и должником, но и на те ситуации, когда сам клиент приобрел требование у иного лица, и соглашением об уступке последующая цессия была запрещена. Может ли эта норма комментируемой статьи, расширяющая сферу применения правила о недопустимости аннулирования уступки, выглядеть как специальная и неприменимая к обычной уступке? Безусловно, нет. Невозможность аннулирования сделки перепродажи приобретенного имущества, совершенной в нарушение обязательств продавца перед предыдущим собственником не производить такую перепродажу, хотя и не отражена в общих правилах о цессии или купле-продаже, но носит универсальный характер и касается любых случаев цессии и в целом отчуждения имущества. Тот факт, что лицо, приобретающее имущество, обещало продавцу его не отчуждать третьим лицам, не лишает первое лицо в отношениях с третьими лицами возможности произвести отчуждение им данного имущества. Такое отчуждение действительно, поскольку договорные ограничения носят сугубо относительный характер и связывают стороны этого договора, но не третьих лиц. Эта идея в полной мере вытекает из положения

п. 3 ст. 308 ГК РФ и принципа относительности обязательственных отношений.

В то же время, даже при наличии комментируемой нормы в правилах о факторинге, следует учитывать разъяснения, данные в п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54. Так, ВС РФ подтвердил, что в случае нарушения договорного запрета на уступку цессия не может быть признана недействительной, даже если цессионарий знал о наличии такого запрета. Но при этом ВС РФ указал, что если при наличии договорного запрета цессии cedent и цессионарий действовали с намерением причинить вред интересам должника (злоупотребление правом), то уступка может быть квалифицирована в качестве ничтожной сделки на основании п. 1 ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ. Не вызывает сомнений то, что это разъяснение применимо и к уступке, совершенной в рамках договора факторинга и противоречащей договорному запрету цессии. Впрочем, ВС РФ не сделал никаких намеков в отношении того, в каких конкретно ситуациях нарушающий договорный запрет уступка может быть признана ничтожной в связи со злоупотреблением правом. Очевидно, что одного лишь знания цессионария (фактора) о наличии запрета недостаточно для обнаружения злоупотребления правом. Но не окажется ли достаточным то, что будет доказано знание цессионария (фактора) о том, что такой запрет нарушен, и согласия должника на уступку нет? Или требуется обнаружение еще большей упречности в поведении cedenta (клиента) и цессионария (фактора), которое позволяет квалифицировать сговор фактора и «интервента» в качестве шиканы? Если последнее, то в чем оно может выражаться? Эти вопросы пока остаются без ответа в практике ВС РФ.

Те же выводы применимы и к случаям, когда клиент уступает фактору требование, которое он сам ранее приобрел у третьего лица, в договоре с которым клиент обещал не производить последующую уступку требования. Хотя по общему правилу уступка, совершенная в нарушение такого договорного ограничения, и действительна и не может быть аннулирована в силу прямого указания в комментируемой статье и общих принципов относительности обязательственных запретов (п. 3 ст. 308 ГК РФ), при определенных обстоятельствах суд может квалифицировать такую уступку как ничтожную на основании бурно формирующейся сейчас в судебной практике доктрины недобросовестного вторжения (интервенции) в чужие договорные отношения по правилам ст. 10 и ст. 168 ГК РФ (определения КГД ВС РФ от 9 января 2018 г. № 50-КГ17-27 и от 27 марта 2018 г. № 49-КГ17-35, определения КЭС ВС РФ 25 января 2018 г. № 308-ЭС17-14180 (1, 2),

от 26 декабря 2017 г. № 305-ЭС17-14389, от 19 апреля 2018 г. № 307-ЭС17-11311, от 16 апреля 2018 г. № 305-ЭС16-10864 и др.). Очевидно, что для этого должно быть как минимум установлено, что цессионарий (фактор) знал о том, что цедент (клиент), уступая ему требование, нарушает свои обязательства перед предыдущим обладателем уступаемого права последующее отчуждение требования не производить. Но не вполне ясно, достаточно ли этого, или для констатации злоупотребления правом требуется установить более высокий уровень порочности поведения цессионария (фактора).

Иначе говоря, как в случае обычной уступки, так и в случае уступки в рамках договора факторинга договорные ограничения на уступку, включенные в договор между должником и цедентом (клиентом) либо в договор между цедентом (клиентом) и предыдущим обладателем требования, у которого цедент (клиент) ранее это требование приобрел, по общему правилу не позволяют пострадавшему от нарушения такого ограничения должнику или предыдущему обладателю требования аннулировать совершенную уступку, но при определенных обстоятельствах в качестве исключения из данного правила уступка может быть признана ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ, если будет установлено очевидное злоупотребление правом в поведении цедента (клиента) и цессионария (фактора). И в обоих случаях критерии признания поведения цессионария (фактора) в качестве злоупотребления правом не вполне ясны: в частности, неясно, достаточно ли для ничтожности уступки, чтобы цессионарий (фактор) точно знал о нарушении цедентом (клиентом) договорного запрета или ограничения. Таким образом, данная проблематика носит универсальный характер и, видимо, должна решаться общим образом, независимо от того, какова правовая природа договора, на основании которого происходит спорная уступка. Оснований для дифференциации регулирования не наблюдается.

Кроме того, следует учитывать, что правило п. 3 ст. 388 ГК РФ предусматривает дополнительные положения на случай нарушения договорных запрета или ограничения уступки, нежели комментируемая статья. А именно она не только устанавливает действительность цессии, но и подчеркивает, что нарушение договорного запрета или ограничения не дает должнику права на расторжение договора, из которого возникло уступленное требование. Эта позиция почерпнута, видимо, из п. 2 ст. 9 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности. Нет сомнений в том, что аналогичные правовые последствия (в виде отсутствия у должника права на расторжение) имеют место и в связи с уступкой в рамках договора факторинга.

В то же время ВС РФ в п. 16 Постановления Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54 указал, что соглашением должника и кредитора уступка требования без необходимого в силу условий договора согласия должника может быть признана основанием для одностороннего отказа от договора, права (требования) по которому были предметом уступки. Это разъяснение применительно к уступке неденежных требований не вызывает никаких вопросов. Но из текста комментируемого пункта Постановления прямо не следует, что он не касается уступки денежных требований. Теоретически из данного разъяснения можно вывести мысль о том, что возможность оговорить в контракте право на отказ должника от договора при несанкционированной уступке кредитором своего требования открыта и в случае уступки денежного требования без согласия должника. Если это действительно так, то данное разъяснение имеет большое значение, поскольку п. 3 ст. 388 ГК РФ прямо говорит о том, что нарушение договорного запрета на уступку денежного требования по умолчанию не может являться основанием для расторжения договора. В этой норме законодатель решил установить, что по общему правилу нарушение такого запрета не считается существенным, а отказ от договора (или его судебное расторжение) является непропорциональной реакцией. Но некоторые юристы исходили из того, что из данного положения вытекает и нечто большее, а именно запрет на согласование в договоре условия о праве на расторжение договора в случае несанкционированной уступки. Но ВС РФ в духе Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, несмотря на отсутствие в норме п. 3 ст. 388 ГК РФ оговорки о праве согласовать иное, толкует ее диспозитивно и признает право сторон согласовать возможность отказа от договора на случай допущения cedentом такого нарушения.

При этом, по логике, должник вправе заявить подобный отказ, даже если цессионарий был добросовестным и не знал о нарушении данного запрета. Этот отказ может как не повлечь прекращения уступаемого права (например, при уступке права на получение уже начисленной за прошедшие периоды задолженности по арендной плате и отказе арендатора от договора аренды в связи с нарушением договорного запрета на уступку), так и повлечь (например, при уступке права на получение оплаты за еще не отгруженную партию товара и отказе покупателя от договора поставки в связи с нарушением договорного запрета на уступку). А последнее, в свою очередь, позволяет должнику выдвинуть соответствующее возражение против требования цессионария на основании правил ст. 386 ГК РФ (о возражениях должника см. п. «Г» комментария к ст. 830 ГК РФ).

Статья 829. Последующая уступка денежного требования

1. Если уступка денежного требования финансовому агенту (фактору) осуществлена в целях приобретения им указанного требования, последующая уступка денежного требования финансовым агентом (фактором) допускается, если договором факторинга не предусмотрено иное.

2. Если уступка денежного требования финансовому агенту (фактору) осуществлена в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом (фактором) или в целях оказания финансовым агентом (фактором) клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, последующая уступка денежного требования финансовым агентом (фактором) не допускается, если договором факторинга не предусмотрено иное.

3. К последующей уступке денежного требования финансовым агентом (фактором) применяются соответственно положения настоящей главы.

Комментарий

1. Допустимость последующей уступки денежного требования. В комментируемой статье предложено дифференцированное решение вопроса о допустимости последующей уступки денежного требования, переданного финансовому агенту по договору факторинга. Как видно из сопоставления п. 1 и 2 комментируемой статьи, законодатель установил разные общие правила насчет допустимости последующей уступки в зависимости от цели, ради которой денежное требование передается финансовому агенту.

Так, в ситуации, когда денежное требование уступается фактору в рамках купли-продажи (безвозвратная модель факторинга), последующая уступка денежного требования по общему правилу допускается. Корректность такого подхода сомнений не вызывает, ибо финансовый агент должен иметь свободу распоряжения своим имуществом (в данном случае — приобретенным у клиента денежным требованием).

Данное правило сформулировано явным образом диспозитивно, т.е. договором факторинга может быть запрещена последующая уступка, даже если требование было передано с целью его приобретения фактором. Появление такого запрета крайне маловероятно в договоре безвозвратного факторинга.

2. Последующая уступка при обеспечительном и инкассо-факторинге. Как видно из п. 2 комментируемой статьи, законодатель установил диспозитивный запрет уступки денежных требований, полученных

фактором с целью обеспечения его прав в отношении клиента или в рамках инкассо-модели факторинга. И это кажется абсолютно логично, поскольку такого рода договоры предполагают фидуциарную уступку: в большинстве случаев данное диспозитивное правило угадывает наиболее вероятное намерение сторон.

Норма носит диспозитивный характер, и в договоре может быть предусмотрена допустимость уступки. В последнем случае последующая уступка будет законна. Впрочем, если договор такого условия не содержит, но в дальнейшем клиент дает предварительное согласие на уступку, а фактор ее совершает, логично также исходить из законности уступки. Так, описанные обстоятельства свидетельствуют о том, что стороны разрешили данную уступку, воспользовавшись диспозитивностью комментируемой нормы, — просто это соглашение не было включено в текст договора, а касалось последующей уступки конкретного требования и состоялось в форме череды волеизъявлений (запроса согласия клиента и выражения самого согласия).

При применении данной нормы может возникнуть вопрос: каковы последствия ее нарушения? Поскольку запрет распоряжения уступленным требованием в контексте обеспечительного и инкассо-факторинга установлен непосредственно законом, цессия, противоречащая такому запрету, должна считаться ничтожной в силу п. 2 ст. 168 ГК РФ, поскольку она нарушает не только требования закона, но и права и охраняемые законом интересы третьих лиц, а именно клиента. Кроме того, тот же вывод следует и из правила п. 1 ст. 174.1 ГК РФ, согласно которому «сделка, совершенная с нарушением запрета или ограничения распоряжения имуществом, вытекающих из закона, в частности из законодательства о несостоятельности (банкротстве), ничтожна в той части, в какой она предусматривает распоряжение таким имуществом (статья 180)».

При этом если цессионарий был недобросовестен (т.е. знал о незаконности такой уступки), следует признавать ничтожным весь договор, на основании которого осуществлялась последующая уступка, наряду с самой цессией.

Может встать вопрос о том, насколько такое решение логично в ситуации, когда цессионарий добросовестен и не знает, что cedent (фактор) не вправе производить уступку. Ничтожность в данной случае кажется неприемлемой. Справедливости ради следует заметить, что в подобной ситуации добросовестный цессионарий, как правило, не появится. Никто не приобретет требование в рамках последующей уступки, не изучив всю цепочку предшествующих цессий. А изучив договор факторинга, на основании которого требование ранее приобрел

сам продавец, и увидев его обеспечительную или инкассо-природу, цессионарий сразу поймет, что последующая уступка невозможна, если, конечно, цессионарий знает закон. Если он не запросил или не изучил договор факторинга либо изучил, но не был в курсе комментируемой нормы, назвать цессионария субъективно добросовестным и проявившим достаточную степень осмотрительности, чтобы заслушать защиту, никак невозможно.

Тем не менее в некоторых ситуациях фигура добросовестного приобретателя требования может появиться. Правило о запрете последующей уступки сформулировано диспозитивно. На практике, насколько нам известно, такое условие о допустимости переуступки встречается нередко. Условие договора обеспечительного или инкассо-факторинга, легализующее последующую уступку, может носить универсальный характер и давать фактору неограниченное право произвести при необходимости отчуждение требования третьим лицам, либо ставить возникновение у фактора права произвести отчуждение требования третьим лицам под то или иное отлагательное условие (например, просрочку клиента в возврате займа), либо предоставлять фактору возможность произвести последующую уступку по согласованию с клиентом. Фактор в такой ситуации может ввести цессионария в заблуждение по поводу наличия согласия клиента или наступления условия, в силу которого последующая уступка становится возможной. Еще один возможный вариант: в договоре факторинга может быть изначально разрешена уступка, но впоследствии стороны могут подписать соглашение об изменении договора и исключить данное согласие, но фактор скроет от цессионария это дополнительное соглашение.

Возможны два альтернативных решения данной ситуации в контексте появления фигуры добросовестного цессионария, имевшего основания полагать, что совершаемая уступка легальна.

Первое: признавать ничтожным распорядительный эффект договора, на основании которого осуществляется последующая уступка, но оставлять в силе сам договор, дабы цессионарий мог иметь возможность предъявить к фактору-цеденту договорные иски об ответственности за нарушение договорного обязательства передать соответствующее требование. Такое решение представляется вполне возможным и не противоречащим п. 1 ст. 174.1 ГК РФ.

Второе: отказаться от признания недействительным не только договора, на основании которого осуществляется последующая уступка, но и самой уступки как распорядительного волеизъявления. Такое решение потребует телеологической редукции комментируемой нормы

о запрете последующей уступки с урезанием возможности ее применения к ситуациям, когда цессионарий добросовестен.

Пока в судебной практике невозможно обнаружить унифицированное решение этой коллизии. Соответствующие риски следует обязательно учитывать тем, кто планирует приобрести требование у фактора, который ранее приобрел его у изначального кредитора в рамках обеспечительной или инкассо-модели факторинга.

Наконец, следует отметить, что ничтожная последующая цессия, совершенная в нарушение установленного в комментируемом пункте запрета в пользу недобросовестного цессионария, должна быть конвалидирована, если будет получено последующее согласие клиента на переход требования к третьему лицу. Правовым основанием для этого, видимо, может быть норма п. 5 ст. 166 ГК РФ, которая, безусловно, неудачно сформулирована и вызывает массу споров, но иногда может быть применена с пользой. Впрочем, многое здесь требует пояснения. Например, в какой момент требование будет считаться перешедшим в имущественную массу цессионария и выбывшим из имущественной массы фактора? Можно ли предположить, что последующее одобрение повлечет ретроспективный распорядительный эффект (ведь изначально требование не переходило в силу ничтожности распорядительной сделки)? Или требование перейдет только в момент такого одобрения? Последнее кажется на первый взгляд более корректным. По сути, ничтожность распоряжения в данной ситуации означает, что для перехода права недостает ключевого элемента фактического состава согласия клиента на уступку, выраженного в договоре; если это согласие клиента впоследствии выражается, фактический состав для перехода права накапливается и формируются условия для срабатывания распорядительного эффекта.

2.1. Специфика последующей уступки при обеспечительном факторинге. В рамках обеспечительного факторинга при осуществлении фактором легальной последующей уступки полученные им денежные средства могут быть зачтены к долгу клиента по возврату займа по той же логике, по которой в рамках обеспечительного факторинга работает предусмотренный в п. 2 ст. 831 ГК РФ механизм засчитывания при получении фактором денег от должника по уступленному ему требованию. Взыскание долга с должника или перепродажа требования являются альтернативными средствами извлечь реальные деньги из принадлежащего фактору требования. По общему правилу в силу требований п. 2 ст. 831 ГК РФ и комментируемой нормы ему доступен лишь первый вариант, но представляется, что договор может допускать и второй. Сама логика срабатывания обеспечительного

механизма засчитывания (п. 2 ст. 831 ГК РФ) от использования того или иного механизма извлечения денег из уступленного требования не меняется.

Последующая продажа требования прекращает обеспечительные отношения. Полученное от перепродажи требования идет в счет заемного долга клиента, а в случае недостаточности полученной от третьего лица суммы для покрытия оставшегося долга клиента по процентам, телу заемного долга и штрафным санкциям фактор имеет право требовать от клиента погашения этой, теперь уже не обеспеченной задолженности. Если полученная фактором сумма превышает размер его денежных требований к клиенту, фактор должен вернуть клиенту избыток. Иначе говоря, здесь работает по аналогии механизм, закрепленный в п. 2 ст. 831 ГК РФ.

Если фактор продал требование, было бы справедливо, чтобы долг клиента считался погашенным на цену такой перепродажи, пусть цена фактически и не получена фактором, ибо риск выбора партнера в данной ситуации должен нести фактор.

Для клиента опасность допущения такого варианта извлечения денег из уступленного в целях обеспечения требования состоит в том, что фактор может произвести отчуждение по заниженной цене, нисколько не стремясь продать требование максимально выгодно (особенно если размер заемного долга намного меньше, чем номинальная сумма уступленного требования), либо продать требование по максимально выгодной цене, но на бумаге отразить заниженную цену, получая остальное от цессионария наличными, что на практике клиенту будет крайне сложно доказать. Поэтому было бы логично, чтобы клиент мог апеллировать к неразумности цены, по которой фактор произвел отчуждение требования, и требовать признания своего долга погашенным с учетом не цены фактической продажи, а рыночной цены. Очевидно, что денежное требование почти всегда продается с дисконтом, но дисконт дисконту рознь. В случае явной неоправданности предоставленного приобретателю дисконта клиент может предъявить фактору претензии. Это следует из того, что у фактора в силу природы обеспечительной уступки имеется фидуциарное обязательство перед клиентом стремиться максимально выгодно и разумно распорядиться полученным им в качестве обеспечения требованием. В частности, клиент может потребовать, чтобы при расчете сальдо взаимных требований принималась к учету не реальная цена перепродажи требования, а та цена, которую суд признает рыночной. Технически это может опосредоваться тем, что при нарушении фидуциарных обязанностей у фактора возникает перед клиентом ответственность в виде возмеще-

ния убытков, и размер таких убытков должен учитываться при определении сальдо.

Впрочем, проблема здесь возникает в связи с тем, что, в отличие от эмиссионных ценных бумаг, котируемых на бирже, или типовых товаров вроде нефти или зерна, установление объективной рыночной цены денежного договорного требования – вопрос не самый предсказуемый, особенно если должник не представляет собой большую платежеспособную корпорацию или имеется перспектива выдвижения им тех или иных эффективных возражений против требования. Цена перепродажи требования учитывает риски банкротства должника и иные ожидаемые сложности с взысканием долга, которые отражаются на размере дисконта. Адекватно ретроспективно оценить в такой ситуации рыночный уровень цены реальной сделки продажи требования нелегко и сопоставить с ним цену реальной сделки суду будет непросто. Различные оценщики, ретроспективно оценивая уступленное требование, могут прийти к сильно различающимся цифрам. В этом обеспечительная уступка принципиально отличается от большинства сделок репо ценных бумаг, объектом которых являются, как правило, высоколиквидные и котируемые на бирже акции или облигации, установление адекватной рыночной цены которых обычно не представляет большой сложности. В этом плане механизм продажи уступленного фактору требования третьим лицам при всей своей привлекательности для фактора как альтернативный механизм раскрытия обеспечительного потенциала несет в себе определенные риски и для фактора. Клиент может добиться в суде признания такой продажи совершенной по заниженной цене, несмотря на то что фактор при продаже действовал вполне добросовестно: предсказать, как некий оценщик оценит в суде данное требование, заранее нелегко.

В связи с этим договор может предусматривать тот или иной механизм, который определит приемлемый минимум, ниже которого цена последующей уступки опуститься не может. Например, стороны могут договориться о том, что требование не может быть продано ниже, чем за 70% своего номинального размера (а при возбуждении против должника дела о банкротстве – менее, чем за 30% своего номинального размера). Или стороны могут согласовать оценщика или аудитора, которому они доверяют оценку требования на случай возникновения спора об адекватности цены последующей уступки. Наконец, стороны могут предусмотреть, что требование должно продаваться фактором на частном открытом аукционе на той или иной площадке с обеспечением для самого клиента доступа к участию в аукционе. Это может позволить клиенту, наблюдающему, что требование продается слишком

дешево, самому выкупить его, избежав тем самым неблагоприятных последствий занижения цены последующей уступки. Вернув себе требование по заниженной цене, клиент сможет его продать сам по более высокой цене и за счет полученных средств погасить свой долг.

3. Правовая квалификация последующих уступок. Поскольку денежное требование изначально передавалось финансовому агенту по договору факторинга, законодатель посчитал необходимым все соглашения о последующих уступках также подчинить правилам ГК РФ о договоре факторинга. Данная норма выглядит странно. Это может означать, например, что в соглашениях о последующих уступках, помимо договоренностей о цессии, должны присутствовать какие-либо из дополнительных компонентов, упомянутых в п. 1 ст. 824 ГК РФ. Не вызывает сомнений тот факт, что в подавляющем большинстве случаев стороны не станут включать такие условия в соглашения о последующих уступках. Впрочем, эту проблему можно было бы решить, предположив, что в комментируемой норме речь идет о применении содержательных правил о факторинге, а не квалифицирующих признаков факторинга, закрепленных в п. 1 ст. 824 ГК РФ. Но даже при такой оговорке сложно понять, зачем весь последующий оборот денежных требований подчинять правилам о факторинге только на том основании, что первая уступка в цепочке уступок была совершена в рамках модели безвозвратного факторинга. Неужели правила о факторинге будут применяться и тогда, когда на данное требование будет обращаться взыскание по долгам последнего из цессионариев, и оно будет продаваться с публичных торгов, или когда оно будет продаваться с торгов в рамках дела о банкротстве последнего цессионария? Или неужели в случае приобретения у фактора требования некоммерческой организацией или гражданином, не являющимся коммерсантом, они уже не смогут перепродать его в силу применения правила ст. 825 ГК РФ, которое запрещает заниматься факторингом лицам, не осуществляющим предпринимательскую деятельность. Очевидно, что нет.

Более того, текст нормы не учитывает, что факторинг может быть и обеспечительным или построен по инкассо-модели и при этом допустить последующую уступку. Абсолютно нелепо выглядит идея о том, что цессионарий, купивший требование у фактора в такой ситуации, при дальнейшей перепродаже превращается в клиента в рамках обеспечительной или инкассо-модели факторинга.

Все эти примеры лишь подчеркивают абсурдность данной нормы, которая была неуместна до реформы норм ГК РФ о цессии и факторинге, но теперь выглядит просто законотворческим абсурдом.

Очевидно, что в этой норме российский законодатель воспроизвел с рядом упрощений положение ст. 11 Оттавской конвенции 1988 г., цель которого, видимо, в том, чтобы сделать денежные требования, приобретенные фактором, более ликвидными за счет подчинения их дальнейшей переуступки либеральному режиму уступки, закрепленному в Конвенции. Но целесообразность такого решения в контексте современного российского права сомнительна, ибо ныне действующие общие правила о цессии достаточно либеральны и, по сути, ничем не отличаются от действующих правил об уступке при факторинге.

Статья 830. Исполнение денежного требования должником финансовому агенту

1. Должник обязан произвести платеж финансовому агенту (фактору) при условии, что он получил от клиента либо от финансового агента (фактора) письменное уведомление об уступке денежного требования данному финансовому агенту (фактору) и в уведомлении определено подлежащее исполнению денежное требование или указан способ его определения, а также указано лицо, которому должен быть произведен платеж.

2. По просьбе должника финансовый агент обязан в разумный срок представить должнику доказательство того, что уступка денежного требования финансовому агенту действительно имела место. Если финансовый агент не выполнит эту обязанность, должник вправе произвести по данному требованию платеж клиенту во исполнение своего обязательства перед последним.

3. Исполнение денежного требования должником в соответствии с правилами настоящей статьи освобождает должника от соответствующего обязательства перед клиентом.

Комментарий

(а) Общие правила об уведомлении. Уведомление должника не является условием перехода денежного требования к финансовому агенту: требование перейдет к фактору и в ситуации, когда должник не был уведомлен о переходе права. Но такое уведомление необходимо прежде всего цессионарию (фактору) для того, чтобы исключить платеж в пользу клиента. До того как должник получил уведомление о переходе права, он вправе погашать долг путем платежа в пользу клиента (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Такой

платеж в адрес клиента погасит долг должника перед фактором (п. 3 ст. 382 ГК РФ), и последнему придется требовать перечисления ему данной суммы уже от самого клиента по правилам о неосновательном обогащении. Если клиент при этом деньги фактору не перечислит и впадет в банкротство, фактору останется винить только самого себя. Кроме того, уведомление должника имеет важное значение для ограничения для должника возможностей выдвигать против фактора возражения, основанные на отношениях должника с клиентом (см. п. «г» комментария к настоящей статье), а также предъявлять к зачету свои однородные требования к клиенту (см. комментарий к ст. 832 ГК РФ).

При этом уведомление должно быть доставлено должнику, чтобы оно приобрело для него какое-либо правовое значение (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). После надлежащего уведомления должник обязан платить фактору и не может освободиться от долга путем платежа в адрес клиента.

Согласно правилу п. 1 комментируемой статьи уведомление должно быть письменным. Вопрос о том, является ли уведомление о переходе права сделкой или является сделкоподобным извещением, является дискуссионным в нашем праве. Соответственно, нет ясности в вопросе о том, применимы ли к такому уведомлению правила о форме сделки, включая норму п. 1 ст. 162 ГК РФ, согласно которой при нарушении требования письменной формы сделки сама сделка действительна, но стороны при возникновении спора не вправе ссылаться на свидетельские показания в подтверждение факта совершения и содержания спорной сделки. Во избежание спорных ситуаций клиенту и фактору рекомендуется строго соблюдать правило о письменной форме уведомления об уступке.

Должник, получивший надлежащее уведомление о переходе права от клиента и заплативший в пользу фактора, защищен на случай выявления недействительности уступки. Если его платеж осуществлен, а впоследствии выяснилось, что переход права недействителен, должник будет считаться заплатившим третьему лицу, правомочие которого на получение исполнения ему подтвердил кредитор (ст. 312 ГК РФ), и потребовать от должника повторного платежа в адрес истинного кредитора (клиента) невозможно; кредитор должен предъявлять кондикционный иск к тому лицу, которое получило платеж от должника без правовых к тому оснований (п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54).

(б) Кто вправе уведомить должника? Комментируемая статья, как и общая норма п. 1 ст. 385 ГК РФ, говорит о том, что должника могут

уведомить как изначальный кредитор (клиент), так и цессионарий (фактор). При этом как в силу ст. 390 ГК РФ, так и в силу п. 2 комментируемой статьи должник, получив уведомление от цессионария (фактора), может рассчитывать на то, что к уведомлению будут приложены доказательства перехода права. Если таковые приложены, уведомление является надлежащим, и должник обязан платить фактору. Если нет, должник вправе воздержаться от платежа и запросить подтверждения. В случае неполучения таких подтверждений в разумный срок должник может освободиться от долга путем платежа в адрес клиента, несмотря на то что требование в действительности перешло к фактору.

Но что может быть надлежащим подтверждением перехода права при направлении уведомления должнику фактором? Применительно к толкованию общих правил о цессии ВС РФ указал в п. 20 Постановления Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54 следующее: «Если уведомление об уступке направлено должнику новым кредитором, то должник согласно абзацу второму пункта 1 статьи 385 ГК РФ вправе не исполнять ему обязательство до получения *подтверждения от первоначального кредитора*. При непредставлении такого подтверждения в течение разумного срока должник вправе исполнить обязательство первоначальному кредитору» (курсив наш. — В.Б., А.К.). ВС РФ посчитал, что надлежащим подтверждением перехода права будет только приложенное к уведомлению, направленному цедентом, оформленное так или иначе сообщение о подтверждении перехода права, подписанное самим цедентом. Из этого разъяснения следует, что при отсутствии такого приложения должник должен запрашивать подтверждение перехода права от изначального кредитора. Фактически ВС РФ дезавуировал норму ГК РФ о возможности эффективного уведомления должника цессионарием. С учетом идентичности нормы п. 1 ст. 385 ГК РФ и комментируемой статьи ГК РФ в отношении факторинга те же подходы должны применяться и к случаям уступки в рамках факторинга.

Впрочем, эта позиция ВС РФ порождает ряд проблем в ситуациях, когда цедент не может подтвердить должнику уступку по объективным причинам (например, скончался после уступки или организация-цедент ликвидирована). Как представляется, в таких ситуациях цессионарий может добиться уплаты долга, если факт перехода права будет подтвержден судом. Более подробный разбор этой общей для цессии проблематики выходит за рамки настоящего комментария. В практическом плане избежать этой проблемы фактор может, если он направит клиенту подписанное совместно с клиентом уведомление о переходе права или проконтролирует направление клиентом прямо-

го извещения своему должнику сразу же при заключении договора, предполагающего уступку.

(в) Уведомление о совершении сделки цессии или о переходе права? Следует обратить внимание на то, что общая норма ст. 385 ГК РФ говорит *об уведомлении о переходе права*, в то время как ст. 412 ГК РФ о зачете при уступке, а также комментируемая норма говорят *об уведомлении об уступке*. Имеется ли здесь какая-то разница? Из смысла ст. 385 ГК РФ следует, что должник уведомляется о состоявшемся переходе права. Если договор, на основании которого происходит уступка, откладывал момент перехода права (например, предусматривал обязательство cedenta оформить переход требования посредством подписания отдельной распорядительной сделки или ставил автоматический переход права в зависимость от наступления отлагательного условия или срока), должник должен уведомляться не о факте подписании договора, а после того, как распорядительный эффект реально сработал и право перешло. Это подтверждается и п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54: «По смыслу статьи 385 ГК РФ уведомление о переходе права должно содержать сведения, позволяющие с достоверностью идентифицировать нового кредитора, определить объем *перешедших* к нему прав. Если указанных в уведомлении сведений недостаточно для совершения должником исполнения новому кредитору, должник, по общему правилу, вправе исполнить обязательство первоначальному кредитору или приостановить исполнение и потребовать представления соответствующих сведений от первоначального кредитора. Сообщение о заключении договора, на основании которого уступка требования будет производиться после наступления определенного срока или условия, не может считаться надлежащим уведомлением для целей применения статьи 386 ГК РФ» (курсив наш. — В.Б., А.К.). В последней фразе содержится некоторая неточность: дело в том, что под условие или срок ставится не уступка как распорядительная сделка, а переход права, т.е. отлагательно обусловленное распоряжение на уступку, включенное в договор, считается совершенным в момент заключения договора, но сам распорядительный эффект такого волеизъявления срабатывает при наступлении срока или условия. Но смысл разъяснения в целом понятен: должника нельзя уведомлять лишь о факте заключения договора, на основании которого лишь возможен в будущем переход обязательственных требований. Это касается как ситуации, когда заключен договор, предполагающий возможный, но не predetermined отложенный переход к цессионарию существующего права (например, когда переход права

поставлен под отлагательное условие), так и ситуации, когда договор предполагает уступку будущего права (т.е. требования, которое на момент заключения договора еще не возникло у cedenta).

При этом следует иметь в виду, что в ситуации уступки требования по уже заключенному договору, срок исполнения которого еще не наступил, речь идет об уступке существующего, а не будущего права. Соответственно, право переходит по общему правилу в момент заключения договора. В такой ситуации изначальный кредитор может вполне уведомить своего должника об уже состоявшемся переходе права сразу после заключения договора, на основании которого происходит уступка.

В то же время в комментируемом пункте (а равно в ст. 412 ГК РФ) законодатель говорит о необходимости направления уведомления об уступке требования, а не о переходе права. Является ли это отличие случайным? Как представляется, да. Данному отличию нельзя придавать серьезного значения. Иначе получается абсурдная ситуация: клиент может уведомить должника только лишь о факте заключения договора факторинга, предполагающего отложенный переход права при наступлении неких условий, которые должник никак не контролирует (например, условия перечисления клиенту соответствующего финансирования под данную уступку), и получится, что должник не имеет ни малейшего представления о том, когда у него сменился кредитор, и сменился ли он. Это ставит должника в очень сложное и неопределенное положение. Cedent и цессионарий не могут навязывать должнику такую правовую неопределенность. Поэтому здесь, видимо, следует видеть в тексте комментируемого пункта некоторую неточность. Под уведомлением об уступке как в комментируемой норме, так и в ст. 412 ГК РФ следует понимать уведомление о переходе права. Законодатель не вполне корректно использует «уступку» и «переход права» как синонимы, забывая, что уступка — это лишь распорядительное волеизъявление, которое только по общему правилу срабатывает немедленно, но иногда распорядительный эффект может быть отложен (например, при постановке распоряжения под условие или срок, а также при уступке будущего права).

Но в том же п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 содержится одно важное уточнение. Согласно ему, если должник получает уведомление о заключении договора, предполагающего переход прав в будущем, «должник не вправе в дальнейшем ссылаться на отсутствие уведомления, *если из содержания представленного сообщения он с очевидностью мог определить момент перехода права*» (курсив наш. — В.Б., А.К.). Это уточнение также вполне применимо

как к уступке существующего права с отложенным распорядительным эффектом, так и к уступке будущего права. В контексте факторинга это уточнение имеет также колоссальное значение. По сути, ВС РФ допускает приравнивание уведомления об уступке к уведомлению о переходе права, если из текста уведомления должник мог легко и без каких-либо усилий со своей стороны определить момент перехода права. Если, например, должник получает уведомление о заключении договора факторинга и из текста уведомления следует, что по данному договору право перейдет в будущем в строго определенную дату, по смыслу данного разъяснения, должник должен отслеживать по календарю момент срабатывания распорядительного эффекта и не может платить цеденту после того, как должен был произойти переход права. То же касается и тех ситуаций, когда переход требования поставлен под условие, наступление которого может быть без каких-либо затруднений определено должником (например, таким условием, как поставка товара клиентом в адрес должника): если должник получает от своего кредитора (клиента по договору факторинга) уведомление о заключении договора факторинга, из которого следует, что требование перейдет в будущем при наступлении такого легко идентифицируемого должником условия, в момент наступления условия должник лишается права погасить долг платежом в адрес своего изначального кредитора. Наконец, если заключен договор факторинга, предполагающий уступку некоего будущего права (например, требований по оплате товаров, поставка которых будет в дальнейшем согласовываться между клиентом и его должником в рамках реализации программы рамочного договора поставки), и должник после заключения рамочного договора получает от клиента единое уведомление с указанием на то, что все требования по оплате отгружаемых в будущем по рамочному договору поставки товаров по мере поставки соответствующих партий и возникновения долгов по их оплате переходят фактору, у должника не возникает проблем с определением того, что после поставки ему товаров требования по их оплате в силу ст. 388.1 ГК РФ принадлежат уже не поставщику (клиенту), а цессионарию (фактору). Соответственно, должник не может погашать свои долги путем платежа изначальному кредитору. Это крайне важно в контексте именно факторинга, так как нередко по договору о факторинговом обслуживании клиент уступает фактору множество требований, которые возникают или будут возникать у него в будущем в рамках тех или иных длящихся (нередко рамочных) договоров, заключенных с определенным должником. При соблюдении указанных условий, обеспечивающих то, что должник может легко определить момент срабатывания распорядительного

эффекта цессии и перехода права, направления должнику одного универсального уведомления должно быть достаточно.

Вместе с тем, когда из полученного должником уведомления следует, что существующее или будущее право перейдет в будущем, но должник без значительных усилий не способен определить момент смены кредитора, такое уведомление не имеет силы для должника, и он может спокойно погасить долг своему изначальному кредитору. Так, если из уведомления следует, что существующее или будущее право перейдет к фактору в будущем, когда либо одна из сторон выразит на это свою волю (вариант опциона на приобретение или отчуждение требования), либо стороны совершат двустороннюю распорядительную сделку об уступке, либо право автоматически перейдет в будущем при наступлении отлагательных условий, наступление которых должнику не будет очевидно без необходимости осуществления каких-либо дополнительных проверок (например, таких отлагательных условий, как перечисление клиенту фактором займа при обеспечительной модели факторинга или цены уступаемого права в рамках безвозвратной модели факторинга), такое уведомление не позволяет должнику с очевидностью определить момент перехода права, а следовательно, оно не имеет для него силы. Для того чтобы должник считался уведомленным о переходе права в такой ситуации, будет необходимо его еще раз уведомлять о наступлении соответствующих оснований для перехода права.

Смысл этого правила и вышеозначенного исключения очевидны. Стороны цессионной сделки не могут навязать своим волеизъявлением должнику правовую неопределенность в отношении вопроса о том, кому он должен платить, если сам должник не соглашался принимать на себя бремя отслеживания вопроса о моменте фактического перехода права. Пока должник не узнал, что право реально перешло, или не получил основания для того, чтобы без каких-либо затруднений узнать о переходе права, его нельзя считать уведомленным о переходе права и возлагать на него риски ошибочного платежа изначальному кредитору.

Остается только отметить, что в случае, когда предварительно сделанное уведомление о переходе права в будущем (уведомление о совершении сделки цессии с отложенным распорядительным эффектом) в соответствии с указанными выше критериями позволяет должнику определить момент перехода права и, соответственно, может связать его, но в силу тех или иных причин право не перешло (например, договор факторинга был эффективно расторгнут, что воспрепятствовало наступлению распорядительного эффекта), а должник не был об этом

предупрежден, добросовестная уплата им денег фактору, который в действительности кредитором не стал, является риском клиента. Последний не может понудить должника к повторному внесению оплаты. Клиент в такой ситуации должен предъявлять иск о возврате неосновательного обогащения фактору.

(г) Уведомление и возражения. Момент уведомления о переходе права имеет значение и для отсеечения возможностей должника заявлять против требования цессионария возражения, основанные на отношениях должника с цедентом в силу ст. 386 ГК РФ (см. также п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Изначальная редакция ст. 386 ГК РФ, действовавшая до 2014 г., говорила о праве должника выдвигать против цессионария те возражения, которые должник имел против цедента к моменту уведомления о переходе права; те же возражения, которые у него возникли после этого момента, он противопоставить цессионарию не мог. Некоторые юристы толковали норму так, что отсекаются все возражения, фактические условия для эффективной реализации которых возникают у должника после уведомления о переходе права. Это ставило должника в крайне невыгодное положение: в результате уступки его права могли пострадать, в то время как институт цессии основан на идее о том, что цессия не должна ухудшать правовое положение должника. В целях решения этой проблемы редакция ст. 386 ГК РФ была изменена, и теперь она гласит, что должник может противопоставить новому кредитору лишь те возражения, *основания* для которых возникли к моменту получения уведомления о переходе права.

Но что хотел сказать законодатель? Чем эта формулировка (наличие оснований для возражений) отличается от прежней (имеются возражения)? ВС РФ в п. 23 Постановления Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54 подчеркивает то, что измененная редакция ст. 386 ГК РФ действительно скорректировала подход к отсечению возражений: «Должник вправе выдвигать против требования нового кредитора не только возражения, которые он уже имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору, но и возражения, основания для которых возникли к этому моменту». Но четкого указания на то, что же понимать под основанием возражений, ВС РФ в этом документе не дает. Примеры, которые ВС РФ приводит в развитие этого тезиса в п. 23 упомянутого Постановления, картину не проясняют: в обоих примерах приводятся ситуации, когда объективно возражение должника против цедента уже имеется на момент уведомления. Примера, иллюстрирующего допу-

скаемую в абстрактном разъяснении ситуацию с наличием у должника *оснований* для выдвижения возражений при отсутствии самого права на возражение на момент уведомления, ВС РФ по неясным причинам не привел, что в совокупности с отказом Суда уточнять понятие «основания для возражений» не позволяет сказать, что судебная практика по данному вопросу определилась.

Самым правильным толкованием является следующее: под основанием для выдвижения возражений понимается *правовое основание* для возражения, а не *накопление фактического состава*, необходимого для использования возражения. Именно такой смысл закладывался в указанную новеллу ее разработчиками, о чем говорят и соответствующие подготовительные материалы к реформе ГК РФ¹.

Правовым основанием для возражения является прежде всего договор, связывающий должника и первоначального кредитора: если возражение должника основано на договоре, заключенном с cedentом (клиентом) до того, как должник получил уведомление о переходе права, то он вправе выдвинуть это возражение и против фактора, несмотря на то что условия для выдвижения этого возражения созрели после получения такого уведомления. Например, если после уведомления должника о переходе права cedent (клиент) нарушил свои встречные обязательства перед должником, вытекающие из того же заключенного с должником до уведомления договора, из которого вытекало и уступленное требование, должник может выдвинуть против фактора это возражение, несмотря на его созревание после получения уведомления. Если же, например, возражение должника основано на некоем дополнительном соглашении с клиентом, которое было заключено после получения должником уведомления о переходе права, данное возражение согласно ГК РФ должником против требования фактора заявлено быть не может.

Только такое понимание позволяет объяснить изменение ст. 386 ГК РФ и обеспечить справедливый баланс интересов цессионария и должника. Цессионарий, столкнувшийся с возражением должника, основанным на отношениях должника с cedentом, может привлечь cedента к ответственности по правилам ст. 390 ГК РФ.

Остается надеяться, что отсутствие четких ориентиров в Постановлении Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 никак не мешает судам правильно применять появившееся в ГК РФ понятие

¹ Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 26 января 2009 г.)).

«основание для возражений» с учетом тех замечаний, которые были сделаны выше.

Следует обратить внимание на то, что п. 1 ст. 9 Оттавской конвенции 1988 г. идет еще и дальше и вовсе не ограничивает право должника выдвигать против фактора любые возражения, которые должник мог бы выдвинуть против требования клиента (своего изначального кредитора). Российский закон в этом плане чуть сильнее защищает цессионария. Иные международные источники унификации частного права также не связывают право должника на выдвижение возражений с моментом уведомления о смене кредитора: должник вправе выдвигать против кредитора возражения независимо от того, что основания для них возникли после получения им уведомления об уступке (см. п. 1 ст. III.—5:116 Модельных правил европейского частного права, п. 1 ст. 9.1.13 Принципов УНИДРУА). Так что «продолжниковское» прочтение ст. 386 ГК РФ, при котором не отсекаются возражения, правовые основания для которых возникли к моменту уведомления, приближает нас к аналогичному решению, пусть и с некоторыми оговорками, предопределенными редакцией ст. 386 ГК РФ.

При этом, как указано в п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, «должник, получивший сообщение о заключении договора, на основании которого уступка будущего требования будет производиться после наступления определенного срока или условия, вправе выдвигать против требования цессионария возражения, основания для которых возникли до надлежащего уведомления о *состоявшемся* переходе требования или до момента, когда должник иным образом узнал или должен был узнать о том, что такой переход состоялся (например, если в сообщении была указана дата перехода права)» (курсив наш. — В.Б., А.К.). Это разъяснение кажется вполне корректным, его следует применять и к случаям уступки существующего права, если переход права поставлен под условие или в зависимость от наступления срока. Возражения, правовые основания которых возникли у должника по отношению к клиенту ранее, чем должник получил уведомление об уже состоявшемся переходе права (а при направлении предварительного уведомления о предстоящем переходе права — ранее, чем должник узнал или без затруднений мог узнать о фактическом переходе упомянутого в предварительном уведомлении права), должник вправе выдвинуть против цессионария.

В отношении влияния момента уведомления должника на право последнего предъявить к зачету против требования цессионария свои однородные требования к cedentu см. комментарий к ст. 832 ГК РФ.

(д) Раскрытие возражений в разумный срок после уведомления.

С 1 июня 2018 г. вступила в силу очень неожиданная новелла, включенная в ст. 386 ГК РФ и в силу п. 3 ст. 824 ГК РФ применимая и к факторингу. Суть ее в том, что должник в разумный срок после получения уведомления о переходе права обязан сообщить новому кредитору о возникновении известных ему оснований для возражений и предоставить ему возможность ознакомления с ними; в противном случае должник не вправе ссылаться на такие основания.

Такая идея иногда озвучивалась в науке, но ее реализация оказалась для юридического сообщества полной неожиданностью, поскольку внесение этой поправки в законопроект ко второму чтению широко не обсуждалось. По существу же, более несправедливое положение трудно себе просто представить. Оно грубо нарушает базовый принцип правового регулирования цессии, а именно запрет на ухудшение положения должника при уступке. Получается, что должник вынуждается раскрывать все правовые основания для своих возможных возражений до возникновения условий для их использования (например, до начала какого-либо судебного процесса).

Почему вопреки базовым принципам права, согласно которым договор имеет только относительный эффект и не может породить обязанности у третьих лиц, уступка теперь накладывает на должника (третье лицо) какую-то новую обязанность, абсолютно непонятно. Законодатель, по сути, устанавливает, что молчание должника является отказом от своих возражений. Это несправедливо. Если бы речь шла о молчании должника в ответ на запрос нового кредитора о раскрытии известных должнику оснований для своих возражений, еще можно было бы что-то как минимум обсуждать. Но в данном случае обязанность по раскрытию увязывается с фактом получения уведомления о переходе права. Никакой логики в этом нет.

Особенно несправедливо это выглядит в отношении должников, являющихся физическими лицами. Последние не имеют, как правило, юридического образования и без помощи юристов сформулировать список имеющихся у них возражений не могут. Получается, что факт уступки требования вынуждает такого должника обращаться к юристам и оплачивать их услуги еще до суда, и, более того, возможно, еще и до просрочки (ведь уступлено может быть и непросроченное требование). Выглядит все это неконституционно. Более того, это настолько контринтуитивное правило, что подавляющее число граждан-должников в течение еще многих лет не будут знать о наличии такой обязанности и в итоге не будут раскрывать после получения уведомления о переходе права основания для своих воз-

ражений, а следовательно, будут их, по мысли законодателя, терять, что, конечно же, неприемлемо.

Вред, возникающий от данной новеллы, некоторые предлагают минимизировать следующим образом: если вчитаться в текст новеллы, закон говорит не о раскрытии самих возражений (например, факта нарушения встречного обязательства прежним кредитором перед должником, вины кредитора в допущенном должником нарушении договора, просрочки кредитора, несоразмерности неустойки, истечения давности и т.п.), а о раскрытии оснований для выдвижения возражений. В контексте ст. 386 ГК РФ современный научный консенсус, косвенно отраженный в абз. 1 п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, говорит о том, что основания возражений и наличествующие возражения – не одно и то же: основанием возражений являются правовые основания для их выдвижения, т.е. прежде всего факт заключения договора между должником и прежним кредитором, если такой договор формирует условия для созревания в будущем возражений. И действительно, если бы речь шла о необходимости раскрыть сами возражения, созревшие к моменту уведомления о переходе права, то получилась бы вовсе нелепость: при уступке заданного требования молчание должника при поступлении ему уведомления о переходе права означало бы лишение должника права сослаться на пропуск давности в ответ на иск цессионария о взыскании долга.

При такой интерпретации получается, что должник, получив уведомление о переходе права, должен по своей инициативе раскрыть новому кредитору не все уже имеющиеся у него, созревшие возражения, а только содержание своих договорных отношений с cedentом, дабы цессионарий смог определить, каковы те самые правовые основания возражений, которые должник может против него выдвинуть. Но следует признать, что и такая интерпретация не делает норму приемлемой. Какой смысл заставлять должника по своей инициативе направлять цессионарию копии договора, из которого проистекало уступленное требование, а также всех иных сделок, совершенных должником и cedentом и способных дать должнику те или иные возражения на иск цессионария, если должник вполне мог исходить из того, что cedent ознакомил цессионария со всей соответствующей документацией и, более того, вероятнее всего, передал ее цессионарию в оригиналах?

В связи с этим необходимо подготовить и принять законопроект, отменяющий данную норму. До тех же пор есть все основания для оспаривания такой нормы в КС РФ. На крайний случай судам сле-

дует предложить выработать такую ее интерпретацию, при которой раскрытие оснований для возражений а) касается правовых оснований для возражений, а не созревания фактического состава для их выдвижения, б) обязательно только для должников-коммерсантов и в) осуществляется только в случае получения должником от нового кредитора прямого запроса на раскрытие правовых оснований для возражений. Например, при таком прочтении данной нормы получается следующее: если цессионарий после уведомления должника о переходе права запросил должника-коммерсанта о том, не совершались ли ранее должником, cedentом или по их взаимному согласию сделки, которые изменяли бы условия изначального договора должника и cedента или иным образом влияли бы на размер задолженности должника или факт его существования (например, соглашение об уменьшении цены, предоставлении рассрочки платежа, прощении долга, зачет и т.п.) и могли бы породить правовые основания для возражений должника против требования цессионария, а должник в ответ на такой запрос молчит в течение разумного срока, должник теряет право заявить такие возражения против цессионария. Это прочтение, конечно, не следует из буквы данной нормы, но в качестве крайней меры такое ограниченное толкование нормы *de lege lata*, видимо, допустимо.

(е) Скрытая уступка. С учетом того, что переход права не зависит от уведомления должника, клиент и фактор теоретически могут на свой страх и риск договориться о том, что уступка требования будет носить скрытый характер, и должник о такой уступке и переходе прав уведомляться не будет, а получаемые от должника платежи клиент будет обязан перечислять фактору, выступая в качестве своего рода комиссионера по сбору задолженности. Но следует учитывать соответствующие риски.

Во-первых, это риск впадения клиента в банкротство после получения платежей от должника, но до перечисления их фактору. Если деньги от должника поступили на обычный банковский счет клиента, при банкротстве последнего они попадут в его конкурсную массу, и фактор окажется обычным конкурсным кредитором на данную сумму. Проблему теоретически мог бы снять вариант открытия клиентом номинального счета, в рамках которого бенефициаром будет являться фактор, и указания должника на необходимость перечисления денег на данный номинальный счет. Это позволит отделить такие деньги от иных денежных средств клиента и предотвратить затягивание их в конкурсную массу клиента (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 860.1 и п. 1 ст. 860.5 ГК РФ).

Во-вторых, это риски появления правовых оснований для возражений должника и заявления зачета должником. Предъявление уведомления исключает для должника возможность использовать против цессионария возражения, основанные на отношениях должника и цедента, и предъявить против требования цессионария свои требования к цеденту к зачету, если правовые основания для таких возражений и требований к цеденту возникли после момента, когда должник узнал о переходе права. Чем дольше затягивается момент предъявления должнику уведомления о переходе права, тем больше шансов на то, что у должника возникнут правовые основания для выдвижения возражений или заявления зачета. Впрочем, если фактор удовлетворится тем, что в подобных ситуациях он взыщет убытки с цедента, способствовавшего возникновению у должника таких возражений или зачетоспособных требований, а также дополнит правила ст. 390 ГК РФ еще и условием о возмещении всех потерь (ст. 406.1 ГК РФ), которые возникнут у фактора в связи с такими возражениями или зачетом для любых иных ситуаций, которые не будут перекрыты подразумеваемыми гарантиями цедента по ст. 390 ГК РФ, то он может пойти и на заключение договора скрытого факторинга.

В то же время эти оговорки не снимают всех проблем. Главное препятствие для нормального использования такого механизма состоит в том, что закон требует публикации сведений о факте заключения договора факторинга (см. п. 1.13 комментария к ст. 824 ГК РФ), что обесмысливает саму конструкцию скрытого факторинга.

Кроме того, не может не вызывать опасения тот факт, что такие операции скрытой уступки в российских реалиях могут открывать дорогу для обратного датирования уступок ликвидных требований при банкротстве цедента (клиента).

В общем и целом данная проблематика требует более серьезного изучения.

Статья 831. Права финансового агента (фактора) на суммы, полученные от должника

1. Если уступка денежного требования по договору факторинга осуществлена в целях приобретения этого требования финансовым агентом (фактором), последний приобретает право на все суммы, которые он получит от должника во исполнение указанного требования, а клиент не несет ответственности перед финансовым агентом (фактором) за то, что полученные им суммы оказались меньше цены, за которую

агент приобрел указанное требование, если иное не предусмотрено договором.

2. Если уступка денежного требования финансовому агенту (фактору) осуществлена в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом (фактором) и договором факторинга не предусмотрено иное, финансовый агент (фактор) обязан представить отчет клиенту и после получения исполнения от должника передать клиенту сумму, превышающую сумму долга клиента, обеспеченную уступкой требования. В силу уступки денежного требования в целях обеспечения исполнения обязательства клиента при получении финансовым агентом (фактором) денежных средств от должника по уступленному финансовому агенту (фактору) клиентом денежному требованию обязательство клиента перед финансовым агентом (фактором) считается надлежащим образом исполненным в том объеме, в котором должник исполнил свое обязательство перед финансовым агентом (фактором). Если денежные средства, полученные финансовым агентом (фактором) от должника, оказались меньше суммы долга клиента финансовому агенту (фактору), обеспеченной уступкой требования, клиент остается ответственным перед финансовым агентом (фактором) за остаток своего долга.

3. Если уступка денежного требования осуществлена в целях оказания финансовым агентом (фактором) клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, финансовый агент (фактор) обязан представить отчет клиенту и передать ему все суммы, полученные во исполнение уступленных денежных требований, а клиент обязан оплатить оказанные услуги.

4. Финансовый агент (фактор) вправе при передаче клиенту денежных средств предъявить к зачету свои денежные требования по договору.

Комментарий

Комментируемая статья закрепляет последствия получения фактором оплаты от должника. Эти последствия зависят от того, с какой целью денежное требование уступается финансовому агенту, а также в каком размере получена оплата.

1. Последствия платежа в рамках безвозвратной модели факторинга. Когда цессия совершается ради того, чтобы фактор стал полноценным хозяином денежного требования (в терминологии комментируемой статьи – с целью приобретения требования финансовым агентом), логично, что он принимает на себя стандартные риски неплатежа со стороны должника (ср. с п. 1 ст. 390 ГК РФ). Соответственно, и все

дополнительные выгоды, которые может получить фактор (например, если он приобрел требование с существенным дисконтом, а взыскал с должника весь номинал долга или перепродал с меньшим дисконтом), он также может оставить у себя. Об этом, собственно, и говорит комментируемый пункт.

Это правило носит диспозитивный характер, и договор может предусматривать обязанность клиента покрыть всю или часть разницы между покупной ценой, за которую фактор приобрел у него требование. Как уже отмечалось применительно к п. 3 ст. 827 ГК РФ, а также как следует из п. 1 ст. 390 ГК РФ, самым типичным вариантом принятия на себя клиентом такой ответственности за неисполнение должником своего обязательства по уступленному требованию является поручительство. Обязательство клиента по такому поручительству может быть либо оформлено в виде отдельного документа, либо упомянуто в самом договоре факторинга.

Кроме того, диспозитивность данной нормы не исключает и обратный прием: стороны могут договориться о том, что часть положительной разницы, которую фактор заработает при получении долга от должника, он обязан будет вернуть клиенту.

2. Последствия платежа в адрес фактора при обеспечительном факторинге. Если уступка носит обеспечительный характер и обеспечивает заемный долг клиента на всю сумму предоставленного фактором заемного финансирования, фактор хочет и имеет право требовать возврата денежных средств, которые он предоставил клиенту. Согласно комментируемому пункту погашение должником своего долга по уступленному фактору требованию влечет признание погашенным заемного долга клиента, процентов и начисленных неустоек в целом или в соответствующей части. Все не полученное от должника к моменту истечения срока заемного финансирования финансовый агент может взыскать с клиента: в этой части долг клиента в отношении суммы займа, процентов и санкций оказывается непогашенным. В то же время при такой схеме договора факторинга все излишки, которые финансовый агент получил сверх тех сумм, что он вправе получить от клиента (возврат займа, проценты, санкции), должны быть возвращены последнему.

Для того чтобы клиент мог отслеживать динамику платежей по уступленному требованию, согласно комментируемому пункту фактор обязан предоставлять клиенту отчет о таких платежах. Сроки представления данного отчета и механику погашения заемного долга разумно подробно обговаривать в контракте, ибо детальных норм на сей счет в ГК РФ нет.

Очевидно, что эта же модель применяется и тогда, когда фактор получает денежные средства не от самого должника, а от третьих лиц в рамках применения правил ст. 313 ГК РФ о возложении исполнения или самочинном исполнении третьим лицом просроченного денежного долга должника. Кроме того, те же правила работают и при получении фактором средств в результате реализации перешедших к фактору в силу ст. 384 ГК РФ вместе с основным требованием обеспечительных прав (в частности, получении средств от поручителя или в результате обращения взыскания на залог).

2.1. Механизм погашения заемного долга. Согласно комментируемому пункту при получении фактором денежных средств от должника по уступленному фактору клиентом денежному требованию обязательство клиента перед фактором считается надлежащим образом исполненным в том объеме, в котором должник исполнил свое обязательство перед фактором. Таким образом, по мере погашения должником своего обязательства перед фактором считается погашенным и долг клиента перед фактором. Согласно ст. 319 ГК РФ в первую очередь считаются погашенными проценты по займу, а после этого путем «засчитывания» платежей должника погашается и тело заемного долга клиента; в последнюю очередь погашаются пени или проценты по ст. 395 ГК РФ, если таковые были начислены на клиента.

Как уже отмечалось, весь полученный излишек фактор должен перечислить клиенту, а в части, не покрытой платежом должника, клиент сохраняет свой заемный долг перед фактором.

Можно ли говорить, что в такой ситуации происходит зачет долга клиента перед фактором и встречного долга фактора перечислить клиенту полученное от должника, и для его осуществления требуется направление клиенту соответствующего уведомления о зачете? Или здесь предусмотрен механизм автоматического засчитывания и определения сальдо, не требующий какого-то специального уведомления о зачете? Данный вопрос пока в полной мере не прояснен в судебной практике. Применительно к похожему механизму засчитывания в контексте гарантийного удержания ВС РФ высказался в пользу того, что здесь нет классического зачета (Определение КЭС ВС РФ от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977).

В принципе, нет никаких оснований запрещать сторонам договориться об автоматическом засчитывании встречных денежных долгов без необходимости направления уведомления. Может такой же механизм предусматривать и закон. Вопрос лишь в том, следует ли видеть в комментируемой норме то самое автоматическое засчитывание. Этот вопрос пока в судебной практике не прояснен.

Как бы то ни было, каждая из сторон должна знать о состоянии взаимных обязательств. Поэтому комментируемый пункт и требует направления клиенту отчета о полученных от должников средствах. В принципе, в этом же отчете фактор может и заявлять соответствующий зачет (если исходить из того, что здесь речь идет о классическом зачете). Более того, в пользу варианта с классическим зачетом говорит и п. 4 комментируемой статьи, согласно которому фактор «вправе при передаче клиенту денежных средств предъявить *к зачету* свои денежные требования по договору» (курсив наш. — *В.Б., А.К.*). В то же время мы не видим особой проблемы и в том, чтобы наше право виделось в комментируемой норме альтернативный классическому зачету механизм автоматического засчитывания встречных однородных требований без необходимости направления традиционного уведомления о зачете. В контексте комментируемого пункта таким условием для засчитывания является получение фактором денег от должника. Именно в данный момент закон предписывает, что долг клиента на ту же сумму считается автоматически погашенным.

С учетом непрямоуказанности вопроса о необходимости направления заявления о зачете сторонам рекомендуется фиксировать данный механизм четче в договоре. Если они прямо установили необходимость направления заявления о зачете или, наоборот, установили автоматическое засчитывание платежей должника в счет долга клиента перед фактором, судам следует отдавать приоритет их договоренности в силу принципа договорной свободы.

Как бы то ни было, праву стоит применять к механизму автоматического засчитывания все правила о зачете, за исключением требования направления уведомления.

В этом плане следует учитывать, что зачет в российской судебной практике носит ретроспективный характер: встречные долги считаются погашенными в момент, когда наступает срок исполнения более позднего из двух встречных требований (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, Определение КЭС ВС РФ от 16 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3914). Ретроспективность зачета не отражена в законе и вызывает споры в доктрине, но пока поддерживается в судебной практике высших судов. Практический смысл ретроспективности состоит в том, что проценты по ст. 395 ГК РФ или пени, а также проценты за пользование займом или кредитом за период после наступления срока платежа по более позднему из двух требований и до получения заявления о зачете ретроспективно отменяются. Это уравнивает положение двух сторон за указанный период. Если одна из сторон по своему долгу должна была платить проценты

по займу и высокие пени за просрочку, а другая – лишь проценты по ст. 395 ГК РФ, последующее заявление о зачете ретроспективно лишает стороны права начислять соответствующие проценты и пени на величину взаимно погашаемых требований не с момента доставки заявления о зачете, а с момента наступления срока платежа по второму по очереди из указанных требований. В принципе, как представляется, та же ретроспективность должна применяться и тогда, когда речь идет об автоматическом засчитывании: нет ни одной причины решать данную проблему дифференцированно в зависимости от того, погашаются ли взаимные требования на основании заявления о зачете одной из сторон или автоматически.

В той мере, в которой наша судебная практика продолжит применять идею ретроспективности к обычному зачету и готова применять ее к автоматическому засчитыванию встречных требований для определения сальдо, она должна работать и в отношении обеспечительного факторинга. Поэтому если клиент пропустил срок погашения очередного платежа по возврату займа, а позднее фактор получает платеж от должника и у него созревает долг по перечислению полученного клиенту, взаимные долги погашаются на соответствующую сумму с момента созревания последнего долга, независимо от того, происходит ли в таком случае автоматическое засчитывание, или требуется специальное заявление о зачете. В такой ситуации фактор может начислять проценты или пени за период до созревания его долга по перечислению клиенту всего полученного от должника. Если же представить себе инверсию очередности и предположить, что фактор получает платеж от должника ранее, чем наступает просрочка клиента, взаимные долги погашаются в момент наступления срока по долгу клиента.

Может ли договор установить, что соответствующее засчитывание происходит не в момент получения фактором платежей от должников, а позднее (например, на момент наступления срока возврата займа клиентом)? Данный вопрос носит дискуссионный характер. Соответствующая норма п. 2 комментируемой статьи о засчитывании полученных от должников платежей в счет заемного долга клиента не содержит оговорки о праве сторон согласовать иное. Телеологическое толкование данной нормы не вполне однозначно. Очевидно, что ситуация, когда клиент обязан продолжать платить проценты за пользование займом за период после того, как займодавец получил возврат своего финансирования от должника по уступленному ему клиентом в целях обеспечения требования, не выглядит как справедливая. С другой стороны, фактор вполне может рассчитывать на получение процентов за период согласованного периода займа, получение фактором

платежа от должника может лишить его права на соответствующее вознаграждение, если считать, что согласовать в договоре более позднее срабатывание механизма засчитывания нельзя.

Стороны договора обеспечительного факторинга могут не предусмотреть начисление процентов, а договориться о том, что фактор получит вознаграждение в фиксированном размере независимо от срока, который разделяет момент получения клиентом финансирования и момент погашения должником своего долга по уступленному требованию на счет фактора. Как представляется, эта модель возможна. Вознаграждение займодавца может выражаться не в начислении процентов в привязке к телу долга и периоду пользования займом, а в виде фиксированного вознаграждения (в том числе в виде процента от суммы долга), не привязанного к периоду пользования капиталом. Такая модель обеспечивает простоту в отношениях сторон, в какой бы момент ни сработал механизм засчитывания, вознаграждение фактора за предоставление займа остается неизменным. Да, в рамках такой модели в случае быстрого погашения долга должником после предоставления финансирования клиенту фактор может получить повышенное вознаграждение в пересчете в обычные проценты, но при этом фактор несет риск того, что должник затянет погашение долга: в такой ситуации период фактического кредитования может оказаться достаточно продолжительным, если заемщик тоже затянет погашение займа, что не приводит к увеличению размера вознаграждения фактора.

Как мы видим, законодатель достаточно лаконично урегулировал вопросы синхронизации динамики погашения долга клиента перед фактором и долга должника перед фактором. Все это требует от сторон достаточно ясного и подробного регулирования всех этих отношений в тексте договора факторинга.

О банкротных и некоторых иных аспектах засчитывания в рамках обеспечительного факторинга см. п. 1.2 комментария к ст. 824 ГК РФ.

2.2. Механизм засчитывания при последующей уступке. Как указано в п. 2 ст. 829 ГК РФ последующая уступка фактором полученного в качестве обеспечения требования невозможна, если стороны не договорились об ином. Если договор допускает такую уступку, открывается альтернативный способ извлечения денег из предмета обеспечения: вместо взыскания долга с должника фактор получает возможность продать требование. В такой ситуации должен по аналогии применяться описанный в комментируемом пункте применительно к классической ситуации получения фактором денег от должника механизм засчитывания (подробнее о механизме последующей продажи см. комментарий к п. 2 ст. 829 ГК РФ).

2.3. Обратная уступка. Если, согласно условиям договора, истекает согласованный срок займа, а долг должником так и не был погашен, созревает заемный долг клиента вернуть полученное финансирование. То же касается и ситуации частичного погашения долга должником: к моменту истечения срока финансирования созревает долг клиента вернуть ту часть полученного финансирования, которая не покрыта платежом должника. Но тогда было бы логично, чтобы фактор после погашения клиентом своего заемного долга совершил обратную уступку клиенту требования к должнику, дабы затем клиент мог пытаться взыскать ставший проблемным долг должника. Эта норма отсутствует в ГК РФ, но она со всей очевидностью вытекает из природы обеспечительного факторинга.

Более того, возможно, следует пойти еще дальше и признать, что в момент погашения заемного долга требование, ранее уступленное фактору в качестве обеспечения, по умолчанию *автоматически* возвращается клиенту. Правовым основанием такого вывода может являться положение п. 4 ст. 329 ГК РФ, согласно которому в силу акцессорности погашение обеспеченного долга по общему правилу прекращает обеспечение. В данном контексте прекращение обеспечения предполагает возврат объекта, переданного в обеспечительную «собственность» (т.е. уступленного в целях обеспечения требования). В похожей ситуации в контексте выкупного лизинга (иного примера поименованного титульного обеспечения) ВАС РФ закрепил прекращение обеспечительной собственности лизингодателя при погашении лизингополучателем своего долга по лизинговым платежам (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17). Эта же идея должна применяться по аналогии и в случае с обеспечительным факторингом.

2.4. Диспозитивность или императивность. В правоприменительной практике встречается мнение о том, что п. 2 комментируемой статьи в части обязанности фактора вернуть клиенту излишек носит императивный характер, поскольку заложенное в нем распределение рисков вытекает из самой договорной модели обеспечительного факторинга, т.е. императивность здесь базируется на п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16. Насколько этот подход оправдан, вопрос дискуссионный. Дело в том, что в самой комментируемой норме об обязанности фактора вернуть *superfluum* содержится оговорка о праве сторон согласовать иное. В последнем случае соответствующее *superfluum*, которое присваивает себе фактор, выступает в качестве вознаграждения за предоставленное финансирование. Если договор не предусматривает начисление процентов на предоставленное заемное финансирование, почему бы такому вознаграждению не быть

выраженным в виде некоей переменной величины излишка, полученного фактором? В то же время нельзя не увидеть, что применительно к залому условие договора о праве залогодержателя присвоить себе *superfluum* прямо признано ничтожным (п. 3 ст. 334 ГК РФ). Вопрос может вызывать дискуссии.

Положение комментируемой нормы об обязанности клиента погасить свой заемный долг на разницу, не покрытую платежом должника, очевидно, носит диспозитивный характер, но вряд ли можно ожидать появления такого необычного условия в договоре факторинга.

3. Последствия платежа при инкассо-модели факторинга. Вполне естественно, что в рамках инкассо-модели факторинга фактор обязан представить клиенту отчет о поступлениях и передать все полученное от должника клиенту, а клиент обязан оплатить его услуги. Так что норма комментируемого пункта вполне логична.

Эти взаимные требования сторон могут погашаться зачетом по правилам п. 4 комментируемой статьи. Закон не упоминает автоматического зачитывания, так что здесь по умолчанию работает обычный институт зачета, требующий направления уведомления о зачете. Такое уведомление может быть направлено любой из сторон. Впрочем, в договоре может быть вместо этого установлен тот самый механизм автоматического зачитывания, не требующий направления специального уведомления.

Здесь возникает опять же проблема запрета зачета в банкротстве согласно российскому законодательству. Как уже указывалось в п. 1.2 комментария к ст. 824 ГК РФ, правило п. 1 ст. 63 Закона о несостоятельности (банкротстве), запрещающее зачет в банкротстве, не должно применяться к зачету взаимных требований, вытекающих из единого договорного правоотношения, когда срабатывание зачета рассматривалось сторонами как элемент программы договорных отношений, на которую стороны соглашались при заключении договора, и выступало в роли своего рода обеспечения.

4. Зачет. Комментируемая норма о праве фактора при передаче клиенту денежных средств предъявить к зачету свои денежные требования по договору применима как минимум к инкассо-факторингу, где посредством зачета погашаются взаимные требования клиента к фактору перечислить все полученное от должника, а также фактора к клиенту об оплате оказанных фактором инкассо-услуг (см. комментарий к п. 3 настоящей статьи). Как уже отмечалось в комментарии к п. 2 настоящей статьи, не вполне ясно, не вытесняется ли эта норма

механизмом автоматического засчитывания в контексте обеспечительного факторинга.

Статья 832. Встречные требования должника

1. В случае обращения финансового агента к должнику с требованием произвести платеж должник вправе в соответствии со статьями 410–412 настоящего Кодекса предъявить к зачету свои денежные требования, основанные на договоре с клиентом, которые уже имелись у должника ко времени, когда им было получено уведомление об уступке требования финансовому агенту.

2. Требования, которые должник мог бы предъявить клиенту в связи с нарушением последним соглашения о запрете или об ограничении уступки требования, не имеют силы в отношении финансового агента.

Комментарий

1. Общие замечания. Обеспечивая имущественные интересы должника, п. 1 комментируемой статьи предоставляет ему право на зачет против требований финансового агента своих денежных требований к клиенту. Данные правила являются общепринятыми и отражены в ст. 9 Оттавской конвенции 1988 г. и п. 1 и 2 ст. 18 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности. Они базируются на ключевом принципе цессионного права – недопустимости ухудшения положения должника в результате уступки требования и являются частным воплощением соответствующего решения, отраженного в ст. 412 ГК РФ (на уровне международных унификаций см. п. 2 ст. 9.1.13 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.-5:116 Модельных правил европейского частного права).

1.1. Условия зачета: применение общих правил. Содержащаяся в п. 1 комментируемой статьи отсылка к предписаниям ст. 410–412 ГК РФ показывает, что для зачета, осуществляемого по правилам настоящей статьи, требуется наличие общих позитивных предпосылок (условий зачета): однородности зачитываемых требований, осуществимости требования заявителя зачета, а также наличие у последнего возможности исполнить свое обязательство перед адресатом зачета¹.

¹ Подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 772–776 (автор комментария к ст. 410 ГК РФ – А.А. Павлов).

1.2. Условия зачета: изъятие из принципа встречности. Вместе с тем ввиду необходимости защиты имущественных интересов должника законодатель применительно к рассматриваемой ситуации (как и в общих правилах ст. 412 ГК РФ) вынужден отступить от общего условия встречности зачитываемых требований.

Так же как и ст. 412 ГК РФ, п. 1 комментируемой статьи регламентирует ситуацию зачета после получения уведомления об уступке должником (ст. 827 ГК РФ), позволяя последнему зачесть против требования финансового агента (цессионария) свое денежное требование не к нему, а к клиенту (цеденту).

При этом, защищая положение должника, законодатель стремится найти баланс между интересами должника и финансового агента. По этой причине п. 1 комментируемой статьи ограничивает круг требований, которые могут быть использованы должником для зачета. Само подобное ограничение известно и общим правилам ст. 412 ГК РФ. Вместе с тем предписания комментируемой статьи текстуально расходятся с последними.

Во-первых, пригодными для зачета прямо объявлены только «требования должника, которые основаны на договоре с клиентом». При этом создается впечатление, что в качестве подобного «договора» не может выступать договор иной, чем тот, из которого вытекает уступленное право. Такое ограничение неизвестно ст. 412 ГК РФ, допускающей зачет должником любых требований к цеденту, независимо от основания их возникновения.

Во-вторых, п. 1 комментируемой статьи указывает на возможность должника предъявить к зачету только те требования, которые уже имелись у него к моменту получения уведомления об уступке. Для сравнения: ст. 412 ГК РФ говорит о требованиях должника, «возникших по основаниям, существовавшим к моменту уведомления».

Указанные различия порождают закономерный вопрос: имеем ли мы дело с сознательным ограничением законодателем для отношений факторинга круга доступных для зачета требований должника, или речь идет лишь о неудачном текстуальном воплощении общих правил? Принципиально мыслимы оба возможных варианта ответа. Так, исключение из числа пригодных для зачета внедоговорных требований должника к клиенту, требований, основанных на ином договоре с ним, а равно требований, не созревших к моменту уведомления (в частности, требований, вытекающих из наличия в поставленном клиентом товаре скрытых недостатков), избавляло бы финансового агента от необходимости исследовать всю историю взаимоотношений клиента и должника, удешевляло бы данные операции и тем самым

могло бы способствовать развитию отношений факторинга. Однако такое решение вступало бы в противоречие с общей идеей недопустимости ухудшения положения должника в результате уступки, поскольку приводило бы к явному ущемлению интересов последнего (даже по сравнению с общими правилами ч. 2 ст. 412 ГК РФ). Оправдать подобное отступление крайне тяжело. Ведь даже международные акты, направленные на «развитие факторинга» и «повышение доступности кредита», не предусматривают таких ограничений (см. п. 2 ст. 9 Оттавской конвенции 1988 г., п. 1 и 2 ст. 18 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности). Кроме того, комментируемая норма содержит прямую отсылку к положениям ст. 412 ГК РФ, которую можно воспринимать как свидетельство необходимости применения всех установленных в ней общих правил и к рассматриваемой ситуации. В связи с этим причины расхождений в тексте комментируемой статьи, по сравнению с предписаниями ст. 412 ГК РФ, кроются, скорее, в области неудачной законотворческой техники, нежели в желании законодателя установить особую правовую регламентацию зачета при факторинге. Примечательно, что текстуальные особенности п. 1 комментируемой статьи игнорируются и судебной практикой, которая применяет к зачету при факторинге общие ограничения, установленные ст. 412 ГК РФ (см., например, Определение КЭС ВС РФ от 18 сентября 2015 г. № 308-ЭС15-413).

1.3. Применение предписаний ст. 412 ГК РФ. Сказанное выше означает, что для реализации должником возможности зачета против требования финансового агента своего однородного требования, имеющегося у него против клиента, по правилам комментируемой статьи должны наличествовать два условия, предусмотренные ст. 412 ГК РФ¹. Во-первых, требование должника к cedentu должно возникнуть по основаниям, существовавшим до момента получения должником уведомления. При этом под «основанием», очевидно, понимается правовое основание требования, т.е. юридический факт, порождающий требование (договор, деликт или неосновательное обогащение, из которых вытекает требование должника к cedentu). Соответственно, рассматриваемое условие выполнено, если, например, договор, из которого вытекает требование должника к клиенту, к моменту получения должником уведомления о переходе права уже заключен, либо к указанному моменту неосновательное обогаще-

¹ Подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 783–785 (автор комментария к ст. 412 ГК РФ – А.А. Павлов).

ние цедента за счет должника или деликт цедента против должника произошли. Требование должника к клиенту, возникшее по основанию, которого не существовало к моменту получения должником уведомления об уступке требования, не может быть зачтено против требования финансового агента (абз. 2 п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54).

Согласно комментируемой норме линия отсечения проводится по моменту доставки должнику уведомления *об уступке*. Об уведомлении об уступке говорится в п. 1 ст. 830 ГК РФ. В то же время общие правила о цессии говорят об уведомлении *о переходе права*: доставка именно такого уведомления лишает должника возможности погасить долг платежом цеденту (ст. 385 ГК РФ), именно по дате доставки уведомления о переходе права отсекаются доступные должнику возражения (ст. 386 ГК РФ) и именно с доставкой уведомления о переходе права связано отсечение права должника на зачет (ст. 412 ГК РФ). То, что должника следует уведомлять о факте состоявшегося перехода права, подтверждается и п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54. Именно через призму этих общих правил и следует толковать комментируемую норму: указание на уведомление об уступке следует понимать как уведомление о переходе права. Совершение сделки уступки далеко не всегда предполагает переход права, поскольку такой переход может быть обусловлен отлагательным условием (например, уплата цены приобретаемого права), поставлен в зависимость от наступления срока.

Но что, если должник получает уведомление об уступке, в котором указывается на то, что право перейдет в будущем или произошла уступка будущего права (которая предполагает переход права к цессионарию в будущем не ранее возникновения самого права у цедента)? По сути, здесь мы имеем дело с уведомлением о планируемом в будущем переходе права. ВС РФ исходит из того, что такое предварительное уведомление не имеет для должника никакого значения, кроме тех случаев, когда должник из содержания такого уведомления мог без затруднений определить дату перехода права (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Очевидно, что такое уведомление не может блокировать право должника погасить долг платежом в адрес цедента до момента, когда должник узнал или неминуемо должен был узнать о фактическом переходе права. Должник мог узнать о фактическом переходе права, если его повторно уведомили о срабатывании распорядительного эффекта и состоявшейся замене кредитора. Если же повторного уведомления не было, но из текста предварительного уведомления должник мог легко определить дату

перехода права, и при этом ему не сообщили о том, что план не сработал и требование почему-то не перешло, именно в эту дату должник и лишается возможности погасить долг платежом в адрес cedenta, а также может и даже должен осуществить платеж в адрес цессионария. Этот подход закреплен в п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 в отношении схожего вопроса об отсечении возражений, и нет сомнений в том, что он должен применяться и в отношении отсечения прав на зачет.

Все эти выводы в полной мере применимы и к факторингу, так как нет серьезных причин допускать ухудшение положения должника при факторинге по сравнению с тем, как эти права защищены общими правилами о цессии.

Иначе говоря, комментируемую норму следует читать так: к зачету могут быть представлены те требования должника к клиенту, правовые основания для которых возникли до момента, когда должник лишается оснований для погашения долга путем платежа в адрес cedenta. Именно с этим моментом, а не с моментом доставки уведомления об уступке связывает отсечение прав должника на зачет и п. 3 ст. III.–5:116 Модельных правил европейского частного права.

Во-вторых, ст. 412 ГК РФ указывает, что срок исполнения по требованию должника к cedentu должен уже наступить к моменту получения должником уведомления (либо этот срок должен отсутствовать или быть определен моментом востребования). При буквальном истолковании это ограничение выглядит предельно неудачно. Оно позволяет недобросовестному cedentu путем уступки своего требования до наступления срока исполнения по нему исключить возможный зачет, тем самым ухудшив положение должника. Это наглядно проявилось в одном из дел, рассмотренных ВС РФ (см. Определение КЭС ВС РФ от 18 сентября 2015 г. № 308-ЭС15-413), где, уступив требования об уплате цены за будущие поставки, поставщик, по сути, лишил покупателя возможности зачесть встречные требования об уплате премии за достижение установленного объема закупок, что было поддержано ВС РФ со ссылкой на буквальное понимание ст. 412 ГК РФ.

Кроме того, данное ограничение не учитывает ситуации возникновения у должника к клиенту требований, которые тесно связаны с уступленным. К таковым могут быть отнесены, в частности, требования, возникающие из одного договора, либо требования хотя и из разных, но связанных между собой договоров (например, договора купли-продажи оборудования и соглашения о его обслуживании). Блокирование зачета в такого рода случаях просто нарушало бы ту программу правоотношений, которые стороны имели в виду при за-

ключении договора, и подрывало бы разумные ожидания должника в отношении возможности погашать свои возникающие из договора долги путем зачета встречных требований к контрагенту (например, погашать свои возможные притязания по уплате поставщиком неустойки за просрочку в поставке посредством зачета этого требования к встречному требованию покупателя об уплате цены поставленного с просрочкой товара). Эти обстоятельства учитываются в международных актах (см. п. 1 ст. 18 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности, п. 3(b) ст. III.—5:116 Модельных правил европейского частного права), допускающих возможность зачета должником против цессионария требований, тесно связанных с уступленным, независимо от срока их созревания. Подобное решение минимизирует негативные последствия уступки в отношении должника: он не теряет право заявить зачет на основе возникновения в будущем встречных притязаний к своему непосредственному контрагенту в рамках длительных и многогранных контрактных отношений.

В настоящее время указанные проблемы неудачной редакции ст. 412 ГК РФ решены в абз. 1 п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, где указано: «Если... требование должника к первоначальному кредитору возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования, однако срок этого требования еще не наступил, оно может быть предъявлено должником к зачету против требования нового кредитора после наступления такого срока».

Поскольку правила ст. 412 ГК РФ распространяются и на зачет при факторинге, данное разъяснение актуально и для рассматриваемой ситуации. Таким образом, вопреки буквальному тексту ст. 412 ГК РФ, согласно позиции ВС РФ, должник может предъявить фактору к зачету свое требование к клиенту, если правовое основание возникло к моменту получения уведомления, тогда, когда наступил срок такого требования. Подход, предложенный ВС РФ, максимально защищает должника и может быть оправдан в отношении требований, тесно связанных с уступленным. Однако он представляется избыточным в отношении иных требований должника к клиенту-цеденту. Этот подход провоцирует должника затягивать исполнение уступленного права, с тем чтобы в последующем осуществить зачет либо уже после уведомления об уступке приобретать у третьих лиц права к цеденту, дабы использовать их для зачета против финансового агента.

Обратной стороной такой «продебиторской» позиции ВС РФ является то, что фактор сталкивается с труднопросчитываемыми рисками:

по сути, он может натолкнуться на заявление должника о зачете, не имея возможности каким-либо образом идентифицировать наличие такого правового риска при приобретении требования. Кроме того, финансовому агенту могут быть недоступны некоторые обычные инструменты устранения негативных последствий этого риска, поскольку применение правил ст. 390 ГК РФ об ответственности клиента-цедента может оказаться затруднительным. Вернуть уплаченные за приобретенное право средства цессионарий, скорее всего, сможет (пусть это и непросто согласовать с буквой ст. 390 ГК РФ), но обосновать его требование о возмещении убытков в ряде случаев окажется затруднительно (см. п. 1.10 комментария к настоящей статье).

В связи с этим на практике, видимо, предстоит найти более взвешенное решение, учитывающее интересы и риски всех сторон (должника и цессионария). Такое решение можно реализовать, не отвергая позицию ВС РФ, закрепленную в Постановлении Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54, а уточняя ее. Таким решением может стать блокирование зачета против фактора требований должника к клиенту-цеденту, сроки исполнения которых наступают после срока исполнения по уступленному требованию. Должник не вправе законно рассчитывать на свою просрочку для целей зачета, получая тем самым преимущество из своего незаконного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). На основании правил о добросовестности практика может заблокировать и использование должником для зачета требований к клиенту, приобретенных после уведомления об уступке.

До нахождения такого сбалансированного решения в судебной практике инструментом защиты интересов финансового агента, видимо, станет уменьшение размера выплачиваемого клиенту финансирования (увеличение дисконта приобретаемого требования) и (или) добровольный отказ должника от права на зачет (см. п. 1.6 комментария к настоящей статье).

1.4. Последующие уступки. Правила настоящей статьи применяются и при последовательной многократной уступке, в том числе при последующей уступке требования финансовым агентом (ст. 829 ГК РФ). В подобной ситуации должник вправе зачесть против последнего кредитора (фактора) все требования, которые он имел ко всем его правопреемникам.

1.5. Препятствия к зачету: применение общих правил. Для осуществления зачета помимо наличия позитивных (см. п. 1.2–1.4 комментария к настоящей статье) требуется также отсутствие негативных предпосылок (препятствий к зачету). Отсылка, содержащаяся в п. 1 комментируемой статьи, показывает, что к рассматриваемому случаю зачета

применяются общие запреты, сформулированные в ст. 411 ГК РФ¹. Не могут быть зачтены по правилам настоящей статьи требования, зачет которых не допускается в силу закона или соглашения сторон.

Особый интерес в связи с рассматриваемой ситуацией представляет договорный запрет зачета. Сама предусмотренная комментируемой статьей возможность должника предъявить к зачету против фактора требования, которые должник имеет в отношении клиента, создает для финансового агента значительные риски.

Конечно, наличие гарантий (подразумеваемых или прямо выраженных) и различных компенсационных механизмов защиты интересов фактора (возврат уплаченной цены при безвозвратной модели факторинга, досрочное истребование заемного долга при обеспечительном факторинге, взыскание убытков по ст. 390 ГК РФ или возмещение потерь по ст. 406.1 ГК РФ) несколько уменьшает для фактора негативные последствия риска зачета со стороны должника. Но зачастую финансовые агенты заинтересованы не столько в наличии механизмов защиты своих интересов и компенсации на случай «срабатывания» рисков, сколько в самом их исключении.

Одним из правовых инструментов исключения риска зачета со стороны должника в международной практике выступает запрет такого зачета соглашением клиента и должника (см. п. 1 ст. 19 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности, ст. III.—6:108 Модельных правил европейского частного права). Такое соглашение, блокирующее зачет, может быть сразу включено в текст первоначального договора, порождающего требование к должнику, либо быть совершено сторонами впоследствии, в том числе перед ожидаемой уступкой требования фактору.

Подобные соглашения в силу ст. 411 ГК РФ допустимы и в российском правопорядке. Хотя в указанной норме не содержится ограничений идеи допустимости договорного запрета зачета, тем не менее ввиду действия общих пределов договорной свободы есть определенные сомнения в возможности включения такого запрета в отношении потребителя в потребительском договоре (ст. 10, 428 ГК РФ). Однако допустимость установления такого запрета договором между профессиональными участниками оборота бесспорна. Соглашение может исключать зачет требования полностью или допускать возможность его зачета при соблюдении определенных условий (например, при

¹ О действии этих правил подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 780–782 (автор комментария к ст. 411 ГК РФ – А.А. Павлов).

наступлении определенного срока или условия, с исключением в отношении определенных видов требований и т.п.).

Кроме договорного запрета на зачет уступленного требования правовым инструментом, исключающим для финансового агента риск зачета со стороны должника, может выступать и односторонний отказ должника от осуществления права на осуществление зачета. Сама возможность одностороннего отказа от осуществления права предусмотрена п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Включение же в число прав, охватываемых данной нормой, права на осуществление зачета логически проистекает из правил ст. 411 ГК РФ. Поскольку можно исключить соглашением сторон само появление права на зачет, нет никаких препятствий для прекращения этого права посредством волеизъявления обладателя этого права — должника.

Отказ должника от осуществления права на зачет производится путем его одностороннего волеизъявления, адресованного кредитору. Такое волеизъявление может быть сделано должником, в том числе по запросу клиента или финансового агента. Отказ должника от осуществления права на зачет может быть сделан под отменительным или отлагательным условием / сроком.

Некоторые вопросы может вызывать момент, когда может быть совершен такой отказ должника. По буквальному тексту п. 6 ст. 450.1 ГК РФ отказ от осуществления права должен быть заявлен после того, как возникли основания для такого отказа, т.е. в рассматриваемом случае — уже после возникновения оснований для осуществления зачета. В основе такого решения, видимо, лежит тезис о невозможности прекратить то, чего нет. Однако логика требует лишь, чтобы право, прекращаемое отказом, существовало в момент, когда такой отказ вступает в силу, но не в момент его совершения, как минимум если само право вытекает из договора или диспозитивных положений закона, которые можно исключить в самом договоре. Право на зачет может быть исключено договором, соответственно, от него можно отказаться в одностороннем порядке после заключения договора под условием последующего созревания такого права. Поэтому нет препятствий к заранее сделанному должником в адрес клиента (а после уведомления об уступке — в адрес фактора) отказу от права на зачет, если такой отказ поставлен под отлагательное условие, например под условие возникновения оснований для зачета¹.

¹ Подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 1092–1093 (автор комментария к ст. 450.1 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

1.6. Порядок осуществления зачета. Предусмотренный комментируемой статьей зачет осуществляется по общим правилам ст. 410, 412 ГК РФ¹ посредством одностороннего заявления должника о зачете. Это заявление должно быть адресовано финансовому агенту и порождает правовой эффект с момента его доставки последнему (ст. 165.1 ГК РФ). Заявление, не доставленное финансовому агенту, правовых последствий не влечет (см. п. 4 Информационного письма ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

1.7. Применение к «судебному зачету». Все сказанное выше применяется и к «судебному» зачету. В подобной ситуации должник, к которому финансовым агентом предъявлен иск, основанный на требовании, приобретенном фактором у клиента, вправе заявить фактору о зачете и использовать соответствующее возражение о прекращении требования фактора зачетом.

Разъяснение п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 о том, что после подачи одной из сторон иска осуществление зачета возможно не иначе как в форме подачи встречного иска², в рассматриваемой ситуации не может быть применено. Требование, которое должник в соответствии с п. 1 комментируемой статьи использует для зачета против финансового агента, направлено к клиенту (т.е. лицу, не являющемуся стороной настоящего спора), а потому в принципе не может быть облечено в форму встречного иска, поскольку ответчиком по встречному иску должен выступать истец по иску первоначальному (ч. 1 ст. 132 АПК РФ, ст. 137 ГПК РФ). Практика нижестоящих судов показывает, что, видя указанное противоречие, они тем не менее не хотят отступить от идеи оформления судебного зачета исключительно в форме встречного иска. Как следствие, в рассматриваемой ситуации они настаивают на необходимости предъявления должником встречного иска «о зачете». Такой подход выглядит крайне сомнительно не только с точки зрения материального права, но и с позиций самого существа категории «встречный иск» (ибо очевидно исключает возможность удовлетворения встречного иска при одновременном отказе в иске первоначальному). Вместо подобного «креатива» намного правильнее и проще отказаться от избыточного

¹ Подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 776–778 (автор комментария к ст. 410 ГК РФ – А.А. Павлов).

² Его критику см. подробнее: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 778–779 (автор комментария к ст. 410 ГК РФ – А.А. Павлов).

ригоризма приведенных выше разъяснений Президиума ВАС РФ, допустив возможность осуществления зачета по требованию, предъявленному в судебном порядке, путем обычного уведомления о зачете и выдвижения в суде возражения о произошедшем зачете, заявленного ответчиком в ходе судебного разбирательства.

1.8. Квализачетные конструкции. Настоящая статья посвящена зачету в истинном смысле и формально не распространяется на так называемые квазизачетные конструкции, т.е. конструкции, которые, не являясь зачетом, производят правовой эффект, идентичный зачету. Однако это вовсе не свидетельствует о блокировании согласованных сторонами правовых последствий таких конструкций в случае уступки требования фактору.

Так, распространенное в обороте и признаваемое судебной практикой (см.: Определение КЭС ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 302-ЭС15-18996 (1, 2); Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1394/12) условие об «автоматическом» зачете взаимных требований сторон, которые могут у них возникать в рамках того или иного договора, по своей правовой природе является соглашением об автоматическом погашении обозначенных встречных однородных долгов под условием их возникновения и созревания (т.е. отменительном условии)¹. Поскольку уступка требования не изменяет его содержания, режима и условий существования, согласованный клиентом и должником «автоматический» зачет взаимных требований (например, неустойки, начисляемой в связи с просрочкой поставки, против требования об уплате цены за поставленный товар) в случае уступки последнего требования будет «работать» в автоматическом режиме и против финансового агента.

Вместе с тем «квализачетный» характер не может использоваться для обхода предписаний п. 2 комментируемой статьи. Соответственно, не имеет силы против фактора соглашение клиента и должника об «автоматическом» зачете требования к должнику и согласованной сторонами на случай уступки неустойки (см. п. 2.1 комментария к настоящей статье).

1.9. Зачет и гарантии цедента по ст. 390 ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 390 ГК РФ цедент по умолчанию гарантирует цессионарию, что он не совершал и не будет совершать никаких действий, которые могут служить основанием для возражений должника против уступленного

¹ Подробнее см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 780 (автор комментария к ст. 411 ГК РФ – А.А. Павлов).

требования. В отечественном праве пока не вполне прояснен вопрос, касается ли данная норма той ситуации, когда должник предъявляет против требования цессионария к зачету свое требование к цеденту. В международных актах такие гарантии в отношении отсутствия у должника права на зачет и непоявления у должника возможности предъявить к зачету свои требования к цеденту в будущем рассматриваются в качестве действующих по умолчанию, подразумеваемых (см. п. 1(с) ст. 12 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности, п. 2(д) ст. III.—5:112 Модельных правил европейского частного права). Есть основания полагать, что и в отечественном правопорядке такая гарантия охватывается правилами п. 2 ст. 390 ГК РФ и действует, если она прямо не исключена соглашением сторон. Соответственно, если фактор по безвозвратному факторингу столкнется с погашением его требования к должнику зачетом с участием требования должника к цеденту, он вправе отказаться от договора факторинга, истребовать у клиента обратно полученный платеж или прекратить свой долг по оплате приобретаемого требования, если оплата еще не произведена (п. 3 ст. 390 ГК РФ). В случае обеспечительного факторинга фактор, столкнувшись с прекращением уступленного требования зачетом, видимо, может потребовать от клиента досрочного погашения заемного долга (ст. 813 ГК РФ). Но может ли цессионарий (фактор) потребовать помимо указанного еще и возмещения убытков? Если применять п. 3 ст. 390 ГК РФ, последует положительный ответ на этот вопрос. Впрочем, данный вопрос может вызывать споры. Если речь идет о наличии у должника встречных требований к цеденту на момент уступки, а цедент не раскрыл данное обстоятельство цессионарию, взыскание убытков кажется оправданным. Но что, если речь идет о требованиях, правовое основание которых возникло до уступки, однако фактический состав, влекущий созревание этих требований, накопился позже? В свете того, что ВС РФ допустил предъявление к зачету данных требований против притязания цессионария, столкновение цессионария (фактора) с таким зачетом вполне возможно. Логично ли давать цессионарию в подобной ситуации не только право на отказ от договора, прекращение своего долга по оплате и возврат уплаченной цены (досрочное истребование займа), но еще и право на взыскание убытков? Вопрос пока не имеет ясного решения. Взыскание убытков традиционно предполагает некоторую неправомерность в поведении ответственного лица. В данном же случае обнаружение какого-то правонарушения со стороны цедента может быть затруднено. Так, достаточно сомнительно, на наш взгляд, что цедент должен нести такую ответственность в случае использования должником для зачета против фактора требования к цеденту,

приобретенного им после уведомления о переходе права. В общем и целом вопрос требует дополнительного обсуждения.

Во избежание сомнений сторонам рекомендуется прямо урегулировать последствия такого зачета. В частности, его негативные последствия могут быть компенсированы финансовому агенту клиентом через механизм возмещения потерь (ст. 406.1 ГК РФ), если соглашение об этом заключено фактором с клиентом.

1.10. Иные случаи зачета. Положения настоящей статьи не препятствуют должнику предъявить к зачету против требования фактора свои встречные требования к самому фактору, а также не блокируют право самого фактора заявить зачет, если он сам имеет встречные долги перед должником.

2. Недопустимость зачета: специальный случай. Наряду с действием общих негативных предпосылок (см. п. 1.6 комментария к настоящей статье) п. 2 комментируемой статьи исключает также возможность предъявления к зачету против финансового агента требований должника к клиенту, вытекающих из нарушения последним договорного запрета (ограничения) на уступку.

Подобные запреты (ограничения) на уступку денежных требований имеют в российском праве только относительный эффект (п. 1 ст. 828, п. 3 ст. 388 ГК РФ). Они не влияют напрямую на права цессионария (фактора) и при их нарушении не могут влечь аннулирования сделки уступки, независимо от того, знал ли он о существовании таких запретов (ограничений). Должник лишь может требовать от cedenta возмещения убытков и (или) уплаты неустойки в связи с нарушением договорного запрета на уступку (подробнее см. комментарий к ст. 828 ГК РФ).

Но следует ли из этого, что производные от нарушения таких договорных запретов (ограничений) требования должника (например, о возмещении убытков или уплате неустойки в связи с нарушением клиентом своих обязательств не производить уступку) не могут быть противопоставлены цессионарию посредством зачета? Ведь с точки зрения ст. 412 ГК РФ правовое основание для требования должника о возмещении cedентом убытков или уплате штрафа за нарушение договорного запрета на уступку возникает до момента получения должником уведомления о переходе права. Более того, даже срок исполнения этого требования наступает ранее получения уведомления, не говоря уже о том, что ВС РФ, по сути, дезавуировал это условие созревания срока (см. п. 1.4 комментария к настоящей статье). Соответственно, при буквальном подходе к толкованию норм ГК РФ о цессии цессионарий может столкнуться с договорным запретом на уступку не на-

прямую, а в результате зачета. Насколько это нормально? Этот вопрос в контексте общих правил о цессии пока не решен. Как бы то ни было, правила о факторинге этот вопрос решают, блокируя возможность зачета в описанной ситуации.

Данный подход направлен на повышение ликвидности денежных требований и их оборотоспособности, в том числе посредством факторинговых операций, и соответствует современным тенденциям международного регулирования (аналогичные правила см. п. 3 ст. 18 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности, п. 3 ст. III.—5:108 Модельных правил европейского частного права). Соответственно, любые денежные требования, независимо от их наименования или характера (суммы договорной неустойки, убытков и т.п.), которые возникают у должника к клиенту в связи с нарушением последним договорного запрета (ограничения) на уступку, не могут быть использованы должником для зачета против финансового агента. Вместе с тем правила комментируемой статьи не ограничивают самой возможности сторон согласовать уплату таких сумм и не препятствуют их взысканию должником с клиента.

2.1. Квизачетные конструкции. Положения п. 2 комментируемой статьи *mutatis mutandis* применяются и к иным правовым конструкциям, которые не являются зачетом в истинном смысле, но производят правовой эффект, идентичный зачету (квизачетным конструкциям).

Так, не может быть противопоставлена фактору договоренность клиента и должника об уменьшении покупной цены в случае уступки требования о ее оплате. Не имеет силы против фактора соглашение клиента и должника об «автоматическом» зачете против требования к должнику согласованной сторонами на случай уступки неустойки.

Статья 833. Возврат должнику сумм, полученных финансовым агентом (фактором)

В случае неисполнения клиентом своих обязательств по договору, заключенному с должником, последний не вправе требовать от финансового агента (фактора) возврат уплаченных ему сумм. Соответствующее требование может быть предъявлено должником клиенту.

Комментарий

Комментируемая статья защищает финансового агента от рисков, связанных с требованиями, возникшими из двусторонне обязывающих

договоров. Очевидно, что подавляющее большинство денежных требований, передаваемых по договорам факторинга, как раз и возникают из таких двусторонне обязывающих договоров: поставка, аренда, подряд и т.п. Особенность таких договоров состоит в том, что на клиенте, уступающем денежное требование, лежит встречная обязанность перед должником.

В большинстве случаев данное обязательство уже исполнено к моменту уступки, и уступается полноценная дебиторская задолженность. Но могут быть ситуации, когда должник, получивший исполнение от клиента, узнает о наличии у него оснований для отказа от договора и возврата уплаченной цены или соразмерном уменьшении цены. Например, клиент (поставщик по договору поставки) уступает фактору денежное требование на оплату поставленной должнику партии товара. После этого выясняется, что переданный покупателю товар имел существенные скрытые недостатки, в силу которых покупатель мог отказаться от договора и вообще не оплачивать дефектный товар либо заявить о соразмерном уменьшении цены и платить меньше, чем цена договора поставки.

Если должник в такой ситуации еще не осуществил платеж фактору, следует руководствоваться общими правилами гл. 24 ГК РФ, в частности ст. 386 ГК РФ, о возражениях должника против исполнения уступленного требования. Соответственно, в данном случае должник может выдвинуть против требования фактора возражения, основанные на дефектности товара, и не платить в целом или в части (последнее в случае правомерной реализации права на соразмерное уменьшение цены). Это, в свою очередь, будет означать нарушение общих гарантий, за которое cedent (в нашем — случае клиент) будет отвечать перед цессионарием (в нашем случае — финансовым агентом) в силу ст. 390 ГК РФ. То же касается и ситуации, когда клиент вовсе не исполнил свои встречные обязательства перед должником или допустил иные нарушения, дающие должнику право на отказ от договора или уменьшение цены.

Но что, если должник уже совершил платеж фактору и лишь после этого узнал о наличии у него права на отказ от договора и возврат всей или части уплаченной цены (например, выявил скрытый дефект в отгруженном товаре)? В таком случае должник, который уже совершил платеж фактору, может адресовать свои требования лишь своему контрагенту (в нашем случае — клиенту). Особенность этой ситуации заключается в том, что, если должник воспользуется своим правом на отказ от договора или соразмерное уменьшение цены, в силу правил ст. 453 ГК РФ возникает обязательство вернуть весь долг или часть

уплаченной цены. К такому иску в силу ст. 453 ГК РФ применяются нормы гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении. С целью защиты финансового агента от рисков, связанных с исполнением двусторонне обязывающих договоров, закон запрещает должнику требовать возврата этих уплаченных средств от фактора и предлагает ему адресовать свои требования клиенту. И это кажется вполне логичным.

Мотивы законодателя в комментируемой статье (защита интересов фактора) подкрепляются историческим толкованием. Следует обратить внимание на то, что комментируемая статья существенно изменилась с 1 июня 2018 г. А именно в соответствии с прежней редакцией должник все же мог потребовать от финансового агента возврата уплаченных денежных средств, при условии что должник был не вправе взыскать их с клиента. Таким образом, например, риск неплатежеспособности клиента в рассматриваемой ситуации возлагался на финансового агента, а не на должника. В настоящее время законодатель отдает предпочтение интересам финансового агента, и это кажется логичным.

Данное решение выглядит целесообразным для любой модели факторинга – безвозвратной, обеспечительной и инкассо.

Тот же подход закреплен и в ст. 1 Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности.

В то же время следует обратить внимание, что Оттавская конвенция 1988 г. в этом аспекте закрепляет два исключения из правила о невозможности для должника потребовать от фактора возврата уплаченной ему цены своего договора с клиентом. Согласно п. 2 ст. 10 Конвенции «дебитор, располагающий правом требовать у поставщика возврата суммы, уплаченной фактору в погашение дебиторской задолженности, имеет право требовать возврата фактором подобной суммы, при условии что: а) фактор не выполнил свое обязательство уплатить поставщику сумму в счет уступленных требований; или б) в момент уплаты фактором поставщику указанной суммы ему была известна информация о неисполнении, ненадлежащем или несвоевременном исполнении договора купли-продажи товара, в счет оплаты которого дебитор осуществил платеж». Как мы видим, российский закон не содержит таких исключений и в этом аспекте в большей степени защищает фактора. Есть ли основания выводить такие исключения через применение указанной нормы Оттавской конвенции 1988 г. по аналогии закона или из общих принципов разумности, справедливости и добросовестности, вопрос пока не вполне проясненный. Как представляется на первый взгляд, определенная логика в этих исключениях имеется.

ГЛАВА 44. БАНКОВСКИЙ ВКЛАД

Статья 834. Договор банковского вклада

1. По договору банковского вклада (депозита) одна сторона (банк), принявшая поступившую от другой стороны (вкладчика) или поступившую для нее денежную сумму (вклад), обязуется возвратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором. Если иное не предусмотрено законом, по просьбе вкладчика-гражданина банк вместо выдачи вклада и процентов на него должен произвести перечисление денежных средств на указанный вкладчиком счет.

2. Договор банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин, признается публичным договором (статья 426).

3. К отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются правила о договоре банковского счета (глава 45), если иное не предусмотрено правилами настоящей главы или не вытекает из существа договора банковского вклада.

Если иное не предусмотрено законом, юридические лица не вправе перечислять находящиеся во вкладах (депозитах) денежные средства другим лицам.

4. Правила настоящей главы, относящиеся к банкам, применяются также к другим кредитным организациям, принимающим в соответствии с законом вклады (депозиты) от юридических лиц.

Комментарий

1. Природа банковского вклада. Банковский вклад представляет собой самый типичный способ привлечения банками и иными кредитными организациями заемного финансирования. В этом плане банковский вклад зеркален кредиту. Если в кредитном договоре заемщиком является клиент банка, то в договоре банковского вклада заемщиком является сам банк, а вкладчик — займодавец. Так как задолженность банка перед вкладчиком отражается на счете, к договору банковского вклада применимы нормы о договоре банковского счета (см. комментарий к п. 3 настоящей статьи).

Законодатель вводит тождественный по значению «вкладу» термин «депозит». Технического значения этот термин не имеет, поскольку в дальнейшем в главе о вкладах этот термин нигде, кроме этой статьи,

не используется, если не считать деление сертификатов на сберегательные и депозитные.

1.1. Предмет договора. В самом общем виде по договору банковского вклада банк принимает на специально открываемый банковский счет от вкладчика денежные средства и обязуется их возвратить с процентами. Соответственно, для того чтобы договор мог считаться договором вклада, необходимо, чтобы были соблюдены следующие квалифицирующие признаки договора вклада:

а) одно лицо передает другому в собственность¹ деньги;

б) деньги предоставляются на возвратной основе: договор банковского вклада всегда влечет обязанность банка по возврату вклада. Если по договору с банком такой обязанности не возникает, данный договор банковским вкладом не является;

в) получателем финансирования является банк (согласно п. 4 комментируемой статьи им может быть и иная кредитная организация, которой в силу закона предоставлена возможность привлечения вкладов);

г) учет задолженности банка осуществляется посредством специального банковского счета;

д) предоставление финансирования осуществляется под процент.

По сути, с содержательной точки зрения единственным квалифицирующим признаком, который отличает вклад от обычного процентного займа, предоставляемого банку, является учет задолженности банка посредством специального банковского счета (о возможности привлечения банками финансирования в рамках обычной заемной модели см. комментарий к п. 3 ст. 835 ГК РФ). По субъектному составу договор банковского вклада отличается от процентного займа тем, что заимствование привлекает банк или иная кредитная организация, имеющие лицензию на привлечение вкладов. Кроме того, если заем может быть и беспроцентным, по вкладу всегда начисляется процент. Несмотря на очевидное сходство займа и вклада, в правовом регулировании договора займа и банковского вклада имеется достаточное число отличий (например, отсутствие исковой давности для требования о возврате вклада).

1.2. Существенные условия. Если договор квалифицирован как договор вклада, для того чтобы он признавался заключенным, необходимо, чтобы в нем были согласованы соответствующие существенные усло-

¹ Передача в собственность понимается здесь в широком смысле, так как во вклад можно зачислить и безналичные средства, которые вещами не являются и объектом права собственности формально быть не могут. Та же проблема возникает в отношении критерия передачи в собственность в рамках определения договора займа (см. комментарий к п. 1 ст. 807 ГК РФ).

вия (ст. 432 ГК РФ). Существенными условиями договора банковского вклада, без согласования которых он будет считаться незаключенным, являются валюта и сумма, которая внесена во вклад. Если эти условия согласованы, договор банковского вклада является заключенным. Процентная ставка существенным условием договора вклада не является и при отсутствии соответствующего указания в договоре определяется диспозитивными положениями ГК РФ о вкладе (п. 1 ст. 838 ГК РФ). Что касается срока вклада, то он определяется отношением вклада к одному из двух видов: вкладу до востребования или срочному вкладу (ст. 837 ГК РФ). Если в договоре банковского вклада не определен его вид и, следовательно, срок возврата в договоре оказывается упущенным (последнее, конечно, является экзотической ситуацией, поскольку на практике не встречается вовсе или настолько редко, что не стоит подробного разбора), то срок возврата, видимо, определяется по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ. Последнее означает отнесение такого вклада ко вкладам до востребования.

Однако в Законе о банках и банковской деятельности можно усмотреть иной набор существенных условий, не соответствующих ГК РФ. Согласно ч. 2 ст. 30 указанного Закона 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 нарушения договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения. Приведенная норма выходит за пределы регулирования отраслевого закона. В силу абз. 2 п. 2 ст. 3 ГК РФ данная норма не должна подлежать применению, поскольку на случай отсутствия всех этих условий ГК РФ содержит соответствующие диспозитивные правила. Соответственно, положение ч. 2 ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности о том, что отмеченные ранее условия «должны быть» указаны в договоре, никакого правового значения фактически не имеет и иметь не должно.

1.3. Требования к субъектам. Вкладчиком банка может быть как физическое, так и юридическое лицо. Согласно п. 2 ст. 26 ГК РФ вклад без согласия попечителя, родителей или усыновителей может вносить лицо, достигшее 14 лет. Особенности размещения бюджетных средств на банковских депозитах установлены ст. 236 БК РФ и принятыми в соответствии с ней подзаконными актами. В этом плане положение ст. 37 Закона о банках и банковской деятельности, согласно которому вкладчиком может быть гражданин РФ, иностранный гражданин или лицо без гражданства, и не упоминается право юридических лиц

и иных субъектов права на заключение договора вклада, ничем, кроме как недоразумением, назвать нельзя. Очевидно, что данная норма не соответствует ГК РФ и поэтому в таком буквальном понимании восприниматься не может, уступая тексту ГК РФ по принципу *lex posterior derogat priori* (указанный Закон был принят задолго до ГК РФ).

Как уже отмечалось, другой стороной договора может быть либо банк, либо иная кредитная организация, которой закон дает возможность принимать депозиты юридических лиц. Из положений закона следует, что принимать вклады физических лиц могут только коммерческие банки. Но не всякий банк может принимать во вклады средства граждан. Для того чтобы иметь такое право, банк должен иметь соответствующую лицензию, выданную Банком России, а также вступить в систему обязательного страхования вкладов (ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности).

1.4. Критерий возвратности. Как было отмечено ранее, вклад, как, впрочем, и обычный заем, предполагает обязанность получателя долгового финансирования вернуть полученные средства. Это квалифицирующий признак вклада (как и займа). Но можно ли признать условия договора, которые допускают при определенных обстоятельствах несовпадение объемов предоставленных банку и возвращаемых денег? Применительно к обычному займу это признается законным. Например, договор займа может содержать условие о валютной оговорке, согласно которому заемщик получает в рублях определенную сумму, эквивалентную согласованной сумме иностранной валюты по курсу на момент получения займа, а через некоторое время обязуется вернуть рублевый эквивалент указанной валютной суммы по курсу на момент возврата долга. Такие сделки признаются судебной практикой законными, даже если они заключаются между обычными гражданами, и при этом квалифицируются в качестве займа (см. комментарий к ст. 807 ГК РФ), несмотря на то что из-за колебаний курса возвращаемая сумма может быть как больше, так и меньше предоставленной в заем. Возможны ли такого рода условия в договоре вклада?

Теоретически договор банковского вклада в рублях, в иностранной валюте или в драгоценном металле (все они допустимы по ГК РФ) может предусматривать его возврат по курсу, установленному в отношении к любому активу, который имеет рыночную цену на организованном рынке (например, по курсу в соответствии с ценой нефти, металлов и т.п.). Гражданский кодекс РФ допустимость такого условия не устанавливает, но и не запрещает. Банковская практика не демонстрирует пока массового использования подобных условий в договорах банковского вклада. Принцип свободы договора мог бы

послужить поддержкой таких договорных условий, однако банковская практика далеко не всегда полагается на этот принцип, демонстрируя приверженность к использованию только тех договорных условий или видов банковских договоров, которые предусмотрены в нормативном регулировании.

Усложнение правового режима инвестиционных инструментов развивается в основном в области рынка ценных бумаг, нежели в сфере банковских депозитов (хотя и здесь наблюдается некоторое расширение предлагаемых видов вкладов). В ценных бумагах достаточно развит такой прием, как определение размера обязательства должника в зависимости от колебаний тех или иных показателей, в том числе цен на товары, акции, индексы и т.п. Например, на рынке представлена большая линейка облигаций федерального займа (ОФЗ), в которых размер и другие показатели обязательства должника по облигации привязаны к определенным показателям (например, к индексу инфляции). Такие инструменты считаются относительно более рисковыми по сравнению с банковским вкладом, их условия также порой достаточно сложны для оценки непрофессиональными участниками гражданского оборота, и поэтому доступ к их использованию гражданами ограничен законодательством о рынке ценных бумаг. Тот факт, что законодатель допускает металлосклады, но не предусматривает вклады с привязкой к иным авуарам или индексам, может объясняться тем обстоятельством, что колебания цен на ограниченный ряд драгоценных металлов относительно просты для восприятия и оценки вкладчиком, тогда как более сложные финансовые инструменты, включая производные инструменты, достаточно сложны и требуют больше профессиональной подготовки. По мере возрастания финансовой грамотности населения расширение линейки доступных для граждан объектов инвестирования может быть оправданно и уже отчасти наблюдается на практике. Рассмотрение правовых режимов подобных финансовых инструментов выходит за рамки настоящего комментария.

1.5. Возможны ли беспроцентный вклад, замена процента на иное встречное предоставление или вклад с «отрицательными ставками»?

Из легального определения договора банковского вклада следует, что его возмездность проявляется в выплате процентов на вклад. Означает ли это ограничение свободы договора, в том смысле, что иная форма встречного предоставления со стороны банка или полная безвозмездность не могут быть согласованы сторонами?

Теоретически можно представить себе ситуации, когда встречным предоставлением со стороны банка будет не уплата процентов, а оказание тех или иных услуг, предоставление неких преференций или

бонусов от самого банка или его партнеров (например, в обмен на размещение вклада в банке вкладчик получает премиальное банковское обслуживание по счетам или иным продуктам банка, скидку или иные преимущества при приобретении авиабилетов у авиакомпании-партнера). Такой договор, как представляется, не нарушает принцип возмездности и вряд ли должен запрещаться как применительно к отношениям сугубо коммерческим, так и при внесении денег гражданами (если, конечно, специфика договора была надлежащим образом гражданину раскрыта). В то же время пока не вполне ясно, готовы ли суды относить такой договор к категории банковского вклада, поскольку начисление процентов является квалифицирующим признаком вклада. Возможно, такой договор следует квалифицировать в качестве договора займа, по которому банк выступает заемщиком, а встречным предоставлением выступает оказание тех или иных услуг. Если такой беспроцентный вклад сконструирован как вклад до востребования, возможно, есть основания квалифицировать договор в качестве смешанного договора, в котором элемент банковского счета (по счету начисление процентов не является обязательным) смешан с элементом оказания услуг.

С этим вопросом также связана имевшаяся ранее практика замены обязательства банка по выплате процентов условием о розыгрыше призов. Банк России считал такое условие недопустимым. Более того, он разъяснил, что условие о розыгрыше приза также не может быть включено в договор банковского вклада, как не отвечающее требованиям комментируемой статьи (письмо Банка России от 10 июля 2003 г. № 105-Т «О привлечении кредитными организациями средств граждан во вклады с розыгрышем призов»). Как представляется, и такой экзотический вариант не может сочетаться с природой именно вклада.

При этом нет никаких сомнений в том, что допускается заключение договора вклада с условием о начислении процентов, осложненных дополнительными услугами банка. Например, нельзя исключать допустимость заключения такого смешанного договора, согласно которому вкладчик поручает банку произвести конверсию его процентов в иные активы, согласованные сторонами (например, в ценные бумаги, криптовалюту, иностранную валюту и т.п.). Возможно условие о розыгрыше призов среди вкладчиков *в дополнение* к получаемым ими по вкладу процентам. Также не противоречит природе договора банковского вклада и соответствует принципу свободы договора участие вкладчиков в различных бонусных и тому подобных программах, предусмотренных договором, согласно которым вкладчикам дополнительно к получаемым ими процентам на вклад предоставляются также скидки на приобретение тех или иных товаров, работ, услуг, в том числе для оплаты

услуг самого банка, кэшбэк и т.д. Конечно, такие дополнительные предоставления со стороны банка могут несколько усложнить бухгалтерский учет банковских операций, однако это не представляется нам достаточной причиной для их запрета и ограничения свободы договора. Первичными являются правомерные интересы субъектов гражданского оборота, а не правила оформления их реализации. К подобным договорам следует относиться как к смешанным.

Но что, если договор отвечает всем признакам вклада, кроме начисления процента, и при этом не оговаривает иное встречное предоставление в пользу «вкладчика»? Возможен ли абсолютно безвозмездный вклад? По своей правовой природе такой беспроцентный и безвозмездный «вклад» представляет собой, по сути, беспроцентный заем (при срочности) или отвечает всем квалифицирующим признакам договора банковского счета (если стороны договорились о размещении денег до востребования). В полной мере вопрос о природе такого договора не разъяснен. В любом случае вкладом такой договор вряд ли может признаваться, поскольку начисление процентов согласно ГК РФ является квалифицирующим признаком договора вклада. Теоретически закон не запрещает предоставлять беспроцентные займы даже в отношениях между коммерсантами (ст. 575 ГК РФ о запрете дарения здесь не применяется) и как минимум эпизодически привлекать такие займы банкам. Например, акционер может предоставить контролируемому им банку беспроцентный (в том числе субординированный) заем. Но в целом вопрос о допустимости публичного предложения как минимум гражданам такого «продукта», как беспроцентное и абсолютно безвозмездное предоставление банку заемных средств, требует отдельного обсуждения. Не исключено, что в каких-то специфических условиях (например, при нулевой ставке инфляции или падении курса валюты вклада) такая конструкция может оказаться востребованной, но именно вкладом она быть не может.

Наконец, договор, по которому не банк платит вкладчику проценты, а вкладчик вознаграждает банк за «держание» денег (так называемый механизм отрицательной процентной ставки), точно договором банковского вклада не является. Природа такого договора, напоминающего иррегулярное хранение, но в отношении безналичных денег, — вопрос спорный. Этот договор, скорее, является непоименованным. В некоторых зарубежных странах такого рода конструкция сейчас встречается. Она может быть востребована при дефляции, при падении курса валюты вклада или в ситуации, когда у банка недостаточно возможностей разместить вносимые во вклад деньги (спрос на кредит невысок, а центральный банк устанавливает отрицательные ставки для

размещаемых у него средств банков). Анализ данной тематики явно выходит за рамки настоящего комментария, но выскажем мнение, что в современных российских макроэкономических реалиях такая конструкция вряд ли будет востребована.

1.6. Вопрос о реальном и одностороннем характере договора. Договор банковского вклада принято по традиции относить к односторонним и реальным договорам (так как обязательство возникает только у банка, а вкладчик не имеет перед банком обязательств осуществить какое-либо имущественное предоставление). Насколько оправданны такие характеристики?

(а) Реальный характер договора вклада. По традиции договор вклада относится к категории реального договора. Обычно этот вывод делается на основе легальной дефиниции договора вклада, закрепленной в комментируемом пункте. Поскольку данный договор реальный, он считается заключенным в момент получения банком вклада (от самого вкладчика или от третьего лица для вкладчика). Простое подписание договора банковского вклада не создает для вкладчика обязательство вносить вклад.

Вместе с тем в настоящее время реальный характер договора банковского вклада поставлен под сомнение банковской практикой. Банки охотно идут на заключение такого договора вклада, который, не связывая вкладчика обязательством вносить вклад, в силу самого факта заключения договора обязывает банк принимать деньги во вклад. Например, по условиям договора вкладчик может оставаться владельцем «нулевого счета» по вкладу, но при этом может потребовать от банка в пределах срока договора принять соответствующую сумму во вклад на заранее оговоренных условиях. Также широко распространены пополняемые вклады, согласно условиям которых вкладчик вправе пополнять размер вклада, а банк обязан такие вновь вносимые средства принимать; при этом согласованная процентная ставка по вкладу не изменяется. Иначе говоря, воля сторон направлена на то, что у банка возникает кредиторская обязанность принимать деньги во вклад, и в этом плане договор как сделка заключен уже с момента его подписания, а также может существовать в период, когда на вкладе нет внесенных денежных средств.

С политико-правовой точки зрения препятствий для такой модели правоотношений не усматривается, поскольку сильная сторона (банк) связывает себя, а слабая сторона (владелец счета) получает права, но не обязанности. Обычно банки заинтересованы в привлечении вкладчиков, и этот интерес подвигает их в условиях конкуренции предоставлять своим клиентам более выгодные условия вложения денежных

средств. Иначе говоря, логично исходить из того, что заключенный между сторонами договор вклада может порождать кредиторскую обязанность банка принимать деньги во вклад на оговоренных условиях, но не может создавать для вкладчика обязательства вносить деньги во вклад.

Можно ли в таких условиях продолжать говорить о реальности договора вклада, вопрос спорный, так как увязан с некоторой неопределенностью самого понимания категории реального договора. Если закон, устанавливая, что тот или иной договор является императивно реальным, подразумевает предоставление свободы передумать как той стороне, которая передает имущество, так и той, которая будет его получать, то приходится признать, что отнесение договора банковского вклада к категории реального договора не вполне уместно (поскольку нет ни одного разумного аргумента, чтобы запрещать банкам связывать себя кредиторской обязанностью принять деньги во вклад). Если же цель установления в законе реальности договора состоит только в том, чтобы дать право свободно передумать именно той стороне, которая передает имущество, и модель реального договора не блокирует возможность возникновения из факта волеизъявления сторон кредиторской обязанности принять предложенное имущество, то договор вклада можно продолжать называть реальным договором.

Могут ли стороны отступить от вытекающей из формулировок комментируемого пункта идеи об отсутствии у вкладчика обязательства вносить вклад и согласовать в договоре, что вкладчик обязуется внести или периодически вносить деньги во вклад? Традиционно считается, что реальность в контексте вклада — это императивный элемент правового режима данного договора. При таком подходе условие об обязанности вносить вклад просто не будет иметь юридическую силу. Когда в ГК РФ и заем был строго реальным, это решение казалось системно согласованным. Но сейчас в рамках действующей редакции ст. 807 ГК РФ допускается заключение консенсуального договора займа, по которому займодавец может обязаться предоставить заем, если займодавцем не является гражданин. Можно ли в таких условиях рассуждать о возможности синхронной либерализации и режима вклада? Возможно ли *de lege lata* допустить такое толкование комментируемой статьи, при котором договор вклада может быть и консенсуальным в том смысле, что он будет порождать обязательство вкладчика внести вклад, если вкладчиком является коммерческая организация или иное юридическое лицо? Представляется, что в этом попросту нет необходимости. Юридическое лицо может заключить консенсуальный договор займа с банком, подводить это правоотношение к вкладной операции

не требуется. Заключение с банками заемных договоров, заемщиком по которым является банк, не имеет большого распространения на практике по экономическим причинам, поскольку банкам открыто получение финансирования иными, более выгодными средствами (облигации, кредиты в Банке России). В целом считаем логичным исходить из того, что в рамках действующего законодательства условие договора вклада, согласно которому вкладчик обязуется вносить вклад, ничтожно.

(б) Односторонний характер договора. Внося свои деньги во вклад, вкладчик лишается прав на них. Однако у него возникает обязательственное требование к банку по возврату вклада и уплате процентов (а в некоторых случаях и иные требования). При этом у самого вкладчика обязательств, обуславливающих экономическое предоставление, перед банком нет. Соответственно, договор вклада является односторонним, так как порождает обязательства лишь у одной из сторон договора. Этот вывод не колеблется в связи с тем, что у вкладчика могут быть те или иные кредиторские, организационные, информационные или иные обязанности, которые не опосредуют экономическое предоставление в пользу банка.

С момента заключения договора и внесения вклада у банка возникает несколько обязательств в узком смысле (несколько долгов): 1) возврат суммы вклада; 2) уплата процентов на вклад; 3) в некоторых видах вклада – предоставление привилегий или каких-либо дополнительных услуг (бонусов, например кэшбэка). Кроме того, банк в пределах, предусмотренных законом и договором, обязан оказывать вкладчику услуги по перечислению и (или) выдаче (уплате) суммы вклада и процентов на него, а также имеет обязательства по предоставлению вкладчику информации по вкладу и в некоторых случаях предоставления средств распоряжения денежными средствами во вкладе (например, электронного средства платежа).

1.7. Внесение вклада третьим лицом. Вклад может быть внесен лично вкладчиком, причем как наличными деньгами, так и безналичными денежными средствами. Также вклад может быть изначально внесен третьим лицом для вкладчика на его счет, равно как и впоследствии пополнен третьим лицом. Это прямо предусмотрено в ст. 841 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 841 ГК РФ). Например, нередко по просьбе работника работодатель перечисляет причитающуюся ему заработную плату на открытый работником вклад. Если во вклад поступает денежная сумма от третьего лица, вкладчик вправе ее вернуть этому третьему лицу, поскольку никто не обязан принимать денежные средства (равно как и другие объекты гражданского права) помимо

своей воли, если только эта воля не проявлена в ранее заключенном договоре между вкладчиком и отправителем платежа.

Эту ситуацию следует отличать от случая, когда банковский вклад открывается вкладчиком в пользу третьего лица (к такому договору подлежит применению ст. 842 ГК РФ).

1.8. Способы возврата вклада. До реформы комментируемый пункт ограничивался лишь установлением легальной дефиниции договора банковского вклада. Это определение использовало понятие выдачи вклада. Иногда это воспринималось так, что перечисление вклада и процентов на какой-либо счет вкладчика не допускается, а соответствующие суммы должны выдаваться вкладчику-гражданину наличными. Такое ограничительное толкование вряд ли имело под собой основание, хотя банки могли настаивать на таком понимании нормы, в некоторых случаях преследуя свой интерес сдерживания вкладчика от закрытия вкладов. Получение крупных сумм наличными деньгами и операции с ними (например, вложение во вклад в другом банке) влекут известные риски и могут удерживать вкладчика от снятия вклада, если выгода от них не столь велика. Дополнение легальной дефиниции банковского вклада новой нормой об обязанности банка осуществить перечисление суммы вклада и процентов на нее на указанный вкладчиком счет исключает приведенное ранее толкование и не позволяет банкам уклониться от такого указания вкладчика.

Хотя закон и оперирует понятием «просьбы» вкладчика, на самом деле речь с очевидностью идет об указании вкладчика. Данная норма является императивной, поскольку целью законодательного регулирования является защита слабой стороны (вкладчика) в реализации ее интереса по распоряжению причитающимися ей денежными средствами в наилучшей форме. Договор не может запрещать вкладчику требовать перечисления причитающегося ему на какой-либо открытый вкладчиком банковский счет. Такое условие ничтожно. Соответственно, вкладчик самостоятельно определяет, получать ли ему денежные средства наличными или требовать их перечисления на свой счет. Естественно, вкладчик может получить часть денежных средств наличными, а другую часть потребовать перевести на счет.

1.9. Документы, необходимые для открытия вклада. Для заключения договора банковского вклада от вкладчика требуется предоставление банку определенных документов. Их состав и форма определяются Инструкцией Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И.

2. Договор вклада как публичный договор. В силу комментируемой нормы договор банковского вклада, заключенный с гражданином,

является публичным договором (ст. 426 ГК РФ). По логике статьи, при открытии вклада юридическим лицом или публичным образованием правила ст. 426 ГК РФ о публичном договоре не применяются.

Закон не говорит о том, что договор является публичным, только если гражданин заключает договор в своих личных и некоммерческих целях. Поэтому следует признавать договор публичным и тогда, когда его пытается заключить индивидуальный предприниматель. Последнее объясняется тем обстоятельством, что распознать цели такого гражданина, делающего вклад, с достоверностью невозможно. Индивидуальный предприниматель, так же как и любой гражданин, может преследовать цели сбережения своих средств. Более того, это вполне разумно, поскольку риски предпринимательской деятельности могут привести к неудаче соответствующего бизнеса, и тогда надежным подспорьем для дальнейшего существования будет сделанное сбережение.

2.1. Обязанность заключить договор с любым обратившимся. В самом общем виде публичный характер договора означает, что банк не вправе отказать гражданину в заключении договора банковского вклада на условиях, которые он в настоящий момент предлагает соответствующей категории клиентов, кроме случаев, упомянутых в ст. 426 ГК РФ. При нарушении этой обязанности банк может быть принужден по суду к заключению договора (п. 4 ст. 445 ГК РФ), а также к возмещению убытков.

Банк должен заключить договор вклада с любым из представителей той категории клиентов, которым адресованы его публичные предложения по вкладам. Например, если банк не представляет на рынок предложения для физических лиц и работает исключительно с юридическими лицами, физическое лицо не может потребовать заключения с ним договора вклада.

2.2. Исключения из правила об обязанности открывать вклад любому обратившемуся. Если гражданское законодательство не предусматривает ограничений для внесения вкладчиком вклада в банк, то публичное законодательство знает примеры легальной дискриминации. Например, в соответствии с п. 5.2 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов банк вправе отказаться от заключения договора банковского вклада с физическим лицом в соответствии с правилами внутреннего контроля кредитной организации в случае наличия подозрений о том, что целью заключения такого договора является совершение операций в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. Не вдаваясь глубоко в целесообразность такого законодательного решения, все же следует заметить, что оно не является логичным. Если лицо подозревается в совершении

уголовно наказуемых деяний, было бы правильнее открыть такому лицу вклад, а затем ограничить его в соответствии с законом на основании решения суда в распоряжении такими средствами (ст. 8 названного Закона) с последующим обращением их в доход государства (при наличии правовых оснований). Установленное же регулирование, скорее, стимулирует подозреваемого к сокрытию соответствующих денежных средств от действия правопорядка.

Другим примером может выступать п. 12 ст. 76 НК РФ, согласно которому в отношении некоторых граждан банкам запрещено открывать вклады, если имеется решение о приостановлении операций по счетам налогоплательщика. Это законодательное решение также вызывает сомнения, поскольку более эффективным было бы открыть соответствующему налогоплательщику вклад и распространить на него режим приостановления операций по счетам с целью удовлетворения законного фискального интереса.

Кроме того, эффект публичного характера договора банковского вклада поражается публичным законодательством в случаях отзыва соответствующей лицензии у банка или применением к нему иных ограничительных мер, предусмотренных законом. В этих случаях банк не вправе принимать вклады от любых вкладчиков или некоторых их категорий.

2.3. Запрет на дискриминацию. Согласно п. 2 ст. 426 ГК РФ в публичном договоре цена товаров, работ, услуг должна быть одинаковой для потребителей соответствующей категории. Толкование этой нормы должно быть адаптировано по отношению к природе договора банковского вклада исходя из того, что под ценой здесь следует понимать размер процентов, определяющий ту имущественную выгоду, которую получает вкладчик-гражданин. Статья 426 ГК РФ не допускает дискриминацию отдельных клиентов и по иным, не связанным с ценой условиям.

Не является дискриминацией, когда вследствие изменившейся экономической ситуации или в силу иных причин банк начинает открывать вклады на изменившихся условиях по сравнению с ранее открытыми этой же категории лиц вкладами.

От запрета дискриминационных условий для отдельных клиентов следует отграничивать случаи установления различных условий для различных видов вкладов. В этих последних случаях различные условия объясняются естественными экономическими причинами и не могут запрещаться. Например, различный размер процента по более длительным вкладам и краткосрочным вкладам или вкладам до востребования является законным.

Не является дискриминацией установление разных условий для тех или иных категорий вкладов (например, по критерию размера размещаемой в банке суммы). В частности, это касается так называемого *private banking*. Последнее явление зачастую не формализовано и в самом общем виде как раз сводится к оказанию предпочтения крупным вкладчиком. Это предпочтение характеризуется не только особым сервисным отношением к ним, но может выражаться и в ценовых, т.е. более выгодных для них условиях (Определение КЭС ВС РФ от 28 апреля 2016 г. № 305-ЭС14-5119). По нашему мнению, такое предпочтение не является дискриминационным и не должно запрещаться. Оно объясняется не личностью вкладчика, а размером вклада. Банки заинтересованы в привлечении крупных вкладчиков, и в этих целях должны иметь юридические средства конкуренции за привлечение таковых. Если же предпочтение основано только лишь на статусе вкладчика, например, если последний является влиятельным лицом, политиком или государственным деятелем, то такое предпочтение незаконно.

Также не являются дискриминационными такие вклады, условия которых разнятся в зависимости от того, к представителям какой категории или социальной группы относится вкладчик-гражданин (например, установление повышенного процента для ветеранов, пенсионеров, студентов). При этом пределом выделения таких категорий и социальных групп, т.е. допустимость установления различных условий для разных категорий и социальных групп граждан, являются публичный порядок и основы нравственности (ст. 169 ГК РФ). Например, попытки установить привилегированные условия для представителей той или иной нации или религии вряд ли могут быть признаны законными.

3. Соотношение банковского счета и вклада. С теоретической точки зрения обоснованность разграничения договора банковского вклада и договора банковского счета является дискуссионным вопросом. Есть основания полагать, что такое разграничение является характерной особенностью российского права, истоки которой лежат в советском периоде гражданского права (граждане обычно имели только вклады, советские предприятия и учреждения — только счета). Гипотетически несложно себе помыслить, что отношения по текущему (расчетному) счету вписываются в модель банковского вклада до востребования с определенными особенностями, равно как и наоборот, отношения по банковскому вкладу до востребования можно сконструировать в качестве особой разновидности банковского счета. Различия этих двух договоров не столь существенны, чтобы обнаружить здесь принципиально разные юридические феномены. Как в одном, так и в другом

договоре ядром отношений является наличие записи по счету клиента банка, которая отражает размер его притязаний к последнему. И в том, и в другом договоре всегда имеется притязание клиента на выплату ему остатка по счету (вкладу) в соответствии с определенными договором условиями, равно как и обязательство банка в той или иной мере обеспечить недоступность для третьих лиц записей по счету; также имеется и обязательство банка в тех или иных пределах осуществлять операции по банковскому счету (вкладу): выдачу остатка, перевод на другой счет, перечисление другому лицу (с ограничением для юридических лиц).

Вкладную операцию трудно представить себе без наличия счета. Дело в том, что с технической стороны дела все ее существо заключается в счетоводстве. Какой бы термин здесь ни использовался, банк просто вынужден считать, какая сумма им принята от клиента или поступила для него и как она изменяется, поскольку сумма на счете определяет размер его обязательства перед клиентом. По каждому вкладу открывается банковский счет.

Не случайно, когда речь идет о критической фазе обязательственного отношения – ликвидации должника (банка), требования граждан объединяются в одной привилегированной очереди как по вкладам, так и по счетам (п. 1 ст. 64 ГК РФ).

По сути, договор банковского вклада имеет гибридную каузу: в нем смешиваются элементы процентного займа и банковского счета.

Поэтому в силу комментируемой нормы на отношения по договору банковского вклада распространяются правила о банковском счете.

Распространение правового режима одного вида (типа) договора на другой вид (тип) договора является характерным юридическим приемом для ГК РФ как в области финансовых сделок (например, распространение на факторинг норм о купле-продаже, займе (кредите), возмездном оказании услуг (см. п. 5 ст. 824 ГК РФ)), так и в других областях (например, распространение на 11 договоров норм о возмездном оказании услуг (см. п. 2 ст. 779 ГК РФ)).

Нормы о банковском вкладе являются специальными по отношению к нормам о банковском счете. Поэтому при коллизии правил преимущество имеют нормы о вкладе, которые подлежат применению как в случае, если это предусмотрено нормами о вкладе, так и в случае, если это следует из существа банковского вклада. Например, правило о перечислении сумм со счета (п. 1 ст. 845 ГК РФ) в адрес других лиц блокируется специальным правилом абз. 2 комментируемого пункта для юридических лиц, если такое перечисление не предусмотрено законом. Другой пример: согласно п. 1 ст. 859 ГК РФ договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время. Между тем

из существа договора банковского вклада следует, что счет по вкладу не может быть закрыт без прекращения отношений по банковскому вкладу, поскольку вклад не может существовать никаким другим образом, кроме как в виде записи по счету вклада. А произвольное досрочное расторжение договора срочного вклада, заключенного с юридическим лицом, может быть заблокировано.

В то же время многие нормы ГК РФ о банковском счете в полной мере применяются и к договору вклада. Например, это касается ст. 847–849 ГК РФ о порядке осуществления операций по счету (применительно к тем ситуациям, когда по вкладу банк совершает те или иные операции по зачислению средств во вклад или списанию средств с вклада), ст. 853 ГК РФ о зачете встречных требований банка к клиенту и клиента к банку, ст. 856 ГК РФ об ответственности банка за ненадлежащее осуществление операций по банковскому счету, ст. 857 ГК РФ о банковской тайне, ст. 858 ГК РФ об аресте и иных ограничениях распоряжения правами по счету.

3.1. Различия квалифицирующих признаков договора. Так в чем же состоят различия этих договоров с точки зрения ГК РФ, если сравнить простой банковский счет и вклад до востребования? В обоих случаях путем открытия банковского счета учитывается долг банка перед клиентом. В обоих случаях деньги на счет могут зачислять как клиенты (вкладчик), так и третьи лица (в отношении вклада см. ст. 841 ГК РФ), а банк обязан такие переводы принимать и зачислять на счет. В обоих случаях клиент (вкладчик) может произвольно снимать деньги или перечислять их на иной свой счет.

Разница проявляется в том, что банковский вклад по определению предполагает начисление процентов, в то время как банковский счет может такого условия не содержать. Одного этого было бы явно недостаточно для разграничения договоров.

Как представляется, ключевое различие состоит не столько в квалифицирующих признаках, сколько в целевой направленности договоров: договор вклада заключается в целях сбережения, накопления и извлечения пассивных доходов (ренты) в виде процентов, в то время как договор счета мыслится законодателю как договор, который заключается в целях проведения расчетов с третьими лицами. По договору счета банк оказывает клиенту особую услугу в виде проведения расчетных операций не только по зачислению на счет денежных переводов от третьих лиц (это вполне укладывается в модель накопления и сбережения), но и по перечислению денег со счета третьим лицам по распоряжению клиента. Именно эта «услуга» и позволяет законодателю сконструировать договор счета как договор,

по которому проценты не начисляются. Неначисление процентов вполне возможно и даже не делает договор счета безвозмездным, так как в обмен на предоставление банку заимствования в виде остатка по счету клиент получает доступ к крайне важной банковской услуге по проведению расчетов.

Как представляется, именно этот фактор объясняет многие (хотя, безусловно, и не все) различия в регулировании двух указанных видов договоров.

Но здесь возникает вопрос о том, что будет, если стороны заключат договор вклада до востребования с условием об обязанности банка принимать и исполнять распоряжения вкладчика по перечислению денег третьим лицам. Не превратит ли это данный договор в договор банковского счета? Вопрос не вполне однозначный.

Комментируемый пункт прямо запрещает фиксировать такое обязательство банка в договоре вклада, заключенном с юридическим лицом (см. п. 3.2 комментария к настоящей статье). Но из закона следует, что в договоре вклада с физическим лицом такое условие вполне можно предусмотреть. Применительно к вкладу граждан грань между счетом и вкладом предельно размывается.

Тонкость границы между этими конструкциями иллюстрирует и то, что сейчас многие банки предлагают гражданам «хранить» деньги не на вкладах до востребования, а на «сберегательных» («накопительных») банковских счетах. И наоборот, мыслимо развитие практики заключения с гражданами договоров вклада до востребования, по которым банки будут осуществлять полноценное обслуживание распоряжений вкладчика о перечислении денег третьим лицам, как если бы речь шла о простом банковском лицевом счете.

В итоге создается впечатление, что дифференцированное регулирование указанных видов договора — вопрос как минимум несколько спорный. Возможно, если бы ГК РФ писался сейчас, стоило бы разработать единый правовой институт банковского счета, внутри которого допускались бы как срочные варианты, используемые с целью извлечения повышенных процентов, так и бессрочные варианты до востребования; при этом последние могли бы как предполагать расчетное обслуживание, так и нет.

3.2. *Запрет на перечисление денежных средств с вклада третьим лицам.* С теоретической точки зрения указанный в комментируемом пункте запрет юридическим лицам осуществлять перечисление денежных средств с вклада другим лицам может вызывать сомнения. Этот запрет не направлен ни на защиту интересов вкладчика, ни на защиту интересов банка. Если бы он касался всех вкладов, можно было бы

предположить, что данный запрет направлен на более жесткое разграничение договоров вклада и банковского счета. Но в сложившейся ситуации, когда закон не запрещает банкам предоставлять полноценный пакет услуг по сопровождению расчетов с третьими лицами в привязке к счету, на котором вклад разместило физическое лицо, проявление такой принципиальности в отношении вкладов юридического лица крайне сомнительно.

Не вполне понятно и последствие нарушения данного запрета. Является ли положение договора о праве вкладчика давать распоряжения банку на перевод денег с вклада на счета третьих лиц ничтожным? Или просто наличие такого условия договора несовместимо с конструкцией вклада и приводит к перекалфикации договора, заключенного с юридическим лицом, в отношении по договору счета? Вопрос пока не решен.

В судебной практике возникал вопрос о том, означает ли указанный запрет также и запрет уступки прав по договору банковского вклада (депозита). Было установлено, что эта норма не лишает вкладчика возможности уступить третьему лицу свое право требования к банку о выплате вклада по договору об уступке требования (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 февраля 2000 г. № 6041/97). Указанный запрет не препятствует и зачету в отношениях с банком (Письмо Банка России от 24 февраля 2010 г. № 15-1-3-9/794).

До 1 июня 2018 г. норма о запрете перечисления денежных средств с депозита юридического лица другим лицам не имела исключений. Действующая редакция устанавливает, что такое перечисление допускается в случаях, предусмотренных законом. Под указанное исключение, например, подпадают перечисления, связанные с обращением взыскания на депозит юридического лица различными государственными органами (судебными приставами-исполнителями, налоговыми и таможенными органами), а также перечисления в пользу иных взыскателей по исполнительным документам.

4. Вклады и иные кредитные организации. Сочетание активных (выдача кредитов) и пассивных (привлечение средств во вклады и на обычные счета) операций характерно именно для банковской деятельности. Между тем подобной деятельностью занимаются также и иные кредитные организации. Терминология, используемая в ГК РФ, равно как отраслевое банковское законодательство, позволяют заключить, что «кредитная организация» является родовым понятием, включающим в себя как банки, так и небанковские кредитные организации. Небанковские кредитные организации,

в отличие от банков, правомочны совершать лишь некоторые, но не все банковские операции, однако в той части, в которой они вправе осуществлять соответствующие операции, они действуют так же, как и банки (кредитные организации).

Некоторые из этих небанковских кредитных организаций в соответствии с законом (п. 2 ч. 5 ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности) имеют право принимать во вклады денежные средства от юридических лиц, но не граждан (инструкция Банка России от 21 ноября 2017 г. № 182-И «О допустимых сочетаниях банковских операций небанковских кредитных организаций, осуществляющих депозитно-кредитные операции, об обязательных нормативах небанковских кредитных организаций, осуществляющих депозитно-кредитные операции, и об осуществлении Банком России надзора за их соблюдением»). Кроме того, комментируемая норма прямо указывает на то, что небанковские кредитные организации могут привлекать вклады исключительно юридических лиц.

Статья 835. Право на привлечение денежных средств во вклады

1. Право на привлечение денежных средств во вклады имеют банки, которым такое право предоставлено в соответствии с разрешением (лицензией), выданным в порядке, установленном в соответствии с законом.

2. В случае принятия вклада от гражданина лицом, не имеющим на это права, или с нарушением порядка, установленного законом или принятыми в соответствии с ним банковскими правилами, вкладчик может потребовать немедленного возврата суммы вклада, а также уплаты на нее процентов, предусмотренных статьей 395 настоящего Кодекса, и возмещения сверх суммы процентов всех причиненных вкладчику убытков.

Если таким лицом приняты на условиях договора банковского вклада денежные средства юридического лица, такой договор является недействительным (статья 168).

3. Если иное не установлено законом, последствия, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, применяются также в случаях:

привлечения денежных средств граждан и юридических лиц путем продажи им акций и других ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным;

привлечения денежных средств граждан во вклады под векселя или иные ценные бумаги, исключаяющие получение их держателями вклада по первому требованию и осуществление вкладчиком других прав, предусмотренных правилами настоящей главы.

Комментарий

1. Требование к стороне, принимающей вклад. Пожалуй, любое общество заинтересовано в стабильности банковской системы в целом и каждого банка в отдельности. Рыночные механизмы обеспечения такой стабильности могут быть подвержены сбоям, поэтому для достижения надежности банковской системы в этой области наблюдается сильное вмешательство публичного права. Последнее выражается в установлении требования о лицензировании не только самой банковской деятельности, но и одного из наиболее чувствительных к рискам сегмента – вкладных операций. Не каждый банк (небанковская кредитная организация) вправе привлекать денежные средства во вклады. Такое право на основании закона принадлежит лишь тем банкам, которые имеют соответствующее разрешение (лицензию).

Порядок лицензирования банковской деятельности наряду с порядком их государственной регистрации установлен в гл. II Закона о банках и банковской деятельности.

Естественно, данная норма ни в коей мере не блокирует право любого индивида или организации брать деньги взаймы или привлекать кредиты на ту сумму и столько раз, сколько ему захочется, если он найдет желающих предоставить ему заем или кредит. Без необходимой лицензии и не имея статус банка или небанковской кредитной организации, нельзя открывать вклады, в которых заемный элемент неминуемо сочетается с учетом долга на специальном банковском счете.

В то же время здесь следует иметь в виду, что, если лицо на систематической основе привлекает займы (кредиты), а полученные средства предоставляет в заем третьим лицам под процент (т.е. использует характерное для банковской деятельности сочетание пассивных и активных заемных операций и тем самым выступает в роли финансового посредника), такое лицо, не имея соответствующей лицензии, может быть обвинено в занятии незаконной банковской деятельностью и привлечено к уголовной ответственности (ст. 172 УК РФ).

2. Последствия принятия вкладов без необходимого разрешения. Ограничение на прием вкладов лицами, не имеющими на это соответствующего разрешения (лицензии), требует от правопорядка реакции на случай нарушения данного ограничения. Комментируемый пункт посвящен соответствующим санкциям. Но прежде следует разобраться, о каких ситуациях идет речь.

Очевидно, что закон имеет в виду ситуацию, когда банк или иная кредитная организация, которые, как минимум в теории, могут от-

крывать банковские счета, лишены права привлекать деньги во вклад, не имея соответствующей лицензии, но делают это, вводя в заблуждение клиентов.

Также норма, вероятно, может применяться и тогда, когда лицо, не являющееся ни банком, ни кредитной организацией, вводит клиентов-граждан в заблуждение насчет своего статуса и объявляет о принятии денег именно *во вклад*. Впрочем, о подобных случаях нам ничего неизвестно, и вопрос может обсуждаться.

О возможности применения санкций, установленных в комментируемом пункте, к некоторым иным ситуациям привлечения денежных средств под процент см. п. 2.1 комментария к настоящей статье и комментарий к п. 3 ст. 835 ГК РФ.

2.1. Вклады, вносимые гражданами. В самих предусмотренных в комментируемом пункте нормах проявляется внутренний дуализм гражданского закона: для договоров с гражданами санкцией выступает предоставление вкладчику права на немедленный возврат незаконного вклада с взысканием штрафной неустойки в виде процентов по правилам ст. 395 ГК РФ, помимо убытков; для договоров с участием юридических лиц — ничтожность договора.

Сделка по принятию вклада не имеющим на это право лицом противоречит закону и посягает на публичные интересы. Она была бы ничтожной, если бы комментируемый пункт не устанавливал в соответствии с п. 2 ст. 168 ГК РФ другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки, для случаев принятия неуправомоченным лицом вкладов граждан. Немедленный возврат вклада, строго говоря, не вполне является санкцией, поскольку такое право есть у любого вкладчика-гражданина. Видимо, это правомочие вкладчика наряду с сохранением силы договора следует толковать в том смысле, что такой возврат вклада не влияет на договорное право вкладчика по незаконному вкладу в отношении причитающихся ему по договору процентов. Они должны начисляться с момента внесения вклада и до момента его фактического возврата в полном объеме в предусмотренном договоре размере. При этом, видимо, здесь не должно применяться правило п. 5 ст. 837 ГК РФ о пересчете процентов при досрочном снятии срочного вклада. При отсутствии в договоре условия о размере процентов такие проценты должны начисляться в размере ключевой ставки (п. 1 ст. 838 и п. 1 ст. 809 ГК РФ).

Естественно, сохранение в силе договора не означает, что весь его правовой эффект возникает. Так, например, если организация не вправе открывать не только вклад, но и банковские счета, то комментируемая норма не означает, что такой счет реально открыт. Также

ни о каком распространении на такой «вклад» системы страхования вкладов речь идти не может.

По сути, в контексте ситуации, когда во вклад принимает средства граждан лицо, которое не вправе даже открыть банковский счет, комментируемая норма говорит о конверсии незаконного договора вклада в договор займа до востребования с приоритетным применением к заключенному договору норм ГК РФ о вкладах, за исключением тех, которые тесно увязаны с банковским счетом. Этот вывод предопределяется тем, что открытие счета является квалифицирующим признаком вклада, который отличает этот договор от обычного договора процентного займа, по которому заемщиком является банк. Соответственно, если счет не открывается, говорить о полноценном вкладе затруднительно.

Логика описанного правила, видимо, такова. Сделка не соответствует требованиям к нормальному договору банковского вклада по субъектному критерию, но гражданин рассчитывал на применение правового режима вклада. Формально и лицо, получившее деньги, было готово связать себя режимом вкладной сделки, раз уж привлекало деньги граждан якобы во вклад. Соответственно, во имя обеспечения разумных ожиданий гражданина закон предписывает конверсию незаконной сделки в сделку, которая будет подчиняться правовому режиму вклада с некоторыми модификациями (отсутствие счета, невключение в систему страхования вкладов и т.п.), а в качестве санкции предусматривает взыскание штрафной неустойки и убытков.

Если же средства гражданина во вклад привлекло лицо, не имеющее на это право, но имеющее право открывать гражданам обычные счета, говорить о конверсии договора в заем до востребования нет смысла. Такой договор сохраняет статус договора вклада, поскольку закон не объявляет его ничтожным, вкладчик вправе требовать досрочного возврата вклада и уплаты процентов, но дополнительно имеет право на начисление еще и процентов по правилам ст. 395 ГК РФ в качестве меры ответственности и взыскания убытков.

Упомянутая в комментируемом пункте обязанность по уплате процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ, носит охранительный характер и может быть квалифицирована в качестве установленной законом неустойки за незаконное привлечение вкладов. Законодатель вряд ли имел в виду, что эти проценты, установленные за нарушение денежного обязательства, начисляются за использование привлеченного незаконно вклада вместо согласованной сторонами ставки процента по вкладу. Соответственно, логично исходить из того, что эти проценты начисляются в дополнение к согласованным процентам по вкладу.

Более того, согласно комментируемой специальной норме эта законная неустойка является штрафной, т.е. может быть взыскана сверх суммы убытков. Поскольку незаконное привлечение вклада нарушает права вкладчика с момента принятия денежных средств во вклад, названные проценты начисляются с момента передачи (перечисления) незаконно привлеченной денежной суммы.

По сути, здесь мы имеем дело с не вполне типичным явлением: законодатель устанавливает законную неустойку не за нарушение обязательства, а за неправомерное заключение договора, причем неустойку, которую одна сторона должна платить другой в виде пени за каждый день существования договорной связи до тех пор, пока обманутый «вкладчик» не решит прекратить возникшее положение дел.

Вместе с тем даже такая на первый взгляд существенная санкция, применяемая кумулятивно с договорными процентами, не представляется адекватной для рассматриваемого нарушения, а права вкладчика взысканием согласованных процентов, увеличенных на сумму законной неустойки в размере ключевой ставки, не могут быть восстановлены экономически справедливым образом. Естественно, в большинстве случаев человек не согласился бы отдать свои деньги в долг компании, не являющейся банком и не имеющей лицензии, по той же ставке, по которой он был бы готов вложить деньги во вклад. Очень вероятно, что даже прибавление к согласованным процентам ключевой ставки ситуацию не исправляет. Более того, суммирование обычного процента по вкладу и ключевой ставки Банка России, применяемой при расчете неустойки по правилам ст. 395 ГК РФ, на момент написания настоящего текста дает процент, который ниже средних ставок по банковскому кредиту. Таким образом, получается, что откровенно недобросовестное лицо в результате своего мошенничества привлекает средства по цене ниже той, которую оно платило бы, получив деньги в кредит. Поэтому здесь может быть бесполезным указание в комментируемой норме на право взыскания убытков в штрафном по отношению к неустойке формате (т.е. кумулятивно с суммой неустойки, а не в зачетном с ней соотношении).

Доказать убытки в описанной ситуации будет не так просто. Но, как представляется, в этом случае имеются все основания для применения абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ, в соответствии с которым, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, чье право нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы. Соответственно, если лицо незаконно привлекло вклад и получало в связи с этим доход, например в виде получения процентов по выданным

займам (кредитам), эти доходы составляют сумму убытков вкладчика. Сравнение прав гражданина по незаконному вкладу и прав юридического лица (см. п. 2.2 комментария к настоящей статье) показывает, что догматически они защищают интересы вкладчиков различным образом, что может приводить к неравенству, причем к такому, когда права гражданина защищаются хуже, чем права юридического лица. Дело в том, что согласно буквальному смыслу абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ вкладчик может претендовать на взыскание упущенной выгоды в размере не меньшем, чем полученные его контрагентом в результате привлечения вклада доходы, тогда как в силу кондикционного характера притязания юридического лица (ст. 1107 ГК РФ) оно вправе претендовать не только на реально полученные доходы, но также и на доходы, которые должен был извлечь кондикционный должник. Такое различное правовое положение вкладчиков неоправданно, и поэтому в силу конституционного принципа равенства притязание гражданина не должно быть меньшим, чем притязание юридического лица. Иными словами, гражданин также вправе претендовать на вмененный доход контрагента, незаконно привлекшего вклад. Этот вмененный доход может быть рассчитан на основе средних ставок по кредитам.

В отношении требований вкладчика по возврату средств, внесенных по договору незаконного вклада, исковая давность не распространяется (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 июня 2013 г. № 3810/13).

Отдельно следует обсуждать вопрос о недобросовестности вкладчика, который намеренно внес вклад, зная об отсутствии у соответствующего лица права на принятие вкладов. Есть основания думать, что как минимум применение всех указанных в п. 2 ст. 835 ГК РФ санкций (процентов по ст. 395 ГК РФ и убытков) в такой ситуации необоснованно. Более того, при обоюдной недобросовестности, возможно, нет оснований сохранять силу сделки и логично просто констатировать ничтожность сделки по п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Ранее уже отмечалось, что сфера применения правил п. 2 ст. 835 ГК РФ покрывает случаи, когда кредитная организация, не имеющая лицензии на привлечение вкладов, все-таки привлекает их, а также ситуации, когда организация, не являющаяся кредитной организацией вовсе, вводит граждан-потребителей в заблуждение, принимая от них деньги якобы во вклад. Но возникает вопрос о том, что происходит в ситуациях, когда деньги под процент по обычным договорам займа привлекают организации и граждане, которые не только в теории не могут открывать счета и вклады, но и не предлагают внесение именно вклада и учет долга по такому вкладу на специальном банковском счете. Такие ситуации гипотеза правил п. 2 ст. 835 ГК РФ

не покрывает. Вклад – это договор, квалифицирующим признаком которого является учет задолженности на специальном банковском счете. Более того, именно этот признак является ключевым, отграничивающим вклад от обычного процентного займа, предоставляемого банку. Если организация или гражданин берут деньги в долг под процент, но не учитывают свой долг на специальном банковском счете, это просто не вклад, а обычный заем. А если это не вклад, то не срабатывает и гипотеза п. 2 ст. 835 ГК РФ («в случае принятия вклада от гражданина»). Соответственно, норма п. 2 ст. 835 ГК РФ не может применяться к ситуациям привлечения денежных займствований под процент, если из обстоятельств видно, что получатель финансирования и не претендовал на принятие именно вклада и открытие счета для учета своей задолженности, просто получая деньги под обещание в будущем их вернуть с процентом. Иное толкование поставило бы под удар любое привлечение займствований любым участником оборота. Никто не может быть наказан за то, что он часто и много берет в долг.

В то же время есть основания задуматься над тем, не стоит ли распространить комментируемую норму на случаи, когда некто, не являющийся банком или кредитной организацией и не имеющий права на осуществление банковской деятельности, регулярно собирает деньги граждан на началах срочности и начисления процентов, инвестируя данные средства в предоставление процентных займствований третьим лицам, т.е. когда речь идет о незаконном осуществлении таким лицом банковской деятельности. В подобных ситуациях деньги не принимаются во вклад, и займодавец-гражданин, отдавая деньги некредитной организации или даже физическому лицу, чаще всего прекрасно осознает, что ни о каком вкладе речь не идет, но факт незаконной банковской деятельности получателем займствований налицо. Возможна ли в такой ситуации конверсия займа во вкладную операцию с применением всех правил о банковском вкладе (естественно, за вычетом норм о банковском счете, страховании вкладов и иных норм, которые не могут применяться к отношениям с лицом, не являющимся кредитной организацией)?

Примеры реализации такого подхода можно обнаружить в судебной практике (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 20 июня 2013 г. № 3810/13). Совершение такой сделки действительно может нарушать закон. Речь идет и о незаконной банковской деятельности, запрещенной ст. 172 УК РФ, и о п. 6 ст. 807 ГК РФ, согласно которому юридическое лицо не вправе привлекать денежные средства граждан в виде займа под проценты путем публичной оферты либо путем пред-

ложения делать оферту, направленного неопределенному кругу лиц, если законом такому юридическому лицу не предоставлено право на привлечение денежных средств граждан и речь не идет о выпуске облигаций. Но в целом кажется более уместным оставлять саму заемную сделку в силе, не переqualificируя ее искусственно в договор вклада, и ограничиваться применением к лицу, занимающемуся незаконной банковской деятельностью, публично-правовых санкций. Ведь описанная в п. 2 ст. 835 ГК РФ конверсия незаконной сделки во вкладную операцию (впрочем, с усечением некоторых элементов правового режима вклада) с применением дополнительных санкций уместна именно и только потому, что гражданин вносил деньги, думая, что он вносит именно вклад, рассчитывая на права, обычно предоставляемые законом вкладчикам. В описанной же ситуации гражданин ни о каком вкладе не думал и просто дал другому гражданину или юридическому лицу, не являющемуся кредитной организацией, деньги в долг, возможно, даже не догадываясь, что заемщик занимается незаконной банковской деятельностью или нарушает правило п. 6 ст. 807 ГК РФ о запрете публичного привлечения таких займов. Безусловно, в карательных целях применение здесь правил п. 2 ст. 835 ГК РФ может показаться уместным, но с цивилистической точки зрения с учетом отсутствия порока в самой сделке правильнее было бы оставить сделку в силе с тем правовым режимом, на который воля займодавца-гражданина была направлена. Ведь, действительно, в самой сделке займа нет никакого порока, нарушение закона состоит в том, что лицо, не имеющее банковской лицензии, выполняет функции финансового посредника или завлекает займодавцев публичной рекламой.

Тот же вывод справедлив и тогда, когда мы имеем дело с различными финансовыми пирамидами, когда мошенники собирают с людей деньги в долг, обещая высокие проценты, направляя полученные суммы не в реальный бизнес и не в предоставление процентных займов третьим лицам, а в выплаты процентов по ранее привлеченным займам. Здесь с точки зрения уголовного права нет состава незаконной банковской деятельности, скорее, можно говорить о мошенничестве. В любом случае применение конверсии такой заемной сделки во вкладную операцию не вполне вписывается в логику гражданского права. О гражданско-правовых последствиях совершения таких сделок см. комментарий к п. 6 ст. 807 ГК РФ.

2.2. Вклады, вносимые юридическими лицами. Сделка по незаконному привлечению денежных средств юридического лица во вклад ничтожна на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ, как противоречащая прямому законодательному запрету и посягающая на публичные интересы. Последст-

вия реституции заключаются в том, что вкладчик вправе потребовать возврата внесенного во вклад, а получатель такого незаконного вклада обязан вернуть его в порядке реституции. Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 1103 и п. 2 ст. 1107 ГК РФ «вкладчик» вправе, помимо реституции денег, требовать уплаты процентов по ст. 395 ГК РФ, а также в силу п. 1 ст. 1107 ГК РФ доходов, которые извлек или должен был извлечь кондикционный должник, т.е. процентов по выдаваемым им займам (кредитам), а если они не выдавались – процентов в размере, обычно взимаемом по займам, выдаваемым на тот же срок (если такие реальные или вмененные доходы превышают уровень процентов по ст. 395 ГК РФ). Проценты подлежат исчислению за период с момента принятия вклада, поскольку лицо, не имеющее права принимать вклады, не может не знать об отсутствии у него такого права.

Теоретически на основании концепции *favor contractus* можно рассматривать иной вариант, при котором происходит перекалфикация незаконного банковского вклада в договор займа (так называемая конверсия ничтожной сделки). В некоторых случаях это может привести к лучшей защите лица, чьи денежные средства незаконно привлечены, однако такое улучшение защиты займодавца кажется случайным, поскольку всецело зависит от условий договора «займа». Если эти условия предоставляют за счет процентов выплату «вкладчику» значительных сумм, конверсия в заем может оказаться более эффективной мерой защиты «вкладчика» по сравнению с предложенной ранее реституционно-кондикционной защитой. Однако этот вариант толкования не является предпочтительным, поскольку независимо от условий незаконного договора реституционно-кондикционная теория ставит всех «займодавцев» в одинаковое имущественное положение, что соответствует конституционному принципу равенства. Кроме того, перекалфикация незаконного договора вклада в законный договор процентного займа нежелательна, так как будет провоцировать банки к заключению прикрытых займом незаконных вкладов.

Более того, здесь отсутствует ключевой аргумент в пользу конверсии, который, видимо, показался законодателю убедительным в отношении аналогичной ситуации с принятием вкладов граждан, — извинительность незнания гражданина об отсутствии у лица, которому он вверяет свои деньги во вклад, соответствующих правомочий на совершение такой операции. В случае с юридическими лицами оснований проявлять такую заботу о нерадивом вкладчике закон не видит.

3. Расширение сферы применения правил п. 2 ст. 835 ГК РФ. Смысл п. 3 ст. 835 ГК РФ в том, что благодаря ему санкции, установленные

в п. 2 ст. 835 ГК РФ, применяются к ряду ситуаций, которые формально под гипотезу правил п. 2 ст. 835 ГК РФ не подпадают.

Сразу следует сказать, что толкование норм п. 3 ст. 835 ГК РФ крайне неоднозначно, и сложившейся судебной практики практически нет.

3.1. Размещение эмиссионных ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным. Сделки по привлечению банком или иными лицами денежных средств путем продажи эмиссионных ценных бумаг не запрещены. Банк или иная кредитная организация, естественно, могут выпускать и акции (более того, многие банки функционируют в форме публичного акционерного общества), и облигации. Порядок выпуска и регистрации таких ценных бумаг регулируется инструкцией Банка России от 27 декабря 2013 г. № 148-И «О порядке осуществления процедуры эмиссии ценных бумаг кредитных организаций на территории Российской Федерации».

Как же следует понимать данную норму, согласно которой санкции, установленные в п. 2 комментируемой статьи, применяются к случаям привлечения денежных средств граждан и юридических лиц путем продажи им акций и других ценных бумаг, выпуск которых признан незаконным?

Возможны два подхода.

Согласно первому подходу, смысл комментируемой нормы состоит в том, что, если эмиссия банком акций или облигаций признана незаконной по тем или иным основаниям и, соответственно, недействительной признается и сделка приобретения акции или облигации банка (иной кредитной организации), применяются санкции, установленные в п. 2 ст. 835 ГК РФ.

Для случаев первичного приобретения таких бумаг юридическими лицами это, по сути, ничего не меняет: сделка приобретения акции или облигации оказывается ничтожной в силу п. 2 ст. 835 ГК РФ, но она была бы ничтожна и без применения этой нормы. Последующие отчуждения таких ничтожных бумаг никакого распорядительного эффекта не имеют, поскольку отчуждается право, вытекающее из недействительной сделки.

А вот для случаев первичного приобретения эмиссионных ценных бумаг на основании недействительного выпуска гражданами применение п. 2 ст. 835 ГК РФ означает *de facto* конверсию недействительной сделки приобретения эмиссионной ценной бумаги в правоотношения по договору вклада. Соответственно, банк должен немедленно после вскрытия недействительности выпуска бумаг открыть гражданину, купившему такую бумагу при ее размещении, банковский счет и исходить из того, что у вкладчика имеются права, указанные в п. 2 ст. 835

ГК РФ (право на начисление процента и право на досрочное снятие денег с вклада, а также право на начисление штрафной неустойки, рассчитываемой по правилам ст. 395 ГК РФ, и взыскание убытков). Если речь шла о размещении облигаций, процент по такой недействительной облигации должен конвертироваться в процент по вкладу, а срок погашения облигаций – в срок вклада. В случае с акциями процент по вкладу должен определяться из расчета ключевой ставки Банка России (п. 1 ст. 809 и п. 1 ст. 838 ГК РФ), а сам вклад считается не срочным, а действующим до востребования.

При такой интерпретации указанная норма, устанавливающая один из случаев применения доктрины конверсии недействительной сделки, применяется исключительно к случаям, когда признается недействительной эмиссия ценных бумаг банка или иной кредитной организации. Иначе получается абсурдная ситуация. Дело в том, что конверсия выпуска эмиссионных ценных бумаг во вклад невозможна, если бумагу выпустило лицо, не имеющее права привлекать деньги граждан во вклад. Кроме того, если бы норма применялась не только к банкам, то получалось бы, что жесткие последствия, указанные в п. 2 ст. 835 ГК РФ, будут применяться ко всем случаям признания недействительным по любым основаниям выпуска какой-либо компанией эмиссионных ценных бумаг.

Против этого подхода говорит его некоторая непропорциональность. Применение достаточно жестких санкций в виде начисления процентов по ст. 395 ГК РФ и взыскания убытков, явно рассчитанных на случаи мошенничества, не очень соответствует ситуации признания недействительной эмиссии акций или облигаций по любым основаниям.

Возможен и иной подход. Согласно ему данная норма применяется только тогда, когда банк вводит участников оборота в заблуждение, предлагая гражданам и юридическим лицам оформление именно *вклада* посредством выпуска акций или облигаций, и именно этот обман и становится поводом к признанию выпуска таких бумаг незаконным.

Против данного подхода говорит то, что он основан на фантастической фабуле. Трудно себе представить, что банк будет объявлять, что он принимает средства граждан и юридических лиц *во вклад*, выпуская и размещая облигации. И уже тем более нелепа ситуация прикрытия вкладной операции за счет выпуска акций (которые в принципе возвратность средств не обеспечивают, а предоставляют корпоративные права).

В общем надо сказать, что смысл комментируемого правила пока скрыт за завесой тумана. Судебная практика также не проясняет ситуацию.

3.2. Векселя и иные ценные бумаги. В силу комментируемого пункта указанные в п. 2 ст. 835 ГК РФ последствия применяются и к случаям привлечения денежных средств граждан во вклад за счет выдачи векселей или иных ценных бумаг, если из природы таких бумаг следует, что вкладчик-гражданин лишается права получения вклада по первому требованию и возможности осуществления других прав, предусмотренных гл. 44 ГК РФ.

Указание в комментируемой норме на то, что под такие бумаги деньги у граждан должны привлекаться именно «во вклад», подсказывает, что здесь речь вряд ли идет об акциях. При размещении акций ни о каком вкладе речь не идет, поскольку акции не удостоверяют право акционера на возврат вложенных средств, и никакого сходства с вкладом здесь нет в принципе. Иначе ставится под сомнение выпуск банками акций с размещением таких акций в том числе среди граждан, а по сути, и само существование банка в форме акционерного общества. Впрочем, гипотетически можно представить себе применение данной статьи, когда банк вводит граждан в заблуждение, предлагая им вступить в число акционеров и позиционируя такую сделку как аналог вклада, гарантирующую гражданину возврат вложенных средств. В подобной ситуации применение санкций из п. 2 ст. 835 ГК РФ могло бы быть уместным, хотя, конечно, ситуация выглядит очень странно.

Несколько иная ситуация возникает с такими ценными бумагами, которые структурируют привлечение банком или иной кредитной организацией именно долгового, заемного финансирования у граждан. Это в первую очередь векселя, а также облигации. Они действительно теоретически являются альтернативными формами структурирования привлечения банками заимствований и в случае с гражданами могут лишать последних прав, предоставленных им правилами ГК РФ о вкладе (в первую очередь права на досрочный возврат срочного вклада).

Но и здесь все не так просто. В случае с векселями возникает следующий вопрос. Комментируемая норма говорит о привлечении денег граждан «во вклад». Это положение может навести на мысль, что закон имеет в виду только такую ситуацию, когда банк или иная кредитная организация позиционирует заключаемую с гражданином сделку именно как вклад, пытаясь удостоверить права гражданина путем выдачи не сберегательного сертификата (выдача которого предусмотрена специальными нормами закона), а векселя и тем самым скрытым образом лишить вкладчика-гражданина каких-либо правовых гарантий, которые дают ему нормы ГК РФ о вкладах. При таком узком подходе

(т.е. к случаям введения граждан в заблуждение) сам факт привлечения банком (иной кредитной организацией) у гражданина займа под выдачу векселя еще не означает нарушение закона и не влечет применение санкций, указанных в п. 2 ст. 835 ГК РФ.

Но возможен и более широкий подход, при котором применение санкций из п. 2 ст. 835 ГК РФ будет предписано для всех случаев привлечения банками средств граждан под векселя, даже если никаких намеков на вкладной характер операции банк не делал и, соответственно, в заблуждение граждан напрямую не вводил. Такая банковская практика может выглядеть как элементарный обход правил о вкладах: далеко не все граждане осознают нюансы правового режима вклада и смогут отличить сберегательный сертификат от векселя, поэтому теоретически банки могут начать продвигать на рынок новый продукт в виде вексельного займа, не делая никаких намеков на то, что деньги размещаются во вклад. Применение санкций, установленных в п. 2 ст. 835 ГК РФ, может теоретически обеспечить защиту неискушенных граждан и превенцию развития таких нестандартных банковских продуктов для граждан.

Релевантной судебной практики, которая подтверждала бы широкую или узкую интерпретацию комментируемой нормы, обнаружить не удалось. Но, возможно, есть смысл придерживаться компромиссной позиции: предложение кредитной организацией гражданам такого финансового «продукта» на широкой основе незаконно, представляет собой обход закона и будет влечь применение правил п. 2 ст. 835 ГК РФ (даже если намеков на вкладной характер операции банк не делает и напрямую граждан в заблуждение не вводит), но привлечь разовый заем от гражданина (например, своего акционера или бенефициара) под вексель на индивидуальных условиях кредитная организация может.

Встает вопрос и о первичном размещении банком или иной кредитной организацией среди граждан облигаций. Дело в том, что к эмиссионным ценным бумагам напрямую относится предыдущий указанный в п. 3 ст. 835 ГК РФ случай, и там прямо указано, что правила п. 2 ст. 835 ГК РФ применяются, только если выпуск таких бумаг признан по тем или иным основаниям недействительным. Следует ли из этого, что само по себе размещение банком или иной кредитной организацией облигаций, в том числе среди граждан, законно и не должно влечь конверсию по правилам п. 2 ст. 835 ГК РФ? Вопрос спорный. На практике банки (включая госбанки) размещают облигации в том числе среди граждан. Из текста ряда положений Инструкции Банка России от 27 декабря 2013 г. № 148-И также следует, что Банк России

считает практику размещения банками облигаций среди физических лиц законной. В таких условиях, возможно, санкции, указанные в п. 2 ст. 835 ГК РФ, могут применяться к банку только тогда, когда он вводит граждан в заблуждение и пытается убедить их, что приобретение облигации равнозначно размещению вклада, или даже не совершает достаточных действий для того, чтобы разъяснить гражданам, в чем состоит различие облигационной и вкладной форм предоставления банку займов, а также что на первую из указанных форм страховая защита в рамках системы страхования вкладов не распространяется. Последний, более узкий подход применительно к случаям с облигациями выглядит логично.

Какой бы подход ни был выбран, исключение из-под действия комментируемого правила случаев привлечения банком или иной кредитной организацией денежных средств юридических лиц под выдачу векселей или иных ценных бумаг означает, что банк вполне может вместо привлечения денег юридических лиц во вклад привлекать от таких лиц займы под векселя и любые иные ценные бумаги, и такие сделки вполне законны, если иное не следует из каких-либо специальных норм закона.

3.3. Привлечение кредитной организацией денег граждан на возвратной основе в рамках обычного займа. Но что, если речь идет о привлечении банком денег граждан под процент не в формате выпуска ценных бумаг, а в рамках обычного займа? В Определении КГД ВС РФ от 22 августа 2003 г. № 4-В03-24 Суд косвенно допустил законность такой сделки (согласившись с позицией нижестоящих судов о том, что «гражданское законодательство не содержит в себе запрета на заключение договора займа между физическим лицом и банком, в котором заимодавцем является не кредитная организация, а гражданин»). Тем не менее здесь возникает тот же сложный вопрос, который ранее в п. 3.2 комментария к настоящей статье был озвучен применительно к ситуации привлечения банком займов граждан под вексель или выпуск облигаций. Дело в том, что комментируемая норма говорит о запрете оформлять за счет ценной бумаги привлечение денег граждан «во вклад». Соответственно, возможны две позиции.

Если мы применительно к вышеописанной ситуации, как минимум с привлечением денег граждан под вексель, будем игнорировать фразу «во вклад» и жестко запрещать вексельную модель привлечения кредитной организацией заемного финансирования у граждан, то есть все основания толковать таким образом понятую норму расширительно и исходить из того, что кредитные организации в принципе не могут брать займы у граждан (даже у своих акционеров). И действительно,

нет никакого смысла запрещать обход правил о вкладах за счет вексельного оформления займа и не делать того же самого при обходе тех же правил посредством обычного займа. Тем самым свобода выбора правовой формы привлечения денежных средств гражданами банками при таком подходе жестко ограничивается, а правопорядок противится обходу правил о вкладных операциях за счет оформления процентных займов. Логика такого подхода такова: в противном случае вся система норм о вкладах, которая с очевидностью делает упор на защиту слабой стороны — вкладчика, не имела бы никакого охранительного значения, поскольку банки с легкостью привлекали бы денежные средства граждан, заключая обычные договоры процентного займа вместо заключения договоров банковского вклада.

Если же мы в описанной в п. 3.2 комментария к настоящей статье коллизии с векселем будем серьезно относиться к фразе «во вклад» и допускать применение правил п. 2 ст. 835 ГК РФ только тогда, когда кредитная организация позиционировала сделку именно как вклад или аналог вклада, но оформляла операцию выдачей векселя, то расширительное толкование п. 3 ст. 835 ГК РФ, из которого следует запрет на привлечение банками денег граждан по обычному процентному займу, следует отменить.

Данный вопрос пока в судебной практике не вполне прояснен. Нам представляется более уместным с политико-правовой точки зрения использовать первый, более жесткий вариант, как минимум для тех случаев, когда банк пытается на постоянной основе продвигать такой альтернативный вкладу «продукт» среди широкого круга граждан. В то же время жестко запрещать ситуации, когда кредитная организация на разовой основе по индивидуально согласованной сделке получит в заем деньги от гражданина (например, своего ключевого акционера, который пытается таким образом докапитализировать банк в сложной финансовой ситуации), возможно, не стоит.

Как бы то ни было, это ограничение ни в коем случае не применяется к ситуациям предоставления банку оформленных как путем выдачи векселя, так и по обычному договору займа заимствований юридическими лицами. Это напрямую следует из положений комментируемой нормы. Тем более ничто из вышесказанного не означает, что банки не могут привлекать кредиты других банков. Комментируемая норма ГК РФ говорит лишь о запрете привлекать деньги *граждан* во вклад под векселя и иные ценные бумаги; соответственно, даже если признать разумным расширение сферы ее применения на обычные процентные займы, нет необходимости расширять сферу ее действия и по субъектному составу.

Статья 836. Форма договора банковского вклада

1. Договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме.

Письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада удостоверено сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным выданным банком вкладчику документом, отвечающим требованиям, предусмотренным для таких документов законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями.

2. Несоблюдение письменной формы договора банковского вклада влечет недействительность этого договора. Такой договор является ничтожным.

Комментарий

1. Письменная форма договора вклада. Закон требует соблюдения письменной формы для договора банковского вклада. Из общих положений ГК РФ следует, что требованию заключения договора в письменной форме соответствуют следующие случаи:

а) заключение договора в форме составления одного документа, подписанного сторонами;

б) заключение договора путем обмена письменными офертой и акцептом, включая обмен письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 1 ст. 433 и п. 2 ст. 434 ГК РФ);

в) внесение вклада в ответ на письменную оферту банка (п. 3 ст. 434 и п. 3 ст. 438 ГК РФ).

Но проблема состоит в том, что в соответствии со ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности, вступившей в силу после появления в ГК РФ общих правил о заключении договоров (ст. 434, 438 ГК РФ), привлечение средств во вклады оформляется договором в письменной форме в двух экземплярах, один из которых выдается вкладчику. Эта норма недвусмысленно исходит из того, что договор вклада должен оформляться путем составления одного документа, подписанного сторонами. Данное положение трудно объяснить логически. В то же время следует иметь в виду, что ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности, устанавливающая это дополнительное требование к письменной форме договора вклада, не устанавливает

ничтожность в качестве санкции за нарушение данного требования. Соответственно, в силу общего правила ст. 160 и 162 ГК РФ договор вклада, оформленный в письменной форме в результате обмена письменными документами или акцепта конклюдентными действиями письменной оферты, будет считаться заключенным и действительным. Применимое же в силу ст. 160 и п. 1 ст. 162 ГК РФ правило о запрете ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта заключения договора в данном контексте никакого значения не имеет: факт заключения договора будет доказан и без использования свидетельских показаний.

Стоит также обратить внимание на следующее: комментируемый пункт предусматривает, что письменная форма может считаться соблюденной и в следующих случаях:

- а) внесение вклада, удостоверенного сберегательной книжкой;
- б) внесение вклада, удостоверенного сберегательным или депозитным сертификатом;
- в) внесение вклада, удостоверенного документом, отвечающим требованиям, предусмотренным для таких документов законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями (для внесения вклада наличными — чаще всего приходным кассовым ордером).

По сути, эти документы, выдаваемые вкладчику в подтверждение получения вклада, по своей природе близки к расписке, которая в силу п. 2 ст. 808 ГК РФ может выступать в качестве письменной формы договора займа. С учетом очевидного родства таких договоров это неудивительно.

Данные нормы также не вписываются в положения ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности о составлении договора в виде единого документа в двух экземплярах, но здесь проблема решается просто. Комментируемое положение ГК РФ вступило в силу позже ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности, а значит, в силу принципа *lex posterior derogat priori* имеет приоритет.

1.1. Электронная форма. Развитие современных технологий постепенно вымещает «бумажный» вариант письменной формы договора, заменяя ее электронным взаимодействием (обменом электронными документами). Современные банковские технологии предлагают ранее идентифицированным банком клиентам специальные программы (в том числе мобильные), которые позволяют с их помощью открыть счет или вклад, воспользовавшись интерфейсом такой программы. Формально-юридически такой договор считается заключенным в письменной форме посредством обмена электронными документами (п. 2

ст. 434 ГК РФ) (подробнее см. комментарий к ст. 808 ГК РФ). Но данная форма приходит в противоречие с нормой ст. 36 Закона о банках и банковской деятельности, согласно которой договор вклада оформляется в двух экземплярах, один из которых выдается вкладчику, поскольку данная норма явно имеет в виду исключительно бумажный вариант оформления договора. Это лишь подчеркивает устаревший характер рассматриваемой нормы. Возможно, в современных условиях есть смысл толковать ее не буквально и игнорировать указание на «экземпляры».

1.2. Спорные случаи оформления вклада. В судах нередко возникают споры о заключенности договора вклада, когда лицо предъявляет к банку требование о возврате вклада, а банк отрицает факт получения вклада (аналог споров о безденежности займа).

Рассмотрение таких споров приводит к формированию ряда правовых позиций. Так, судебная практика исходит из того, что согласно положениям ст. 834, 843 ГК РФ при наличии в распоряжении гражданина сберегательной книжки обязанность по доказыванию факта отсутствия договора и обязанности по выдаче денежных средств, отраженных в такой книжке, лежит на банке (Определение КГД ВС РФ от 29 мая 2018 г. № 5-КГ18-85). Аналогичная позиция признается в практике и в отношении случая нахождения расписки, подтверждающей получение займа, у займодавца (см. комментарий к ст. 808 ГК РФ).

В судебной практике также возникают споры о соблюдении требования закона о письменной форме договора банковского вклада в тех случаях, когда прием вклада был оформлен выдачей не сберегательной книжки, сберегательного или депозитного сертификата или документа, отвечающего требованиям, предусмотренным для таких документов законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями, а иным документом. Этот вопрос обычно всплывает тогда, когда вкладчик предъявляет к банку требование о возврате вклада или требование о выплате страхового возмещения при банкротстве банка, но выясняется, что в документации банка данный вклад не числится, а средства от вкладчика приняли недобросовестные сотрудники банка или вовсе неустановленные лица. Речь идет как о фиктивных документах и недобросовестности таких «вкладчиков», которые реально деньги во вклад не вносили, так и о вкладчиках, которые действительно думали, что вносят деньги во вклад, с ними оформлялись соответствующие документы в офисе банка, но сотрудники банка счет вкладчику не открывали, а деньги держали в «черной кассе», о чем вкладчик не имел представления.

По вопросу о форме документов в практике КС РФ был установлен следующий подход: перечень документов, которые могут удостоверять факт заключения договора банковского вклада, не является исчерпывающим; внесение денежных средств на счет банка гражданином-вкладчиком, действующим при заключении договора банковского вклада разумно и добросовестно, может доказываться *любыми* выданными ему банком документами (Постановление КС РФ от 27 октября 2015 г. № 28-П). Иначе говоря, указанная правовая позиция КС РФ формально допускает подтверждение внесения вклада любыми выданными вкладчику документами, а не только теми, которые установлены законом, банковскими правилами или обычаями, как это предусмотрено в комментируемом пункте. При этом, однако, сделана оговорка о допустимости такого доказательства лишь при разумности и добросовестности действий вкладчика-гражданина.

Данный подход кажется логичным, так как вкладчик-гражданин в большинстве случаев не знает о том, какие документы принято выдавать в подтверждение принятия вклада в обычаях и банковской практике.

Но нередко в основе позиции банка об отсутствии факта получения вклада лежит аргумент о том, что сам вклад от имени банка оформил и (или) принятие наличных денег от вкладчика подтвердил путем выдачи соответствующего документа не уполномоченный на то сотрудник. На этот счет в том же Постановлении КС РФ от 27 октября 2015 г. № 28-П отмечено, что суд не вправе квалифицировать, руководствуясь п. 2 ст. 836 ГК РФ во взаимосвязи со ст. 166 ГК РФ, как ничтожный или незаключенный договор банковского вклада с гражданином на том лишь основании, что он заключен неуполномоченным работником банка и в банке отсутствуют сведения о вкладе (об открытии вкладчику счета для принятия вклада и начисления на него процентов, а также о зачислении на данный счет денежных средств) в тех случаях, когда — принимая во внимание особенности договора банковского вклада с гражданином как публичного договора и договора присоединения — разумность и добросовестность действий вкладчика (в том числе применительно к оценке предлагаемых условий банковского вклада) при заключении договора и передаче денег неуполномоченному работнику банка не опровергнуты. В таких случаях бремя негативных последствий должен нести банк, в частности, создавший условия для неправомерного поведения своего работника или предоставивший неуполномоченному лицу, несмотря на повышенные требования к экономической безопасности банковской деятельности, доступ в служебные помещения банка, не осуществивший должный

контроль за действиями своих работников или наделивший полномочиями лицо, которое воспользовалось положением работника банка в личных целях, без надлежащей проверки. На гражданина-вкладчика, не обладающего профессиональными знаниями в сфере банковской деятельности и не имеющего реальной возможности изменить содержание предлагаемого от имени банка набора документов, необходимых для заключения данного договора, возлагается лишь обязанность проявить обычную в таких условиях осмотрительность при совершении соответствующих действий (заключить договор в здании банка, передать денежные суммы работникам банка, получить в подтверждение совершения операции, опосредующей их передачу, удостоверяющий этот факт документ). По мнению КС РФ, если гражданин-вкладчик, учитывая обстановку, в которой действовали работники банка, имел все основания считать, что полученные им в банке документы, в которых указывается на факт внесения им денежных сумм, подтверждают заключение договора банковского вклада и одновременно удостоверяют факт внесения им вклада, такой гражданин должен быть защищен, и следует исходить из того, что у него есть действительное притязание к банку (Постановление КС РФ от 27 октября 2015 г. № 28-П).

Иначе говоря, КС РФ указал на необходимость применения к этим отношениям правил ст. 182 ГК РФ о полномочиях из обстановки, для констатации которых требуются учет всех обстоятельств совершения сделки (в первую очередь заключение договора в офисе банка), типичность условий сделки, наличие у гражданина-вкладчика разумных оснований полагаться на то, что он имеет дело с уполномоченными сотрудниками банка, и отсутствие признаков недобросовестности. Данный подход кажется достаточно гибким и вполне уместным.

В результате этого практика судов по такого рода спорам сейчас сводится к оценке разумности и добросовестности вкладчика и наличия оснований для применения доктрины полномочий из обстановки (см., например: определения КЭС ВС РФ от 14 июня 2016 г. № 305-ЭС15-17704, от 28 апреля 2016 г. № 305-ЭС14-5119; Определение КГД ВС РФ от 13 декабря 2016 г. № 19-КГ16-33). Анализируя все обстоятельства дела, суды пытаются отделить случаи, когда истец действительно передавал наличные средства банку, а невнесение их на счет являлось следствием неправомерного поведения сотрудников банка, от попыток взыскать с банка суммы, которые ранее истец банку не передавал, на основании фиктивных документов.

2. Ничтожность при нарушении требования письменной формы. Правопорядок устанавливает крайнюю реакцию для случая несоблюдения

формы договора банковского вклада — его ничтожность. Этот вывод следует из буквального толкования закона и не должен вызывать у судов каких-либо сомнений (это подтверждает и п. 73 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Стандартизация банковского дела обычно служит залогом соблюдения требований закона о форме договора банковского вклада, поэтому массового уничтожения таких договоров по мотиву нарушения правила о форме договора на практике не наблюдается.

Статья 837. Виды вкладов

1. Договор банковского вклада заключается на условиях выдачи вклада по требованию (вклад до востребования) либо на условиях возврата вклада по истечении определенного договором срока (срочный вклад). Договором может быть предусмотрено внесение вкладов на иных не противоречащих закону условиях их возврата.

2. По договору вклада любого вида, заключенному с гражданином, банк в любом случае обязан выдать по первому требованию вкладчика сумму вклада или ее часть и соответствующие проценты (за исключением вкладов, внесение которых удостоверено сберегательным сертификатом, условия которого не предусматривают право вкладчика на получение вклада по требованию).

3. Сроки и порядок выдачи суммы вклада или ее части и соответствующих процентов юридическому лицу по договору вклада любого вида определяются договором банковского вклада.

4. Условие договора об отказе гражданина от права на получение срочного вклада или вклада до востребования по его требованию ничтожно, за исключением случая, когда внесение вклада удостоверено сберегательным сертификатом, условия которого не предусматривают право вкладчика на получение вклада по требованию.

5. В случаях, когда срочный вклад возвращается вкладчику по его требованию до истечения срока либо до наступления иных обстоятельств, указанных в договоре банковского вклада, проценты по вкладу выплачиваются в размере, соответствующем размеру процентов, выплачиваемых банком по вкладам до востребования, если договором банковского вклада не предусмотрен иной размер процентов.

6. В случаях, когда вкладчик не требует возврата суммы срочного вклада по истечении срока либо по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, договор считается продленным на условиях вклада до востребования, если иное не предусмотрено договором.

7. В случае, когда внесение вклада удостоверено сберегательным или депозитным сертификатом, все права по договору банковского вклада принадлежат владельцу соответствующего сертификата.

Комментарий

1. Виды вкладов. Комментируемое правило разделяет все вклады на две группы: 1) вклады до востребования и 2) срочные вклады. В отношении вкладов до востребования до 1 июня 2018 г. устанавливалось, что банк обязан выдать вклад по первому требованию. Действующая редакция не содержит такой модус требования, как «первое». Однако в соответствии с п. 2 комментируемой статьи для договоров с гражданами банк по-прежнему обязан выдать вклад по первому требованию, если только права по вкладу не удостоверены сберегательным сертификатом. Юридические лица и публично-правовые образования вправе получить вклад до востребования по требованию, но не немедленно. Срок выдачи вклада в этом случае должен определяться как разумный, если только в договоре не согласован иной срок. Последний не должен быть столь продолжительным, чтобы превращать вклад до востребования в срочный вклад.

1.1. Срочный вклад. Срочные вклады могут подразделяться по модусу определения срока (ст. 190 ГК РФ: наступление даты; истечение периода; наступление обстоятельства, обладающего свойством неизбежности) или по различной его продолжительности. Сроки обычно варьируются от нескольких месяцев до нескольких лет. Соответственно, чем больше продолжительность вклада, тем больше ставка процентов.

Обязательство банка по возврату вклада в отношении срочного вклада следует отграничивать от общего правила об исполнении обязательств в установленный срок (п. 1 ст. 314 ГК РФ). Дело в том, что по окончании срочного вклада банк не вправе по собственной инициативе, т.е. без волеизъявления вкладчика, вернуть ему вклад (см. п. 6 ст. 837 ГК РФ). После истечения срока вклада до тех пор, пока вкладчик не заберет вклад, вклад будет считаться находящимся у банка в режиме вклада до востребования. Срок в таком виде вклада сдерживает вкладчика от досрочного изъятия вклада, поскольку обычно он теряет в размере процентного обязательства (п. 5 комментируемой статьи).

1.2. Вклад до востребования. Договорные модели обязательственного права, которые предусматривают исполнение обязательства должником по требованию кредитора, достаточно широко распространены на практике. Применительно к срокам исполнения обязательства этот

модус исполнения (исполнение по востребованию) выступает общим правилом для обязательств, которые не предусматривают срока их исполнения, а также для собственно обязательств до востребования, когда закон или условия сделки предусматривают такой образ действий сторон. В соответствии с п. 2 ст. 314 ГК РФ в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не предусмотрена законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не вытекает из обычаев либо существа обязательства. При непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не вытекает из обычаев либо существа обязательства.

Право должника потребовать от пассивного кредитора потребовать принять исполнение по обязательству, как видно, является общим правилом и уступает иным правилам, в том числе таким, которые следуют из самого существа обязательства. Выдача банковского вклада клиенту осуществляется только по требованию самого вкладчика. Пассивность вкладчика не является основанием для возникновения у банка требования к нему о принятии денежных средств по вкладу, т.е. предложение второе п. 2 ст. 314 ГК РФ не подлежит применению к отношениям по договору банковского вклада до востребования. Это следует из существа данного обязательства, поскольку одной из целей вкладчика является сохранение своего сбережения. Кроме того, надо заметить, что и банк обычно не имеет интереса в возврате вклада, поскольку он заинтересован в притоке вкладов, а не в их оттоке. В этом аспекте вопрос о применении или неприменении указанной нормы п. 2 ст. 314 ГК РФ на практике не встает.

1.3. Иные виды вкладов. Базовое дихотомическое деление вкладов дополняется третьей разновидностью вклада, который подлежит возврату при наступлении определенных обстоятельств (см. п. 5, 6 комментируемой статьи). Такое условие договора банковского вклада не должно противоречить закону. Если это обстоятельство не является сроком, то, видимо, речь здесь идет об отлагательном условии.

И действительно, теоретически возможно внесение вклада гражданином на условиях его возврата при наступлении любого предусмотренного договором условия, поскольку это не отменяет императивно

закрепленного за вкладчиком права потребовать возврата вклада в любое время. Представляются допустимыми, например, такие условия банковского вклада, когда он выплачивается в случае бракосочетания третьего лица или рождения у него ребенка. Такая свобода договора никак не стесняет интерес гражданина-вкладчика, поскольку он сохраняет безусловное право потребовать возврата вклада в любое время (подробнее см. комментарий к ст. 842 ГК РФ).

Вклад юридического лица, которое не имеет права на досрочный возврат вклада, предусматривающий отлагательное условие его возврата (т.е. обстоятельство, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет), может создавать вечную подвешенность отношения, поскольку является, по существу, сделкой с отлагательным условием. Вечная подвешенность не должна по общему правилу допускаться правом порядком¹. Поэтому возможным решением для такого случая является обнаружение подразумеваемого условия о праве юридического лица по таким вкладам на возврат вклада до наступления отлагательного условия с уплатой процентов в размере для вкладов до востребования.

Условия договора вклада не могут вступать в противоречие с существом законодательного регулирования банковских вкладов. Например, договор банковского вклада не может ставить под отменительное условие обязательство банка вернуть вклад и уплатить проценты. Условие о возврате вклада и уплате процентов является неотъемлемым для данного вида сделки, т.е. образующим ее каузу. Не может существовать такого договора банковского вклада, в котором отсутствует обязанность по возврату вклада и уплате процентов по нему. Последнее справедливо, пока само договорное отношение по банковскому вкладу не подвергается существенному изменению таким образом, что банковский вклад приобретает черты алеаторной сделки, которая допустима в соответствии с законом для профессиональных инвесторов (строго говоря, такой договор, видимо, настолько специфичен, что может именоваться банковским вкладом лишь условно). Например, алеаторный характер носят такие договорные модели и ценные бумаги, которые допускают, что внесенные деньги возвращены не будут, компенсируя это повышенной доходностью, значительно превышающей обычный доход по вкладам и представляющей своего рода плату за риск. Профессиональные участники финансового рынка, способные

¹ См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 100–102 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

квалифицированно оценивать финансовые риски на рынке, готовы нести большие риски, вплоть до полной или частичной потери капитала, в обмен на высокие доходы.

В качестве примера можно привести субординированные вклады, предусмотренные ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности. В силу ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности допускается принятие банком субординированного депозита. Таковым является депозит, обладающий рядом характеристик, среди которых ключевой является то, что в договоре закрепляется невозможность расторжения договора и досрочного возврата вклада без согласия Банка России, а также содержится указание на субординацию требований вкладчика на случай несостоятельности банка. Среди отраженных в ст. 25.1 Закона о банках и банковской деятельности особенностей правового режима субординированного вклада следует обратить внимание на то, что при снижении норматива достаточности собственных средств (капитала) кредитной организации ниже определенного уровня долг банка прекращается в целом или в части.

Тем не менее применительно к ординарным банковским вкладам правопорядок рассматривает право вкладчика на возврат ему вклада как неотъемлемое право.

Условия, которые не исключают указанные неотъемлемые права вкладчика, допустимы. Например, договор банковского вклада в пользу ребенка до достижения им совершеннолетия (детский целевой вклад) вполне допустим. Простое отнесение такого вклада к срочным вкладам (ответ на вопрос № 16 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ № 4 (2003), утвержденного Постановлением Президиума ВС РФ от 7 апреля 2004 г.) не в полной мере отражает существо отношений. Как это ни прискорбно, но выгодоприобретатель (ребенок) по такому вкладу может не достичь совершеннолетия вследствие смерти. В этом случае лицо, заключившее договор детского целевого вклада, видимо, вправе потребовать возврата вклада, поскольку достижение цели становится невозможным. Последнее имеет практическое значение для тех относительно редких случаев, когда вклад внесен юридическим лицом, поскольку гражданин и без этого обстоятельства правомочен на истребование своего вклада по первому требованию. В отношении этого аспекта судебная практика пока не определилась, между тем нельзя исключать и такого толкования, согласно которому в указанных обстоятельствах юридическое лицо, разместившее детский целевой вклад, несмотря на его целевую тщетность, может потребовать возврата вклада в ту дату, в которую выгодоприобретатель достиг бы совершеннолетия.

Банковская практика использует и другие разновидности вкладов, которые не противоречат закону и основанием классификации которых являются другие условия, не связанные со сроком. Так, например, известны пополняемые и непополняемые вклады, отличающиеся, соответственно, отсутствием или наличием права вкладчика пополнять сумму вклада. Имеются вклады, по которым вкладчик вправе получать начисленные по вкладу проценты либо такие проценты капитализируются (п. 2 ст. 839 ГК РФ). Вклады делятся на вклады в рублях и в иностранной валюте, включая мультивалютный вклад. Как уже указывалось, могут предусматриваться простые или премиальные вклады, по которым вкладчик, помимо процентов, может получать призы, бонусы, услуги, какие-либо привилегии от партнеров банка и т.п.

Для вкладов в одной валюте актуальным является вопрос о ее конверсии в другую валюту. Современные банковские системы управления вкладами и счетами позволяют их владельцам совершать конверсионные сделки и в пределах, допустимых валютным законодательством, производить по счетам и вкладам операции по обмену суммы денежных средств в одной валюте на другую валюту. В связи с этим весьма существенным является вопрос об определении курса соответствующей валюты во времени. Практике известны случаи, когда банки берут для определения курса не тот показатель, который имелся в момент совершения клиентом банка конверсионной операции, а иной, как правило, более поздний по времени курс. Судебная практика исходит из того, что списание банком денежных средств со счета клиента должно осуществляться по тому курсу валюты и тем тарифам, которые действовали в банке на момент списания денег с банковской карты (п. 2 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ от 27 сентября 2017 г.).

Для валютных вкладов, особенно в период финансового кризиса, характерна практика некоторых банков, в соответствии с которой они отказываются возвращать вкладчику причитающиеся ему суммы в иностранной валюте, обосновывая свою позицию тем, что согласно п. 1 ст. 140 ГК РФ рубль является законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории Российской Федерации. Такие действия противоречат закону. При наличии эффективной валютной оговорки, которая предусматривает, что иностранная валюта является не только валютой долга, но и валютой платежа, надлежащим исполнением банком своих обязанностей по договору валютного вклада является уплата вкладчику причитающегося в иностранной валюте. Последнее справедливо при

соблюдении валютного законодательства. В противном случае защитный актив (иностранная валюта) прекратил бы свою привлекательность для вкладчиков, желающих более надежно сберечь свои средства в условиях слабости национальной валюты.

Если стороны правомерно договорились о расчетах в определенной иностранной валюте (ст. 422 ГК РФ) и добровольное исполнение ими такого обязательства валютному законодательству не противоречит, суд по требованию истца взыскивает соответствующую задолженность в этой иностранной валюте (п. 10 Информационного письма ВАС РФ от 31 мая 2000 г. № 52). Несколько сложнее обстоит дело в том случае, если у банка отозвана лицензия на совершение операций в иностранной валюте. На первый взгляд следует констатировать прекращение эффективной валютной оговорки в соглашении сторон, поскольку такое обязательство банка прекратилось юридической невозможностью его исполнения. В судебной практике встречаются случаи, когда и в этом случае суд считает сохранившейся обязанность по уплате причитающегося вкладчику в иностранной валюте. При этом положения ст. 20 Закона о банках и банковской деятельности о том, что размер денежных обязательств и обязанностей по уплате обязательных платежей кредитной организации, выраженных в иностранной валюте, определяется в рублях по курсу, установленному Банком России на день отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций или на день, определенный названным Законом, либо в установленном им порядке, судом не рассматриваются как препятствие в исполнении обязательства в иностранной валюте (Решение ВС РФ от 2 декабря 1999 г. № ГКПИ99-551). Надо отметить, что мотивы, по которым суд не воспринял положения Закона о банках и банковской деятельности, не выглядят убедительными. При этом следует учитывать, что согласно п. 1 ст. 4 Закона о несостоятельности (банкротстве) состав и размер денежных обязательств, требований о выплате выходных пособий и (или) об оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору, и обязательных платежей, выраженных в иностранной валюте, определяются в рублях по курсу, установленному Банком России, на дату введения каждой процедуры, применяемой в деле о банкротстве и следующей после наступления срока исполнения соответствующего обязательства.

Исходя из принципа равенства, правопорядок должен обеспечить равенство прав кредиторов банков, относящихся к одной группе очередности удовлетворения их требований. Это означает необходимость применения единой даты определения курса иностранной валюты для целей установления размера задолженности.

2. Право вкладчика-гражданина требовать досрочного возврата вклада. В отличие от юридического лица вкладчик-гражданин по любому виду вклада вправе потребовать его возврата и уплаты соответствующих процентов. Соответственно, банк обязан выдать или перечислить вклад и проценты по первому требованию вкладчика всегда. Даже если вклад срочный, в силу прямого указания закона вкладчик имеет право потребовать досрочного исполнения обязательства банком.

Это правило реализует патерналистскую защиту интересов вкладчика-гражданина. Такой подход обусловлен представлением о том, что различные жизненные ситуации, которые гражданин может и не предвидеть или избыточно оптимистично надеяться, что они не произойдут (собственная болезнь или заболевания родственников, неотложные финансовые нужды, изменение семейного положения, возникновение незапланированной задолженности и т.п.), вынудят его забрать вклад, который может оказаться единственным для него источником для разрешения возникших финансовых потребностей. С этой точки зрения предпринимательский интерес банка в сохранении вклада уступает в силу закона необходимости защиты насущных жизненных потребностей человека, которые представляют собой большую социальную ценность. Кроме того, такое решение направлено на то, чтобы позволить вкладчикам-гражданам охотнее решаться на размещение вкладов.

Юридико-технически право досрочного истребования вклада представляет собой преобразовательное (секундарное) право вкладчика. Оно реализуется в виде односторонней сделки вкладчика, волеизъявление которого требует восприятия другой стороной — банком. Согласие банка на такое изменение нерелевантно. В общих положениях об исполнении обязательства это право корреспондирует п. 1 ст. 310 ГК РФ, согласно которому одностороннее изменение условий обязательства не допускается, за исключением случаев, в частности, предусмотренных ГК РФ. Комментируемый пункт как раз относится к такому случаю.

По срочному вкладу его досрочное получение вкладчиком по общему правилу влечет снижение процентов до таких, которые выплачиваются по вкладам до востребования (подробнее см. комментарий к п. 5 настоящей статьи).

2.1. Частичное снятие денег со срочного вклада. Вкладчик-гражданин вправе претендовать на выдачу как всего вклада, так и его части. Нередко считается, что частичное истребование срочного вклада гражданином влечет преобразование всего договора во вклад до востребования. Поэтому на оставшуюся во вкладе сумму проценты начисляются

в размере, предусмотренном для вкладов до востребования. Такое толкование из буквального смысла закона не следует, поскольку закон ни в действующей, ни в прежней редакции не содержит положения о размере процентов, начисляемых на остаток по срочному вкладу при его частичном досрочном истребовании.

Возможно иное решение, которое представляется более справедливым (см. п. 5.3 комментария к настоящей статье).

2.2. Срок выдачи вклада при его истребовании. Правило о выдаче вклада по первому требованию следует толковать в том смысле, что вклад должен быть выдан немедленно, хотя этот вопрос является спорным. Иногда считается со ссылкой на абз. 2 ст. 849 ГК РФ, что вклад должен быть выдан не позднее чем на следующий после предъявления требования день. С этим трудно согласиться. Как представляется, вклад должен выдаваться банком немедленно в день обращения вкладчика. Исключением может быть лишь ситуация, когда вкладчик снимает с вклада наличные деньги и при этом размер снимаемого вклада настолько велик, что соответствующее отделение банка не имеет достаточной наличности для удовлетворения требования вкладчика и вместе с тем любой разумный вкладчик понимает, что такая сумма наличных обычно в банке не хранится.

2.3. Сберегательный сертификат. Исключения из правила об обязанности выдать вклад и соответствующие проценты по первому требованию составляют случаи удостоверения вклада гражданина сберегательным сертификатом, не предусматривающим такое право (подробнее см. комментарий к ст. 844 ГК РФ).

2.4. Права залогодержателя. При залоге прав по договору банковского вклада право на истребование вклада по первому требованию должно ограничиваться, поскольку по смыслу п. 2 ст. 346 ГК РФ такое распоряжение вкладчиком своим правом требует согласия залогодержателя. Свободное распоряжение заложенными правами по вкладу вступило бы в противоречие с обеспечительной целью залога.

3. Свобода договора в части условий возврата вклада и уплаты процентов. До 1 июня 2018 г. диспозитивность правила о выдаче вклада по первому требованию для юридических лиц – вкладчиков была сформулирована в качестве исключения из общего правила о выдаче вклада по первому требованию в п. 2 ст. 837 ГК РФ. Действующая редакция комментируемой статьи имеет иную структуру. Правило о выдаче вклада любого вида гражданину по первому требованию с исключением для сберегательного сертификата сформулировано в п. 2 ст. 837 ГК РФ, тогда как допустимость иных условий возврата

вклада для юридических лиц выведена в виде отдельного п. 3 данной статьи. Прежняя редакция нормы не охватывала принципом свободы договора проценты по вкладу, тогда как действующая редакция устраняет этот недостаток. Как до изменения редакции нормы, так и после ее изменения главным эффектом ее действия является допустимость установления условия о сроке возврата вклада, который не может быть истребован вкладчиком – юридическим лицом ранее истечения установленного срока.

Действующая норма по буквальному ее толкованию подчиняет принципу свободы договора три параметра сроков и порядка выдачи, определяя их для: 1) всего вклада; 2) части вклада; 3) соответствующих процентов. Это правило действует в отношении юридических лиц для любого вида их вкладов. Очевидно, что принципу свободы договора подчинены и все другие условия договора банковского вклада. Стороны свободны в определении любых его условий, если они не противоречат закону, в том числе существу законодательного регулирования. Например, принцип свободы договора не позволяет заключить договор банковского вклада, который не предусматривает начисление процентов или предусматривает, что у банка отсутствует обязанность по выдаче вклада или его части. Такие условия преобразовали бы договор банковского вклада в договор с иной каузой. В ординарных банковских вкладах такое не может предусматриваться, если следовать легальной дефиниции банковского вклада. Тем не менее на финансовом рынке могут встречаться такие модели (инструменты), которые используются в основном профессиональными участниками рынка и могут отступать от классической конструкции, что влечет настолько существенное изменение базового правила, что эти финансовые авуары, строго говоря, не являются банковским вкладом.

Сроки определяют темпоральные границы обязанности банка по возврату вклада, его части и соответствующих процентов. Для исполнения каждой из этих обязанностей может быть установлен один срок или различные сроки. Порядок возврата вклада, его части и соответствующих процентов определяет модус действий банка. Сроки отвечают на вопрос «когда?», порядок отвечает на вопрос «как?».

4. Запрет на отказ вкладчика от права на досрочный возврат срочного вклада. До 1 июня 2018 г. правило о ничтожности условия об отказе гражданина от получения вклада по первому требованию содержалось в п. 2 комментируемой статьи и не имело исключений. В действующей редакции эта норма в модернизированном виде составляет содержание п. 4.

Главное изменение сводится к наличию исключения из ничтожности названного условия. Оно связано с появлением сберегательных сертификатов, которые могут ограничивать право вкладчика на получение вклада по требованию. По существу, речь идет об удостоверении прав по вкладу сберегательным сертификатом без права на досрочное получение вклада (подробнее о сберегательном сертификате см. комментарий к ст. 844 ГК РФ).

Обращает на себя внимание редукция нормы. Ранее ничтожным объявлялся отказ гражданина от права на получение вклада по первому требованию. Из действующей редакции изъято слово «первому». Ничтожным объявляется условие об отказе гражданина от права на получение вклада по требованию. Между тем согласно буквальному значению п. 2 комментируемой статьи право вкладчика имеет реквизит права первого требования, а не просто требования. Означает ли это, что законодатель считает недопустимым ограничение гражданина в его праве досрочно забрать любой вклад (кроме удостоверенного соответствующим сберегательным сертификатом), но допускает условие об отказе гражданина от права на возврат вклада именно по первому требованию? Последнее означало бы законность такого условия, когда вкладчик либо вынужден будет заявлять несколько требований, либо не будет иметь права на немедленное получение вклада, в зависимости от интерпретации понятия «первое требование» (см. комментарий к п. 2 настоящей статьи).

Редукция термина «первое требование» в отношении его модуса (первое) должна толковаться как прием законодательной юридической техники — законодательная экономия. Вкладчик не может быть ограничен договором притязать на получение вклада именно по первому требованию. Это следует из достаточно ясной воли законодателя, выраженной в п. 2 комментируемой статьи, а также отвечает патерналистской цели такого регулирования. Неотложные нужды граждан могут быть удовлетворены, только если банки обязаны будут выдавать вклады по требованию граждан немедленно.

Запрет на ограничение права вкладчика должен распространяться не только на саму сумму вклада, но и на причитающиеся вкладчику проценты по вкладу, что следует из п. 2 комментируемой статьи. Этот же запрет распространяется не только на случаи выдачи вклада наличными, но и на перечисление причитающихся по вкладу сумм.

4.1. Последствия нарушения императивного запрета. Последствия включения в договор условия об отказе гражданина от получения вклада по (первому) требованию не ограничиваются правилом

п. 1 ст. 167 ГК РФ о том, что недействительная сделка (в данном случае – ничтожное условие) не влечет юридических последствий. В соответствии с п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей, если в результате исполнения договора, ущемляющего права потребителя, у него возникли убытки, они подлежат возмещению изготовителем (исполнителем, продавцом) в полном объеме. Например, если вкладчик обратился в банк с требованием выдать ему вклад, и в этом требовании ему было отказано, вследствие чего он вынужден был получить кредит для удовлетворения своих нужд, проценты по такому кредиту могут быть взысканы с банка в качестве убытков. Кроме того, согласно ст. 15 того же Закона с банка в данном случае может быть также взыскана компенсация морального вреда вкладчика.

4.2. Иные ограничения права на досрочное снятие вклада. Ничтожными являются не только условия об отказе гражданина от его права на получение вклада по (первому) требованию, но всякие условия, так или иначе ограничивающие это право. Например, к таким ничтожным условиям относятся условия о выдаче вклада в рассрочку или с отсрочкой, о взимании комиссии за досрочное снятие вклада, о потере части вклада при досрочном снятии вклада и т.п.

5. Пересчет процентов при досрочном снятии срочного вклада. Право вкладчика потребовать возврата вклада до истечения срока (наступления иного обстоятельства) является преобразовательным (вторичным) правом. Другая сторона договора (банк) претерпевает действие этого права. Реализация вкладчиком данного права влечет преобразование срочного вклада во вклад до востребования с понижением по общему правилу размера причитающихся вкладчику процентов. Реализация права вкладчика на досрочный возврат срочного вклада балансируется законодателем диспозитивным правилом о выплате процентов по вкладам до востребования (а не согласованной ставки по срочному вкладу). Таким образом правопорядок предпринимает попытку учесть интересы банков в сохранении вкладов до истечения предусмотренного договором срока их возврата. Понижение процентной ставки, с одной стороны, может стимулировать вкладчика не требовать возврата вклада до срока, но, с другой стороны, не лишает вкладчика такой возможности. Эти правила в основном применяются в отношении граждан, поскольку их право на досрочный возврат вклада установлено императивно. Юридическим лицам право на досрочный возврат срочного вклада может быть предоставлено договором, и, если иное не предусмотрено договором, их права также будут регулироваться данной нормой.

Правило о понижении процентов до размера процентов по вкладам до востребования применяется также к такой разновидности вкладов, которые внесены на условиях их возврата при наступлении указанного в договоре обстоятельства (см. п. 1.3 комментария к настоящей статье).

5.1. Определение применимой ставки. Вклад до востребования может существовать сколь угодно долго, если того пожелает владелец вклада. Соответственно, экономическая конъюнктура на рынке может в течение этого срока изменяться очень сильно. Поэтому фиксация процентов на момент заключения договора, что характерно для срочных вкладов, для договора банковского вклада до востребования не может применяться. Процент определяется банком в одностороннем порядке (п. 2 ст. 838 ГК РФ), обычно исходя из стоимости заимствования на финансовом рынке. Зачастую это проявляется в связи с изменением Банком России ключевой ставки: чем ставка выше, тем обычно выше проценты по вкладам до востребования, и, соответственно, наоборот, чем ставка ниже, тем ниже проценты по вкладам. Интерес вкладчика в связи с уменьшением ставки по вкладам до востребования может значительно затрагиваться ввиду уменьшения доходности. Однако этот интерес достаточно защищен предоставлением ему законом права на досрочную выдачу вклада. В этом случае вкладчик свободен искать лучший вариант размещения своих сбережений. С учетом этого при пересчете ставки по вкладу при досрочном снятии срочного вклада должны учитываться ставки по вкладам до востребования, действовавшие в соответствующие отрезки времени в период между внесением вклада и его досрочным снятием.

5.2. Темпоральный эффект снижения ставки. Из действующего регулирования следует, что в случае предусмотренного законом пересчета процентной ставки по вкладу, когда это происходит в отношении досрочного истребования срочного вклада, проценты, предусмотренные договором, снижаются до размера процентов по договорам банковского вклада до востребования. Закон прямо не предусматривает, что преобразование срочного вклада в договор вклада до востребования охватывает как будущий процентный период (в ситуации, когда при досрочном снятии части вклада остаток не соответствует минимальным размерам ни по одному из вариантов срочного вклада, предлагаемого банком своим клиентам, и к этому остатку подлежит применению режим вклада до востребования), так и прошлый. Если исходить из того, что снижение распространяется как на будущее, так и на прошлое, может возникнуть вопрос о юридической судьбе полученных ранее вкладчиком процентов за прошлые периоды, а также о процентах, причисленных к капитальной сумме.

С точки зрения логики может существовать несколько разных подходов, ни один из которых законом однозначно не закреплен.

Согласно одному из них (тотальная перспективность), начисленные из расчета срочности вклада в прошлом проценты на снимаемый вклад (или снимаемую часть вклада) не подлежат снижению.

Этот подход представляется не соответствующим воле законодателя. При его реализации разница между срочным вкладом и вкладом до востребования практически полностью исчезнет, так как в большинстве случаев сугубо перспективное действие принципа пересчета процентов будет иррелевантно, как минимум при снятии вклада целиком: вклад уже снят, и нет отношений, к которым можно было бы применять ставку до востребования. Применение такой позиции к наиболее типичной ситуации снятия срочного вклада целиком вовсе исключит какой-либо пересчет ставки, что представляется несколько абсурдным и противоречащим логике закона, пытающегося найти компромисс между интересами вкладчика и банка.

Второй подход (тотальная ретроспективность) исходит из того, что, помимо пересчета ранее начисленных процентов, банк вправе урезать сумму возвращаемого вклада на величину ранее выплаченных вкладчику или причисленных к телу вклада процентов. Этот подход представляется другой крайностью: он несправедлив по отношению к вкладчику. Человек мог продержат деньги во вкладе в течение нескольких лет, но по каким-либо чрезвычайным обстоятельствам оказался вынужден снять вклад досрочно, не дождавшись нескольких месяцев до истечения срока вклада, и в результате потерять право на выплату ему начисленных процентов. Тотальная ретроспективность пересчета процентов, затрагивающая как просто начисленные, так и выплаченные или капитализированные проценты, кажется абсолютно непропорциональной.

Оба отмеченных ранее подхода вряд ли могут быть признаны бесспорно вытекающими из закона.

Согласно третьему подходу (ограниченная ретроспективность), ранее начисленные проценты все-таки снижаются, но те из них, которые были уже получены вкладчиком ранее, равно как и те, которые были уже капитализированы (причисленные ко вкладу), не затрагиваются темпоральным эффектом снижения ставки, и банк не может зачесть свое требование о возврате уплаченных сумм процентов при возврате вклада или урезать сумму возвращаемого вклада на сумму ранее капитализированных процентов. Этот подход кажется более приемлемым. Ежеквартальная капитализация или снятие начисленных процентов законом предусмотрены в качестве общего правила (п. 2 ст. 839 ГК РФ).

Соответственно, при применении описанного подхода темпоральная глубина пересчета начисленных процентов, как правило, не превысит одного квартала, капитализированные ранее или выплаченные ранее проценты затронуты снижением не будут, так как или уже сняты вкладчиком, или увеличили тело вклада. Это решение может показаться сбалансированным. На первый взгляд его недостатком является то, что правило п. 2 ст. 839 ГК РФ о ежеквартальной капитализации начисленных и незатребованных вкладчиком процентов диспозитивно, и договор может предусматривать и более длительные периоды, истечение которых влечет капитализацию или право вкладчика на снятие процентов. А это уже может разбалансировать ситуацию. Более того, в таких условиях принятие на вооружение данного подхода (ограниченная ретроспективность) будет стимулировать банки к тому, чтобы исключать капитализацию процентов вовсе или отдалять момент капитализации процентов или их выплаты как можно дальше (вплоть до истечения срока вклада).

Представляется, что в контексте договоров с вкладчиками-гражданами стоит обсудить еще и четвертый подход, который характеризуется *пропорциональной ретроспективностью*. Суть его в том, что при досрочном снятии вклада банк вправе уменьшить возвращаемый вкладчику вклад по следующей формуле. Уровень процентов до востребования применяется при снятии срочного вклада на следующий день после его внесения. Таким образом определяется процентный минимум. Сумма процентов, на которую вкладчик имел бы право претендовать при снятии вклада по истечении его срока, определяет верхний предел процентов, на который вкладчик может претендовать. Далее с учетом реальной темпоральной отдаленности момента реального снятия вкладов от момента его внесения определяется степень соблюдения вкладчиком срока вклада. Допустим, вкладчик забрал вклад, размещенный на 10 месяцев под ставку в 5%, по истечении одного месяца после его размещения, а используемая банком в отмеченный период ставка по вкладам до востребования составляла 1%. Это значит, что степень «выборки» срока составляет $\frac{1}{10}$, а дистанция между процентом до востребования (1%) и согласованным с учетом 10-месячного срока вклада процентом (5%) составляет 4%. Соответственно, вкладчик может получить за один месяц фактического размещения вклада 1% по вкладам до востребования (гарантированный минимум) плюс $\frac{1}{10}$ от 4%, т.е. 0,4% годовых (в общей сумме 1,4% годовых). Если бы вкладчик снял вклад по истечении девяти месяцев, он бы по такой формуле получил 4,6% годовых за период фактического размещения. Итог применения такой формулы: чем ближе момент фактического

снятия к моменту истечения согласованного срока, тем меньше скидка к ранее начисленным процентам в результате пересчета, и наоборот. Это позволяет ретроспективно пересчитывать проценты пропорционально, что представляется вполне логичным.

Реальная банковская практика отличается. Многие банки прописывают в договоре максимально им выгодный второй подход (тотальная ретроспективность). Но встречается и практика указания в договоре на то, что снятие вклада вовсе не приводит к пересчету начисленных ранее или только выплаченных или капитализированных процентов. Насколько нам известно, встречаются и попытки установить в договоре некую шкалу, которая пытается реализовать механизм, похожий на описанную ранее формулу пропорционального пересчета ранее начисленных процентов.

Как представляется, условия договора о тотальной ретроспективности следует признавать ничтожными, как абсолютно несправедливые и ограничивающие права потребителя на возврат тела вклада. Полное урезание вклада на сумму выплаченных ранее процентов, а равно на сумму капитализированных процентов неправомерно (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей). Если же договор предусматривает вариант ограниченно ретроспективного пересчета, не затрагивающего ранее капитализированные или выплаченные проценты, это условие вполне можно признать законным, но только если сроки выплаты или капитализации процентов по договору не превышают один квартал, т.е. оказываются не хуже тех, которые предусмотрены в п. 2 ст. 839 ГК РФ. Чем длиннее эти сроки, тем глубже темпоральное действие пересчета процентов при досрочном снятии вкладов и тем менее данное условие справедливо по отношению к вкладчику. Наконец, условия, которые предусматривают механизм, похожий на описанную ранее пропорциональную ретроспективность, можно вполне признавать также законными. Иначе говоря, решать проблему, поставленную правилом о пересчете процентов, должен договор, раз уж закон по данному вопросу крайне лаконичен, но в контексте договоров вкладов, заключаемых с гражданами, с учетом ограниченной рациональности последних, отсутствия у них достаточного профессионализма для адекватной оценки подобных условий и ресурса внимания для изучения всех подобных «юридизмов» при заключении договора суды должны осуществлять пристальный контроль *ex post* за справедливостью соответствующих договорных условий.

Но что, если договор ничего по данному вопросу не говорит? Каково должно быть правило, действующее по умолчанию? Как представляется, им может быть либо правило ограниченной ретроспективности

с глубиной снижения начисленных, но не выплаченных и не капитализированных процентов не больше одного квартала, либо применение описанной ранее формулы пропорциональной ретроспективности. Первый вариант суды могут вывести путем телеологического толкования комментируемой нормы в системном единстве с правилом п. 2 ст. 839 ГК РФ, а второй вариант — из применения принципов разумности, справедливости и добросовестности, которые позволяют суду восполнять пробелы в законе на основании правил ст. 6 ГК РФ.

5.3. Частичный возврат. Данный пункт ст. 837 ГК РФ не содержит указания на то, что он охватывает также случаи частичного досрочного возврата срочного вклада по требованию вкладчика. Между тем это следует из систематического его толкования вместе с п. 2 комментируемой статьи. Снижение процентов распространяется и на случаи частичного досрочного возврата вклада. Но как данный пересчет должен работать при частичном снятии?

В отношении пересчета уже начисленных (в том числе капитализированных или выплаченных) процентов в таком случае применимы все те выводы, которые были сделаны в п. 5.2 комментария к настоящей статье. Но здесь возникает вопрос о том, какая ставка должна применяться к остатку по вкладу?

Договором банковского вклада может быть предусмотрено сохранение начисления согласованного уровня процентов по срочному вкладу на остаток по вкладу после частичного истребования вклада. В том случае, если договор не предусматривает такого условия, толкование закона может исходить из следующих подходов. Если частичное истребование вклада не приводит к уменьшению размера вклада ниже минимальной суммы вклада, на которую начисляются проценты по данному виду срочных вкладов, проценты должны начисляться в дальнейшем в размере, предусмотренном договором срочного банковского вклада. Если в результате частичного изъятия вклада остаток вклада отвечает параметрам какого-либо другого срочного вклада, предусмотренного банком в момент досрочного снятия, проценты на остаток в дальнейшем начисляются на остаток в размере, предусмотренном для такого вида вклада (как если бы вкладчик снял весь вклад и тут же разместил его часть на новых предлагаемых банком условиях о проценте). Если остаток по вкладу не соответствует никакому другому виду вкладов в банке, договор преобразуется в договор банковского вклада до востребования с начислением на остаток процентов, предусмотренных для этого вида вклада в банке. Данный подход отвечает интересам вкладчика и не противоречит интересам банка. При таком толковании вкладчики будут более мотивированы не истребовать досрочно всю

сумму вклада ввиду своего права на сохранение в отношении остатка более высокой ставки процентов. Кроме того, в тех случаях, когда сумма вклада весьма значительна и намного превышает минимум для данного вида вклада, снятие незначительной части вклада с потерей всех срочных процентов на будущее не кажется справедливым. Помимо этого, следует учитывать, что частичное снятие вклада не всегда зависит от воли вкладчика. Например, в случае образования множественности лиц на стороне вкладчика (раздел имущества супругов, наследование) один из вкладчиков может изъявить волю на досрочное изъятие причитающейся ему доли вклада, а другие, напротив, могут иметь интерес в сохранении вклада. Предложенное ранее толкование в большей степени отвечает балансированию интересов множественности вкладчиков для таких случаев.

5.4. Расторжение договора при нарушении. Если банк допускает существенное нарушение договора банковского вклада (например, допускает существенную просрочку в уплате вкладчику процентов по вкладу), вкладчик имеет право на расторжение договора и досрочный возврат вклада. К такой ситуации положения комментируемого пункта о пересчете процентов не применяются. В этом случае проценты подлежат уплате в соответствии с условиями срочного вклада до момента фактического возврата, уровень ставок по вкладам до востребования здесь не применяется.

6. Трансформация срочного вклада во вклад до востребования. Одним из отличий договора банковского вклада от срочного договора займа является отсутствие у должника (банка) как права, так и обязанности вернуть вклад без требования вкладчика о его выдаче. Истечение срока банковского вклада не продлевает договор на следующий срок на тех же условиях. Банковский вклад экономически весьма чувствителен к стоимости кредита. Если на кредитном рынке процентные ставки падают, это обстоятельство влияет на процентные ставки по вкладам в сторону необходимости их уменьшения. В нормальной рыночной ситуации проценты по вкладам не могут быть равны и тем более выше, чем процентные ставки по кредитам. Поэтому договор банковского вклада имеет потестативно-транзитную каузу: если вкладчик не изъявляет свою волю на возврат срочного (условного) вклада, вклад преобразуется в другой вид вклада — вклад до востребования. Интерес вкладчика защищен тем, что он вправе предотвратить такой транзит каузы, забрав вклад. Новый его вклад подчиняется новым условиям. Интерес банка защищен тем, что динамика процентных ставок по кредитам является для него отчасти управляемым риском: если процентные

ставки по кредитам уменьшаются, новые вклады банк может принимать, а преобразованные во вклады до востребования ранее бывшие срочными вклады — обслуживать по более низким ставкам.

Преобразование срочного вклада во вклад до востребования представляет собой исключение из принципа «молчание не означает согласия», что допускается п. 2 ст. 438 и п. 3 ст. 158 ГК РФ. Здесь бездействие вкладчика имеет правовое значение и юридически связывает как самого вкладчика, так и банк. Их обязательственное отношение меняет каузу. Эта несколько нестандартная ситуация выражена в норме текстуально, поскольку указывается, что договор считается (а не является) продленным на условиях вклада до востребования.

Дихотомическое деление вкладов на вклады до востребования и срочные вклады не препятствует соединению этих двух элементов в договоре. Например, до истечения срока договора вклад является срочным, а после его истечения — вкладом до востребования (п. 6 ст. 837 ГК РФ). В судебной практике такой договор считается смешанным (Определение КГД ВС РФ от 6 сентября 2005 г. № 46-В05-18; ответ на вопрос № 17 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ № 4 (2003), утвержденного Постановлением Президиума ВС РФ от 7 апреля 2004 г.). С теоретической точки зрения такой договор, скорее, является особой разновидностью смешанных договоров (а возможно, и вовсе не смешанным договором). Один подвид договора банковского вклада (срочный вклад) при определенных условиях (зависящих от воли одной стороны) переходит в другой подвид договора (вклад до востребования). Такой договор можно называть потестативно-транзитным. Если вкладчик заберет вклад в срок, его воля препятствует перерастанию договора в другой подвид; если он не изъявит своей воли, договор транзитируется в другой подвид банковского вклада.

При этом указание в комментируемой норме на то, что договор считается продленным на условиях вклада до востребования требует прояснения одного важного вопроса: такое преобразование меняет только применимую ставку процента и дает клиенту право снять вклад в любой момент, или весь комплекс прав и обязанностей сторон заменяется на тот, который вытекает из текста договора вклада до востребования, и используется банком с вкладчиками такой категории на момент истечения срока срочного вклада? Вопрос не имеет пока ясного решения. Но последний вариант кажется более логичным и ближе к тексту закона.

6.1. Трансформация вклада и одностороннее изменение договора. Изменение процентной ставки по истечении срочного вклада (при

наступлении обстоятельства) не может относиться к случаям одностороннего изменения (уменьшения) ставки банком, вопреки иному мнению КС РФ (определения КС РФ от 12 марта 2002 г. № 41-О, от 16 октября 2003 г. № 357-О, от 18 ноября 2004 г. № 371-О, от 26 мая 2011 г. № 642-О-О). Ставка изменяется в связи с трансформацией вида вклада на основании закона при наступлении такого юридического факта, как бездействие вкладчика. Действия банка по дальнейшему начислению процентов в размере для вкладов до востребования не представляют собой юридического факта, на основании которого изменяются проценты. Напротив, они являются следствием бездействия вкладчика, которые являются таким фактом. Однако последующее изменение процентов для вкладов до востребования после уже состоявшегося преобразования вклада является односторонним действием банка, которое допускается законом для вкладов до востребования (п. 2 ст. 838 ГК РФ).

6.2. Диспозитивность. Комментируемая норма является диспозитивной. Стороны договора вправе предусмотреть иные последствия бездействия вкладчика. К таковым могут относиться: продление срочного (условного) вклада на новый срок на тех же условиях или на тех условиях, которые в момент пролонгации предлагаются банком клиентам по ближайшим по характеру видам вклада; продление вклада на другой более продолжительный или более короткий срок; продление договора на условиях вклада до востребования с условием о выплате иной ставки процентов, нежели обычная ставка по вкладам до востребования, и т.п. Кроме того, стороны могут предусмотреть, что вклад по истечении срока подлежит перечислению на указанный в договоре счет вкладчика, а для граждан — также и на счет иного лица.

Диспозитивность комментируемой нормы ставит вопрос о возможности согласования договором выплаты вкладчику после преобразования вклада процентов в размере меньшем, чем проценты по вкладам до востребования. Ответ на этот вопрос, видимо, может быть таким: снижение договором процентов ниже процентов по вкладам до востребования не допускается. При этом можно обратить внимание на *obiter dictum* КС РФ. Правило о продлении договора банковского вклада в тех случаях, когда вкладчик не требует возврата суммы вклада по истечении срока договора, и определение величины процентов, которые должны начисляться на сумму вклада при таком продлении (в размере не меньшем, чем проценты по вкладу до востребования), в целях защиты интересов вкладчика как экономически более слабой стороны соответствующих правоотношений предусмотрено законо-

дателем в п. 4 ст. 837 ГК РФ (определения КС РФ от 12 марта 2002 г. № 41-О, от 16 октября 2003 г. № 357-О, от 18 ноября 2004 г. № 371-О, от 26 мая 2011 г. № 642-О-О).

6.3. Информирование. Комментируемая норма не предусматривает обязанность банка информировать вкладчика о преобразовании срочного вклада во вклад до востребования. Видимо, законодатель исходит из того, что вкладчик не нуждается в этом информировании, поскольку изначально знает о таком последствии и о наступлении срока. Вместе с тем, учитывая, что потеря вкладчика в процентах при таком преобразовании может существенно затрагивать его интересы, а также возможное незнание вкладчиком-гражданином нюансов правового регулирования отношений по вкладу, теоретически может обсуждаться целесообразность выведения такой обязанности банка из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Кроме того, для граждан эта обязанность может обосновываться информационными правами потребителей, предусмотренными законодательством о защите прав потребителей. Современные информационные технологии не повлекут существенных издержек для банков для выполнения указанной обязанности.

6.4. Отсутствие необходимости личного присутствия. Продление срочного вклада на условиях для вклада до востребования не тождественно открытию нового вклада. Поэтому такое продление осуществляется без личного присутствия вкладчика в банке и не влечет нарушения абз. 3 п. 5 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов (п. 2 информационного письма Банка России от 31 августа 2005 г. № 8 «Обобщение практики применения Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» и принятых во исполнение него нормативных актов Банка России»).

7. Сберегательный (депозитный) сертификат. До 1 июня 2018 г. удостоверение прав по договору банковского вклада сберегательным или депозитным сертификатом предусматривалось рядом норм комментируемой главы в прежней редакции (п. 1 ст. 836, ст. 844 ГК РФ). Правило о том, что все права по договору банковского вклада принадлежат владельцу сберегательного (депозитного) сертификата отсутствовало. С 1 июня 2018 г. такая норма появилась в комментируемом пункте.

Сберегательный (депозитный) сертификат относится к ценным бумагам. Принадлежность прав, удостоверенных ценной бумагой, определяется принадлежностью прав на саму ценную бумагу. Согласно

п. 1 ст. 844 ГК РФ сберегательный (депозитный) сертификат является именной документарной ценной бумагой. В соответствии с подп. 2 п. 4 ст. 143 ГК РФ управомоченным по именной ценной бумаге признается владелец ценной бумаги, если ценная бумага была выдана на его имя или перешла к нему от первоначального владельца в порядке непрерывного ряда уступок требования (цессий) путем совершения на ней именных передаточных надписей или в иной форме в соответствии с правилами, установленными для уступки требования (цессии). Таким образом, комментируемый пункт является несколько неточным, поскольку соответствующие права принадлежат не всякому владельцу сертификата, а только тому, который отвечает процитированной норме. Это предопределяется правовым режимом, установленным для именных документарных ценных бумаг.

Подробнее о сберегательных и депозитных сертификатах см. комментариев к ст. 844 ГК РФ.

Статья 838. Проценты на вклад

1. Банк выплачивает вкладчику проценты на сумму вклада в размере, определяемом договором банковского вклада.

При отсутствии в договоре условия о размере выплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере, определяемом в соответствии с пунктом 1 статьи 809 настоящего Кодекса.

2. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, банк вправе изменять размер процентов, выплачиваемых на вклады до востребования.

В случае уменьшения банком размера процентов новый размер процентов применяется к вкладам, внесенным до сообщения вкладчикам об уменьшении процентов, по истечении месяца с момента соответствующего сообщения, если иное не предусмотрено договором.

3. Определенный договором банковского вклада размер процентов на вклад, внесенный гражданином на условиях его выдачи по истечении определенного срока либо по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, не может быть односторонне уменьшен банком, если иное не предусмотрено законом. По договору такого банковского вклада, заключенному банком с юридическим лицом, размер процентов не может быть односторонне изменен, если иное не предусмотрено законом или договором. По договору банковского вклада, внесение вклада по которому удостоверено сберегательным или депозитным сертификатом, размер процентов не может быть изменен в одностороннем порядке.

Комментарий

1. Процент по вкладу. Договор банковского вклада является возмездным. Возмездность выражается в обязанности банка выплачивать на сумму вклада проценты. Обязанность банка по выплате процентов является его долгом, которому корреспондирует соответствующее приязание вкладчика на получение процентов по вкладу. Беспроцентный вклад противоречит закону. Даже если в договоре банковского вклада содержалось бы условие о том, что проценты на вклад не выплачиваются, такое условие являлось бы ничтожным (п. 2 ст. 168, ст. 180 ГК РФ), либо договор следовало бы считать не относящимся к категории банковского вклада (подробнее см. п. 1.5 комментария к ст. 834 ГК РФ).

Выплата процентов представляет собой денежное обязательство банка. Это обязательство не может быть заменено в договоре на иное имущественное предоставление. В части обязанности банка по выплате процентов комментируемая норма является императивной. В то же время должно допускаться дополнение этой обязанности иным обязательством банка по имущественному предоставлению (см. п. 1.5 комментария к ст. 834 ГК РФ).

Размер процентов определяется договором в пределах, допустимых по закону. Размер процентов обычно устанавливается в виде процента от основного вклада, выплачиваемого за определенный период (как правило, за год). Формально-юридически допустимо установление размера процентов в виде определенной суммы, подлежащей периодической выплате или даже суммы, которая выплачивается по окончании срока вклада, однако такие условия нечасто встречаются на практике.

Установление размера процентов в виде ничтожно малой величины может рассматриваться как обход закона (ст. 10 ГК РФ), такое ограничение обязанности банка по выплате процентов не может быть защищено в суде, и проценты подлежат уплате в размере, предусмотренном абз. 2 комментируемого пункта. Но здесь, безусловно, следует учитывать реальную рыночную конъюнктуру. При нулевой инфляции, мизерной ключевой ставке и низких процентных ставках по кредитам действительно могут начисляться проценты по вкладам, измеряемые долями процента.

Размер процентов может быть фиксированным и неизменным или изменяющимся, плавающим (подробнее см. комментарий к п. 2 настоящей статьи).

Процент обычно указывается в договоре (при фиксированной ставке), либо в договоре фиксируется порядок его определения (при плавающей ставке). Простая отсылка в договоре к установленным банком

тарифам (условиям вклада) может нарушать права вкладчика, если он не ознакомлен с такими тарифами (условиями) по вкладу (Определение КГД ВС РФ от 26 сентября 2006 г. № 34-В06-65), поэтому банк должен в такой ситуации вручить вкладчику документ, фиксирующий применимый к их договору процент по вкладу, до подписания договора вкладчиком. Волеизъявление вкладчика на заключение договора должно включать в себя и согласие с размером процента или порядком его определения.

1.1. Последствия отсутствия в договоре указания на процент. Размер процентов не является существенным условием договора банковского вклада. Профессионализм банков позволяет им избегать такого рода пробелов в тексте договора. В связи с этим размер процентов обычно всегда предусматривается договором. В тех же случаях, когда размер процентов по какой-либо причине окажется не предусмотренным договором, абз. 2 комментируемого пункта через отсылочную норму (п. 1 ст. 809 ГК РФ) определяет размер процентов в виде ключевой ставки Банка России за соответствующий период. В этом случае процентная ставка является плавающей и определяется за соответствующие периоды пользования банком суммой во вкладе. С экономической точки зрения это невыгодно банку, поскольку привлекаемые им вклады обычно обслуживаются по ставке ниже ключевой. Именно поэтому такое положение вещей не наблюдается на практике.

Размер процентов по валютным вкладам, не установленный договором, видимо, следует определять по размеру процентов, согласованному в других договорах данного банка с вкладчиками по аналогичным вкладам в той же валюте. При отсутствии этих данных можно опереться на средние ставки по вкладам в той же валюте. Впрочем, эти вопросы вряд ли когда-либо встанут на практике.

2. Право банка изменить размер процента по вкладам до востребования. Вклады до востребования являются бессрочными. Отношения по этому виду вклада могут быть сколь угодно продолжительными. Экономически цена денег на рынке постоянно меняется с той или иной степенью волатильности. Поэтому, если бы проценты на вклад оставались неизменными, доходность по вкладу периодически переставала бы отвечать принципу имущественной эквивалентности в гражданском обороте. Для того чтобы доходность по вкладу была относительно взаимовыгодной, комментируемый пункт в соответствии со ст. 310 ГК РФ допускает изменение размера процентов по договору его профессиональным участником – банком. Данное право банка является секундарным (преобразовательным) правом, для реализа-

ции которого достаточно волеизъявления одной стороны – банка. Комментируемая норма является диспозитивной, и в договоре может быть предусмотрено, что банк не имеет такого права. Проценты могут изменяться как в сторону увеличения, так и в сторону уменьшения. Правовая позиция ВС РФ о том, что незаконно условие договора банковского вклада, предусматривающее право банка изменять размер процентной ставки по договору банковского вклада до востребования (п. 19 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ от 27 сентября 2017 г.), является ошибочной, поскольку противоречит комментируемой норме.

2.1. Злоупотребление правом. Согласно п. 4 ст. 450.1 ГК РФ не допускается злоупотребление правом на одностороннее изменение условий договора. Поэтому банк не вправе снизить ставку по вкладам до востребования неразумно и недобросовестно без каких-либо убедительных экономических резонов. В частности, если банк существенно снизил согласованную ставку в условиях, когда ни динамика процентных ставок, ни инфляционные процессы само решение о понижении или глубину снижения не оправдывали, суд должен констатировать недобросовестное осуществление права. В таком случае суд признает одностороннюю сделку снижения ставки ничтожной. По вопросу о том, признается ли эта сделка ничтожной в целом, либо лишь в части, превышающей порог добросовестной соразмерности (ст. 180 ГК РФ), см. комментарий к п. 3 настоящей статьи.

2.2. Способы коммуникации. Увеличение банком процентной ставки улучшает имущественное положение вкладчика, и поэтому такое волеизъявление банка не требуется доводить до сведения вкладчика. Такое действие является односторонним действием банка (сделкой), имеющим внешнее проявление, но не требующим восприятия другой стороной – вкладчиком. Уменьшение же процентов банком своим односторонним волеизъявлением производит ухудшение в имущественной сфере вкладчика. Поэтому закон должен обеспечить защиту его интереса, с тем чтобы вкладчик имел возможность забрать свой вклад, если его не устраивает новая ставка, в том числе для того, чтобы разместить свои денежные средства на более выгодных условиях в этом же или в ином банке (оформив иной вид вклада) либо вовсе отказаться от «хранения» денег в банках. Для этих целей комментируемый пункт обязывает банк сообщить вкладчикам об уменьшении процентов. Данное сообщение является односторонней сделкой, влекущей преобразование отношений по банковскому вкладу, с применением пониженной ставки процентов. По общему правилу

пониженная ставка процентов начинает применяться к внесенным до сообщения вкладам по истечении месяца с момента соответствующего сообщения. Поскольку сообщение является односторонней сделкой, требующей восприятия другой стороны – вкладчика, моментом сообщения следует считать момент, когда у вкладчика появляется возможность воспринять волеизъявление банка. Иначе говоря, здесь в полной мере применяется правило ст. 165.1 ГК РФ. Обычно такое сообщение доставляется вкладчику моментально с помощью современных средств связи.

В судебной практике возник вопрос о допустимости сообщения вкладчикам об уменьшении ставки по вкладу посредством его размещения на информационных стендах в банке. КС РФ в 2001 г. в не формирующем обязательные правовые позиции «отказном» Определении признал это допустимым, отметив, что в п. 2 ст. 838 ГК РФ не установлены формы и способы такого сообщения. В соответствии с обычаями делового оборота, которые, как показалось КС РФ, существовали в тот период в банковской системе, одним из способов извещения клиентов является вывешивание банком сообщений на информационных стендах. Такие сложившиеся обычаи, как посчитал КС РФ, не противоречат действующему законодательству и не затрагивают конституционных прав граждан-вкладчиков (Определение КС РФ от 20 декабря 2001 г. № 264-О). По этому поводу следует заметить следующее. Изменение чужого гражданского права односторонней волей одной стороны существенно искажает базовый принцип автономии воли. Поэтому правопорядок в тех случаях, когда это допускается, должен встать на защиту интересов подчиненной чужой воле стороны. Лицо, своей односторонней волей ухудшающее имущественное положение другой стороны, обязано принять на себя издержки и риски уведомления этой стороны. В противном случае обязанность банка сообщить об уменьшении процентов по вкладу преобразуется, по существу, в обязанность вкладчика по проверке наличия изменения. С учетом этого та позиция КС РФ выглядела крайне сомнительной даже на момент ее формирования в 2001 г., так как вкладчики отнюдь не обязаны регулярно навещать офис банка с целью ознакомления с возможными изменениями условий заключенных им с банком договоров. В любом случае в современных условиях примененное КС РФ толкование закона выглядит вовсе нелепо, поскольку многие вкладчики, открыв вклад, не появляются в банке длительное время, используя современные системы интернет-банкинга, включая мобильный банк. Более того, современные банковские технологии в установленных случаях позволяют открыть вклад удаленно, без посещения банка. По-

скольку современные системы связи существенно снижают издержки на массовое уведомление вкладчиков, а также учитывая доступность таких систем для вкладчиков, следует заключить, что банки обязаны персонально уведомить каждого вкладчика с помощью названных систем. Действующая банковская практика показывает, что банки уже с успехом внедрили такие технологии, которые используют мгновенное взаимодействие менеджера банка и клиента банка (электронная почта, СМС-сообщения и пуш-уведомления, чаты, в том числе с использованием ботов, и т.д.).

2.3. Диспозитивность. Формально-юридически комментируемую норму можно рассматривать как диспозитивную. Однако возникает вопрос о пределах этой диспозитивности. Если считать ее полностью диспозитивной в том смысле, что договором может быть предусмотрено отсутствие обязанности банка сообщать вкладчику об уменьшении процентов по вкладу до востребования, это могло бы нарушить имущественные интересы вкладчика. Такое условие могло бы рассматриваться как противоречащее цели законодательного регулирования и просто явно несправедливое и неприемлемо ухудшающее положение вкладчика, как минимум если он является гражданином. Поэтому условия договора вклада, заключенного банком с вкладчиком-гражданином, которые освобождают банк от обязанности сообщать вкладчику об уменьшении ставки путем направления соответствующего письменного сообщения в бумажной или электронной форме и возлагают на самого вкладчика бремя проверки актуальных ставок по вкладам до востребования путем посещения офиса банка или регулярного инициативного мониторинга банка, должны признаваться судами в качестве ничтожных по правилам п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей. Действительность подобного же условия, включенного в договор с юридическим лицом, в частности коммерческой организацией, может быть предметом обсуждения. Этот вопрос носит более общий характер и касается пределов диспозитивности правила, закрепленного в п. 1 ст. 165.1 ГК РФ и фиксирующего, что правовые последствия юридически значимых сообщений, заявлений и уведомлений наступают с момента доставки.

Если диспозитивность указанной нормы истолковать ограничительно, как относящуюся к сроку сообщения, то в тех случаях, когда данный срок будет уменьшен договором до ничтожно малой величины, то и это вступило бы в противоречие с целью законодательного регулирования. Поэтому, исходя из телеологического толкования комментируемого положения, есть основания полагать, что его диспозитивность следует ограничить. Очевидно, что целью законодателя было защитить

интерес вкладчика в отношении его возможностей к получению вклада, проценты на который уменьшены, и размещению его на более выгодных условиях. Период, скажем, в три дня ставит вкладчика в сложное положение, вынуждая совершать активные действия по снятию вклада при несогласии с новым уровнем процентной ставки в крайне сжатые сроки. Следовательно, диспозитивность нормы может быть реализована только в сторону увеличения предусмотренного месячного срока, но не в сторону уменьшения.

В случае незаконного уменьшения срока сообщения об уменьшении процентов, а также изменения процентной ставки с момента ее объявления банком, вкладчик имеет право потребовать взыскания долга в размере причитающихся ему процентов, неправомерно уменьшенных банком, а также процентов за пользование чужими денежными средствами на основании ст. 395 ГК РФ (Определение КГД ВС РФ от 7 декабря 1999 г. № 56-В99-6к).

Другим вариантом толкования нормы является допущение ее полной диспозитивности, однако исходя из фактических обстоятельств каждого случая реализация такого права банком могла бы стать предметом оценки суда на соответствие таких действий п. 3 ст. 307 ГК РФ. Однако данный вариант толкования является менее предпочтительным, поскольку влечет риски правовой неопределенности и принятие судами различных решений в типичных ситуациях.

3. Изменение ставки по срочным вкладам. В исторической ретроспективе вопрос о допустимости одностороннего уменьшения банком процентов по срочным вкладам вызывал некоторую неопределенность в судебной практике. На момент вступления в силу первоначальной редакции части второй ГК РФ (1 марта 1996 г.) действовала прежняя редакция ч. 2 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности, которая допускала одностороннее изменение процентных ставок, если это предусмотрено законом или договором. Эта норма была признана противоречащей Конституции РФ. Суд постановил, что положение ч. 2 ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности об изменении банком в одностороннем порядке процентной ставки по срочным вкладам граждан, как позволяющее банку произвольно снижать ее исключительно на основе договора, без определения в федеральном законе оснований, обуславливающих такую возможность, не соответствует Конституции РФ. При этом было указано, что в отсутствие закрепленных в федеральном законе оснований для снижения процентных ставок по срочным вкладам граждан банк не вправе предусматривать в заключаемых с гражданами договорах условие, позволяющее ему

снижать в одностороннем порядке процентные ставки по этим вкладам (Постановление КС РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П).

На настоящий момент закон закрепляет дифференцированное решение данного вопроса.

3.1. Вклад, внесенный гражданином. С 1996 г. интерес вкладчика-гражданина по срочным и условным вкладам в недопустимости одностороннего уменьшения банком размера процентов защищен законом. Проценты по таким вкладам могут уменьшаться только в случаях, предусмотренных законом. Таким случаем является, в частности, досрочное получение вкладчиком срочного (условного) вклада (п. 5 ст. 837 ГК РФ). Включение в договор вклада, заключенного с гражданином, неизвестного закону условия о праве банка в одностороннем порядке уменьшить процентную ставку по срочному (или условному) вкладу невозможно.

При этом одностороннее увеличение банком процентов по срочным и условным вкладам допускается, поскольку идет к очевидной выгоде вкладчика и его интересов нарушать не может.

В случае наличия в договоре срочного (условного) вклада с гражданином условия о праве банка на одностороннее уменьшение размера процентов такое условие является ничтожным и не влечет юридических последствий. Следовательно, выплата банком уменьшенных процентов является нарушением обязательства и влечет ответственность банка за причиненные убытки. В этом случае вкладчик имеет право претендовать не только на выплату ему надлежащих процентов (в размере без уменьшения), но также и на возмещение убытков, которые могут быть определены по основанию, предусмотренному абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ в размере полученных банком доходов. Этот размер может быть определен исходя из размера процентов, которые в этот период банк получал по кредитным договорам соответствующей продолжительности.

Указанное ранее ограничение свободы договора не распространяется на те случаи, когда сама процентная ставка является плавающей и зависящей не от воли банка, а от объективных переменных величин. Например, если ставка по вкладу привязана к уровню ключевой ставки (например, ключевая ставка минус три процентных пункта), снижение ключевой ставки автоматически понизит и ставку по вкладу. Такое проявление свободы договора вполне законно.

В тех маловероятных случаях, когда срочный или условный вклад не предусматривает размера процентов, вследствие чего на основании п. 1 ст. 838 и п. 1 ст. 809 ГК РФ он определяется размером ключевой ставки за соответствующие периоды, изменение размера процентов допускается. В данной ситуации нет одностороннего уменьшения

размера процентов банком, поскольку такое изменение зависит не от его воли, а от реализации компетенции государственного органа – Банка России. В этом случае размер процентов является плавающим и может как увеличиваться, так и уменьшаться. По схожей причине не является односторонним уменьшением банком размера процентов такой случай, когда вследствие падения курса иностранной валюты рублевый эквивалент размера процентов уменьшается.

В случае правопреемства по договору срочного вклада с юридическим лицом, когда на стороне вкладчика оказывается гражданин, условие договора об одностороннем уменьшении процентов должно сохранять силу, поскольку права переходят в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права (п. 1 ст. 384 ГК РФ). Такой же подход должен применяться и при обратной инверсии вкладчиков (замена гражданина на юридическое лицо).

Последовательное упрочение защиты интересов вкладчиков-граждан по срочным банковским вкладам подвигает банки к такой договорной технике, согласно которой договор содержит множество ставок по договору срочного банковского вклада. На практике встречаются случаи, когда банки предусматривают одну ставку для первоначального вклада, другую ставку (как правило, в меньшем размере) на дополнительные взносы (сумма пополнения вклада), еще одна ставка устанавливается на сумму капитализированных процентов, иная ставка – на случай пролонгации договора. При этом некоторые ставки порой устанавливаются посредством отсылки к тарифам банка и непосредственно в документе, оформляющем вклад, не указываются. Эта практика может вызывать вопросы в отношении добросовестности банка, поскольку она заключается в камуфлировании невыгодных для вкладчика условий в расчете на его невнимательность (скрытые проценты). Такие и подобные условия договоров следует рассматривать на соответствие принципу запрета несправедливых условий договоров. Если недобросовестность банка доказана, в том числе в случае, когда банк не сможет мотивировать разумность такой договорной практики, скрытые проценты не подлежат применению.

3.2. Вклад, внесенный юридическим лицом. По договору срочного или условного вклада с юридическим лицом размер процентов также по общему правилу не может быть односторонне уменьшен банком. Исключением являются случаи, установленные законом, которые тождественны аналогичным ситуациям по договорам с гражданами. Однако по договору с юридическим лицом одностороннее уменьшение банком размера процентов может быть предусмотрено самим договором (п. 2 ст. 310 ГК РФ).

Закон не уточняет параметров такого условия договора о праве банка на уменьшение размера процентов. Это положение отдается законом на усмотрение сторон. Условие договора может предусматривать обстоятельства, при которых такое право возникает у банка (например, уменьшение ключевой ставки), и порядок уменьшения процентов (например, пропорционально уменьшению ключевой ставки). Однако в силу свободы договора право банка на уменьшение процентов может быть определено договором как полностью потестативное, т.е. зависящее от одного лишь усмотрения банка.

Такое право банка является секундарным (преобразовательным) правом, которое может быть реализовано посредством односторонней сделки. Волеизъявление банка об уменьшении процентов должно быть получено вкладчиком, чтобы эффект преобразования (изменения размера процентов) имел юридические последствия (ст. 165.1 ГК РФ).

Одностороннее уменьшение размера процентов за прошлые периоды не должно допускаться, поскольку это нарушило бы обоснованные ожидания вкладчика, который не может изменить свои действия в прошлом.

Одностороннее уменьшение размера процентов, как и всякое одностороннее изменение условий обязательства, подчиняется принципу добросовестности (п. 4 ст. 450 ГК РФ). В защите права банка уплачивать меньшие проценты может быть отказано полностью или в части, в том числе если сделка по одностороннему уменьшению размера процентов может быть признана судом ничтожной (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Если одностороннее уменьшение размера процентов банком признается судом недобросовестным, вкладчик имеет право требовать уплаты ему большего размера процентов. В этих случаях представляется обоснованным не уменьшать проценты до размера рыночно оправданных, а присудить проценты в том размере, в котором они причитались вкладчику до такого недобросовестного их изменения (в первоначальном размере, предусмотренном договором), по крайней мере в тех случаях, когда несоразмерность снижения являлась для банка очевидной. В противном случае (присуждение процентов в рыночно обоснованном размере) правопорядок не будет должным образом стимулировать банки вести себя добросовестно, так как при недобросовестном уменьшении процентов они ничего не потеряют, получив возможность уплачивать проценты в рыночно обоснованном меньшем размере. Если же размер процентов хотя и превышает определенную судом справедливую величину, но превышение не столь очевидно, то размер процентов может быть уменьшен судом до рыночного (ст. 180 ГК РФ).

3.3. Сберегательные (депозитные) сертификаты. Размер процентов, предусмотренный сберегательным (депозитным) сертификатом, согласно комментируемому пункту не может быть изменен в одностороннем порядке. Данная норма в системном единстве со всем содержанием п. 3 данной статьи должна рассматриваться как императивная, что объясняется характером отношений. При этом не допускается не только уменьшение, но и всякое изменение размера процентов. Права закреплены ценной бумагой, которая обычно находится в обороте.

Теоретически можно было бы допустить одностороннее изменение процентов по основаниям и в порядке, предусмотренном в сертификате, однако это, видимо, не представляется законодателю практически удобным, вследствие чего договорная свобода ограничивается. Формально-юридически допустимо изменение процентов по соглашению сторон, поскольку норма запрещает лишь одностороннее изменение процентов. Однако и это мало реалистично в отношении находящихся в обороте ценных бумаг. Впрочем, ничего из сказанного не блокирует возможность фиксации в сертификате плавающей процентной ставки, автоматически изменяющейся при изменении значения неких элементов формулы процента (например, в случае привязки процента к уровню ключевой ставки Банка России).

Статья 839. Порядок начисления процентов на вклад и их выплаты

1. Проценты на сумму банковского вклада начисляются со дня, следующего за днем ее поступления в банк, до дня ее возврата вкладчику включительно, а если ее списание со счета вкладчика произведено по иным основаниям, до дня списания включительно.

2. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, проценты на сумму банковского вклада выплачиваются вкладчику по его требованию по истечении каждого квартала отдельно от суммы вклада, а не востребовавшие в этот срок проценты увеличивают сумму вклада, на которую начисляются проценты.

При возврате вклада выплачиваются все начисленные к этому моменту проценты.

Комментарий

1. Период начисления процентов. Процентное обязательство по самому своему существу требует регламентации процентного периода,

т.е. того отрезка времени, в который производится начисление процентов на сумму вклада, а также порядка реализации прав вкладчика на получение процентов.

1.1. Границы процентного периода. Пока вклад находится у банка, согласно банковским нормативам, банк имеет больше возможностей по выдаче кредитов, поскольку получает от них процентный доход. Этому должна корреспондировать обязанность банка по его процентным расходам на вклады, что соответствует принципу эквивалентности в гражданском праве.

В исторической ретроспективе до 4 апреля 2005 г. ни день внесения вклада, ни день возврата вклада не включались в процентный период. За эти дни вкладчик процентов не получал. Теоретически день внесения вклада мог бы включаться в процентный период, а день возврата вклада — не включаться. Возможна и другая регламентация, когда день внесения вклада не включается в процентный период, а день его возврата — включается. Именно последняя модель сейчас воспринята законодателем. Независимо от времени внесения вклада (утро, день, вечер), этот день не включается в процентный период, а проценты начинают начисляться на вклад на следующий день. Данное законодательное решение принято, видимо, не столько ввиду соотношения имущественных интересов сторон, сколько в соответствии с принятыми в банковском деле технологиями, согласно которым проценты начисляются на входящий остаток на начало соответствующего операционного дня. Таким образом, в момент внесения вклада начало операционного дня уже миновало, а в день возврата проценты всегда уже начислены за этот день в самом начале операционного дня. Окончание процентного периода определяется днем возврата вклада включительно. За тот день, в который вкладчику возвращается вклад, проценты также начисляются, независимо от времени такого возврата (утро, день, вечер).

Процентный период оканчивается не только в случае возврата вклада вкладчику, но и в случае списания вклада по иным основаниям. Например, процентный период заканчивается в случае списания вклада по исполнительным документам, в том числе в связи с обращением на него взыскания. При этом проценты за день, в который произошло списание вклада, также начисляются, как и в случае возврата вклада вкладчику, причем независимо от времени списания (утро, день, вечер).

Если банк списывает сумму банковского вклада необоснованно, он обязан к уплате процентов, если отвечает за это.

2. Порядок начисления процентов. Процентное обязательство обладает некоторым своеобразием в ряду других гражданско-правовых

обязательств. Право на проценты является производным и связанным с основным обязательством по возврату вклада (капитальной суммой). В этом смысле оно выступает дополнительным и придаточным требованием. В то же время оно является отдельным от основного обязательства и не сливается с ним, за исключением случаев капитализации процентов, т.е. присоединения причитающихся процентов к сумме вклада (причисление процентов). В последнем случае дополнительное требование преобразуется в основное требование.

Теоретически каждая секунда нахождения капитальной суммы во вкладе порождает процентное требование за эту секунду. Между тем обыкновения и правовой режим вкладных операций не требуют столь малой темпоральной фрагментации (хотя в силу специального условия договора она гипотетически возможна). Она слишком ничтожна и практически не нужна. Поскольку вкладчик при определенных условиях имеет право потребовать возврата вклада в любой момент, в том числе до истечения срока вклада, это предопределяет минимально необходимую темпоральную дискретность для процентного требования — один день. Технически в этом случае необходимо определить, сколько дней капитальная сумма находилась во вкладе, и соотнести этот период со ставкой процентов по договору.

Если вкладчик утром внес вклад, а вечером забрал его, никаких процентов ему не причитается, поскольку, когда он вносил вклад, операционный день уже начался, а проценты на новые вклады подлежат начислению в начале следующего операционного дня. Когда он забирает вклад вечером, начало следующего операционного дня еще не наступило, поэтому проценты еще не начислены. Если вкладчик внес вклад и на следующий день возвратил его, ему причитаются проценты на вклад за один день.

Из этого следует, что процентное обязательство возникает каждый день. Следовательно, у вкладчика имеется одно требование по возврату капитальной суммы вклада и столько процентных требований, сколько дней капитальная сумма находилась во вкладе (при отсутствии капитализации вклада за этот период). Поэтому, например, годовой вклад порождает 365 требований (в високосный год — 366). Каждое из этих сотен требований является субъективным гражданским правом, которому корреспондирует соответствующий долг. На практике капитализация вклада (причисление процентов к сумме вклада) в силу условий договора происходит чаще (по общему правилу ежеквартально, а в силу условий договора нередко каждый месяц), поэтому приведенный абстрактно-арифметический пример меняется, поскольку каждый случай капитализации прекращает процентное

обязательство банка, увеличивая, соответственно, капитальную сумму вклада.

2.1. Срок выплаты процентов. Срок, в который процентные обязательства должны исполняться (т.е. срок выплаты процентов на вклад), комментируемой нормой отдается на усмотрение сторон договора. Проценты могут подлежать выплате каждый день, после накопления за определенный период или только вместе с возвратом капитальной суммы.

Но если конкретный срок выплаты процентов не предусмотрен договором, проценты согласно комментируемой норме подлежат выплате вкладчику по его требованию после истечения каждого квартала. На практике достаточно часто договоры предусматривают ежемесячную выплату процентов по требованию вкладчика. Получение вкладчиком процентов не затрагивает сам вклад, т.е. капитальную сумму. Удовлетворение одного или нескольких процентных требований вкладчика не тождественно удовлетворению требования о возврате вклада — это отдельные требования. Современные программные средства по управлению банковскими вкладами учитывают эту юридическую структуру правоотношения и предлагают вкладчику соответствующие опции по снятию начисленных процентов.

Указание на требование вкладчика о выплате начисленных процентов означает, что вкладчик, желающий получить начисленные проценты, должен уведомить банк об этом. После получения такого требования созревает долг банка по выплате процентов, а неперечисление (или невыдача) начисленных и затребованных процентов вкладчику будет означать просрочку банка и влечь применение к банку мер договорной ответственности. Надо заметить, что обязательство по уплате процентов на вклад является денежным обязательством. Тот факт, что оно выступает придаточным и дополнительным по отношению к обязательству по возврату вклада, не изменяет денежного характера этого долга. Следовательно, во всех случаях просрочки в уплате процентов за пользование вкладом, за которую отвечает банк, вкладчик вправе требовать уплаты ему процентов по правилам ст. 395 ГК РФ. Если за просрочку в уплате процентов договором установлена неустойка, то она подлежит уплате (п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Такая неустойка взыскивается вместо процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 4 ст. 395 ГК РФ). Кроме того, просрочка в выплате начисленных и востребованных процентов должна давать вкладчику право на расторжение договора и досрочный возврат вклада.

Договор может предусматривать обязанность банка перечислять начисленные за соответствующий период проценты на тот или иной счет вкладчика (например, на лицевой счет вкладчика, открытый в том же банке). То же, видимо, может быть указано и в отдельном распоряжении вкладчика, который поручает банку в будущем перечислять такие проценты без какого-либо отдельного напоминания на указанный счет.

2.2. Невостребованные проценты. По смыслу комментируемого пункта по общему правилу проценты, неостребованные и не перечисленные банком на указанный вкладчиком счет на основании заранее данного распоряжения вкладчика, увеличивают сумму вклада. Это называется капитализацией процентов, которые преобразуются во вклад, т.е. в капитальную сумму. Они становятся юридически неразличимой суммой вклада (хотя арифметически она вполне может вычисляться). Выделение суммы причисленных процентов в составе капитальной суммы может потребоваться, если возникает спор, например, о надлежащих процентах. Вкладчик может быть не согласен с размером подлежащих капитализации процентов в силу ли счетной ошибки банка или по каким-либо иным причинам, полагая его бóльшим. Банк же может исходить из того, что причисленные к вкладу проценты он определил правильно. Если спор разрешается в пользу вкладчика, сумма процентов, причисленных к вкладу, увеличивается, а вместе с этим увеличивается и сам размер вклада; если же спор оказывается разрешенным в пользу банка, т.е. когда размер причисленных процентов банком является надлежащим, сумма процентов и сама сумма вклада остаются неизменными.

Капитализация процентов производится в тот момент, когда они оказываются неостребованными вкладчиком, если договор не предусматривает обязанность банка перечислять начисленные проценты на указанный счет автоматически. Если действует диспозитивное правило комментируемой нормы, каждый квартал сумма процентов, неостребованная вкладчиком и не перечисленная банком на указанный вкладчиком в ранее данном распоряжении счет, увеличивает сумму вклада. Если договором предусмотрен иной срок востребования процентов (например, ежемесячно), капитализация, соответственно, производится ежемесячно. Вкладчик не обязан требовать капитализации — она производится банком самостоятельно.

Договором может быть предусмотрено, что капитализация процентов не производится. Если при этом в силу условий договора или отдельного распоряжения вкладчика банк не обязан также и перечислять начисленные за тот или иной период проценты на указанный счет

вкладчика, начисленные проценты находятся в режиме их выплаты по востребованию вкладчика.

Буквальное толкование не очень пространной нормы о капитализации процентов может приводить к логическому тупику: востребовать проценты до окончания периода их начисления вкладчик не может, а на следующий день они уже капитализируют сумму вклада. Технически это обычно разрешается за счет определения волеизъявления вкладчика по вопросу капитализации при заключении договора: он выбирает допустимую опцию — получать проценты или капитализировать вклад. При этом обычно, даже если проценты капитализируют вклад, для вкладчика сохраняется возможность снятия с вклада суммы, образовавшейся в результате капитализации, без санкций в виде пересчета процентов посредством соответствующего распоряжения по вкладу. Современные интерфейсы, которые используют банки, содержат информацию о текущем состоянии вклада, указывая, какую сумму накопленных процентов вкладчик может снять с вклада. Также вполне допустимо установить в договоре период, например за несколько дней до истечения процентного периода, в который вкладчик может заранее изъявить свою волю относительно подлежащих начислению процентов, а его молчание рассматривать как согласие на капитализацию процентов. Возможно и условие договора о том, что проценты капитализируют вклад не сразу после истечения периода начисления, а с отсрочкой в некоторое количество дней, в течение которых вкладчик может востребовать их выплаты и избежать капитализации.

По общему правилу начисление сложных процентов (процентов на проценты) не допускается, но для банковских вкладов сделано исключение (п. 2 ст. 317.1 ГК РФ). Соответственно, после капитализации на сумму, ранее имевшую природу процентов, будут начисляться проценты по вкладу.

Правило о капитализации процентов применяется лишь к тем вкладам, которые предусматривают обязанность банка периодически производить частичную выплату начисленных за тот или иной отрезок времени процентов по вкладу по требованию вкладчика. Если по условиям договора банк обязан выплатить проценты в конце срока вклада вместе с основной суммой вклада, периодическая капитализация процентов за отдельные отрезки времени в рамках срока вклада не производится. Так, в судебной практике это было признано применительно к целевым вкладам на детей. По договору целевого вклада на детей право вкладчика требовать выплаты процентов по вкладу возникло лишь при наступлении предусмотренных вкладом условий — по достижении

вкладчиком 16-летнего возраста и 10-летнего срока хранения вклада (п. 1 раздела судебной практики по гражданским делам Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ № 2 (2009), утвержденного Постановлением Президиума ВС РФ от 16 сентября 2009 г.).

В случае просрочки возврата суммы вклада проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК РФ, начисляются на всю сумму вклада, увеличенного (подлежавшего увеличению) на сумму не востребовавшихся процентов в результате срабатывания механизма капитализации (п. 15.1 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

2.3. Запрет на выплату процентов позже момента возврата вклада.

Причитающиеся вкладчику проценты могут выплачиваться ранее возврата вклада или одновременно с ним, согласно условиям договора, но не позднее. Причитающиеся проценты всегда должны быть выплачены вкладчику. Если проценты не были востребованы, перечислены на тот или иной счет по ранее сделанному распоряжению вкладчика или капитализированы, то самый поздний срок их выплаты в полном объеме — это момент возврата вклада его вкладчику. Норма о возврате вклада со всеми начисленными к этому моменту процентами является императивной. Условие договора о выплате процентов позднее возврата вклада ничтожно. Это объясняется тем, что в противном случае невыплаченные банком проценты превратились бы, по существу, в беспроцентный вклад, что противоречило бы правилу о возмездном характере договора банковского вклада.

Статья 840. Обеспечение возврата вклада

1. Возврат вкладов граждан банком обеспечивается путем осуществляемого в соответствии с законом обязательного страхования вкладов, а в предусмотренных законом случаях и иными способами.

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

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

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

Комментарий

1. Обеспечение требований вкладчиков-граждан. Вклады в банках рассматриваются как консервативный способ инвестирования. Он отличается наименьшим риском, но обычно не дает высокого дохода. Основными вкладчиками являются граждане, которые не готовы осуществлять более рискованные операции – покупку акций, облигаций, финансовых инструментов и т.п. Но многие юридические лица также держат свои свободные средства во вкладах. Главной целью таких инвесторов является не только извлечение пассивного дохода, но и надежное сбережение своих средств, их сохранность. Если эти цели не достигаются и вклады граждан являются ненадежным способом вложения свободных средств и легко испаряются в случае банкротства банка, граждане чаще предпочитают хранить свои сбережения у себя в наличной форме или в банковских ячейках, что выводит эти деньги из оборота и не позволяет банкам наращивать кредитование тех, кому денежные средства нужны для потребления или инвестирования. Это приводит к замораживанию деловой активности, которая в современных условиях осуществляется преимущественно за счет кредитного плеча.

Кроме того, отсутствие надежных обеспечений на случай банкротства банков делает вкладчиков очень чувствительными к любым слухам о проблемах в деятельности их банков и провоцирует периодические банковские паники и набеги на банки, когда большое число вкладчиков неожиданно решают востребовать досрочно свои вклады, что может легко разорить (и в истории постоянно приводило к разорению) банки, действующие в условиях частичного резервирования. В ситуации, когда закон решает дать вкладчикам-гражданам право досрочно востребовать срочные вклады, указанный ранее риск способен очень существенно дестабилизировать банковскую систему: разорение в результате набега вкладчиков одного крупного банка может запустить цепочку таких же разорений и привести к тотальному финансовому краху. Создание той или иной системы государственных гарантий сохранности вкладов позволяет вкладчикам менее нервно реагировать на слухи.

Все эти и некоторые иные резоны привели ряд зарубежных стран и в конце концов Россию к созданию государственной системы страхования вкладов. Впрочем, такая навязанная людям, а не приобретенная ими гарантия их вложений имеет и свои политико-правовые недостатки (например, дестимулирует граждан проявлять осторожность при выборе банка), подробное обсуждение которых выходит за рамки настоящего комментария.

1.1. Страхование вкладов. Итак, одним из юридических средств обеспечения вкладов является установление системы обязательного страхования банковских вкладов граждан. Издержки по страхованию ложатся на банки, взамен этого банки получают приток вкладов, которые служат экономической базой для выдачи кредитов и других банковских операций.

Начиная с декабря 2003 г. в России действует система обязательного страхования большинства (но не всех) банковских вкладов. Правовой основой этой системы является Закон о страховании вкладов. Для банков, привлекающих в соответствии с лицензией банковские вклады граждан, участие в этой системе страхования является обязательным. Страхование вкладов осуществляется в силу закона и не требует заключения договора страхования.

С 1 января 2019 г. в соответствии с Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 322-ФЗ система страхования банковских вкладов распространена и на вклады индивидуальных предпринимателей, а также на малые предприятия, которые в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» включены в соответствующий реестр.

Страховым случаем, который дает вкладчику право на выплату страхового возмещения, являются отзыв (аннулирование) лицензии у банка или введение моратория на удовлетворение требований кредиторов банка. Страховые выплаты осуществляет АСВ. По общему правилу возмещение по вкладам в банке, в отношении которого наступил страховой случай, выплачивается каждому вкладчику в размере 100% суммы вкладов в банке, но не более 1 млн 400 тыс. руб. Если вкладчик имеет несколько вкладов в одном банке, возмещение выплачивается по каждому из вкладов пропорционально их размерам, но не более 1 млн 400 тыс. руб. в совокупности. Если страховой случай наступил в отношении нескольких банков, в которых вкладчик имеет вклады, размер страхового возмещения исчисляется в отношении каждого банка отдельно.

Из п. 2 ст. 2 Закона о страховании вкладов следует, что в понятие вклада в этом Законе включаются капитальная сумма, а также причисленные к вкладу проценты. При буквальном его толковании можно прийти к выводу, что имеющиеся на вкладе проценты, которые начислены, но не капитализированы, не охватываются страховой суммой в размере 1 млн 400 тыс. руб. Такое толкование не соответствует целям страховой защиты. Любой долг банка по договору банковского вклада или банковского счета должен покрываться названной максимальной суммой страховой защиты.

С политико-правовой точки зрения установление обязательного страхования только для граждан, индивидуальных предпринимателей и малых предприятий с исключением из системы страхования вкладов остальных юридических лиц может вызывать сомнения. Привлечение свободных денежных средств во вклады является общим благом и необходимо для более интенсивного развития экономики. Консервативные инвесторы могут быть и в числе юридических лиц, особенно среди некоммерческих организаций. Поэтому имеются основания для развития законодательства в этой части, чтобы установить единый правовой режим обязательного страхования вкладов без дифференциации вкладчиков. Это позволит не только еще более укрепить доверие к банковской системе, но и устранить серьезные затруднения для случаев правопреемства по вкладам, когда вкладчик-гражданин заменяется вкладчиком – юридическим лицом и наоборот.

Установление верхней границы страховой защиты и деление вкладчиков на застрахованных (граждане) и незастрахованных (иные субъекты) повлекли развитие недобросовестной практики дробления вкладов, а также перевода денежных средств незастрахованными лицами застрахованным. В преддверии наступления страхового случая банки зачастую не могут осуществлять переводы денежных средств ввиду их отсутствия на корреспондентских счетах, однако так называемые внутрибанковские проводки между счетами и вкладами в одном банке могут осуществляться. Вкладчики, чьи вклады превышают пороговую величину (крупные вкладчики), переводят по договоренности с другими вкладчиками, чьи вклады незначительны (мелкие вкладчики), свои денежные средства внутрибанковской проводкой. Кроме того, в преддверии банкротства банка открываются новые депозиты с целью дробления вкладов. Другое злоупотребление выражается в переводе юридическими лицами денежных средств со своих вкладов (счетов) во вклады граждан по договоренности с ними, с тем чтобы вклады оказались застрахованными. Если указанные обстоятельства доказаны, суды обычно отказывают в предоставлении страховой защиты недобросовестным вкладчикам. Так, например, если крупный вкладчик оформляет в банке фиктивное снятие денежных средств со своего вклада и внесение вклада нескольким мелким вкладчикам для целей получения страхового возмещения в большем объеме, суды признают такие действия *недобросовестными* и одновременно *не влекущими возникновения отношений по договору* вклада ввиду реального характера данного договора (Определение КГД ВС РФ от 19 апреля 2016 г. № 9-КГ16-3). Мотивы подобных решений страдают юридическим противоречием, поскольку, если судом установлено, что договор

банковского вклада не заключен, так как реально вклад не внесен, это исключает необходимость обращения к принципу добросовестности. Вместе с тем такой подход является правильным по существу: дробление вкладов для целей незаконного получения большей суммы страхового возмещения противоречит букве и смыслу нормативной системы обеспечения возврата вкладов.

В других случаях, установив факт дробления вклада крупным вкладчиком с оформлением вкладов мелким вкладчикам, Суд приводит иные мотивы. Само по себе внесение технических записей по счетам клиентов и составление приходных кассовых ордеров не свидетельствует о заключении договора банковского вклада, поскольку, по смыслу ст. 140 ГК РФ, технические записи по счетам клиентов в банке, совершенные в условиях его неплатежеспособности, *не могут считаться деньгами* (Определение КГД ВС РФ от 20 сентября 2016 г. № 18-КГ16-110). Данные мотивы также вызывают сомнения, поскольку записи на счетах по вкладу, совершенные банком, представляют собой эмиссию безналичных денежных средств и как раз являются безналичными денежными средствами. В противном случае всякий юридический порок в действиях банка в отношении безналичных денежных средств может повлечь уничтожение самого понятия денежных средств, что представляет опасность для прочности гражданского оборота. Другое дело, что, коль скоро суд приходит к выводу о том, что соответствующие записи сделаны лишь для искусственного создания доказательств внесения вклада, такой договор банковского вклада не может считаться заключенным. Вкладчик ни при каких условиях не может получить право возврата вклада по договору банковского вклада, если вклад не был сделан. Если будет установлено, что снятие в преддверии отзыва у банка лицензии части средств с вклада одного лица и немедленное внесение той же самой суммы на вклад другого лица носили фиктивный характер, второй договор вклада следует считать незаключенным, и страховая защита по нему не предоставляется (Определение КГД ВС РФ от 19 июня 2018 г. № 5-КГ18-91).

Система страхования вкладов приводит к возникновению у вкладчика дополнительного притязания о выплате страхового возмещения к АСВ. Это требование имеет гражданско-правовой характер и подчиняется регулированию нормами гражданского права, предусмотренными ГК РФ, а также специальными законами, в частности Законом о страховании вкладов. Статья 9 названного Закона в редакции, действующей с 1 января 2019 г., предусматривает, что лицо, которое приобрело у вкладчика право требования по вкладу (вкладам) после наступления страхового случая, права на возмещение по такому вкладу

(вкладам) не имеет, за исключением случаев перехода права в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация) в пользу физических лиц, индивидуальных предпринимателей и малых предприятий. Чем вызвано такое ограничение на сохранение страховой защиты в случае уступки требований по вкладу после наступления страхового случая, с достоверностью установить не представляется возможным. Однако можно предположить, что ограничение правопреемства связано с опасением распространения практики так называемых автоюристов на получение страхового возмещения по вкладам. Анализ синдрома боязни автоюристов выходит за пределы настоящего комментария, хотя в своей основе он опирается на опасения агрессивных практик истребования причитающегося, которые, покуда они остаются в рамках закона, скорее, общественно полезны, чем вредны.

Названные ранее ограничения прав вкладчиков едва ли соответствуют Конституции РФ, поскольку ограничивают права вкладчиков по распоряжению своим имуществом (правом требования к банку и к АСВ). Для такого ограничения требуется наличие политико-правовых оснований высокого порядка, каковых в данном случае не имеется.

1.2. Иные обеспечения, предусмотренные законом. Возврат вкладов может обеспечиваться также иными способами, предусмотренными законом. Например, в соответствии с Федеральным законом от 10 мая 1995 г. № 73-ФЗ «О восстановлении и защите сбережений граждан Российской Федерации» государство гарантирует восстановление ценности вкладов, внесенных до 1991–1992 гг. в некоторые государственные финансовые институты.

1.3. Иные обеспечения, предусмотренные договором. В отношениях по договору банковского вклада банк является должником вкладчика. Обязательству банка по возврату вклада и уплате процентов, как и любому обязательству, присуща некоторая непрочность. Поскольку исполнение обязательства является действием должника, а не событием, наступающим неизбежно, никогда нельзя сказать наверняка, будет ли это действие совершено. Для укрепления обязательства в гражданском праве существуют специально предусмотренные для этого юридические средства — способы обеспечения исполнения обязательства. Последние широко используются в гражданском обороте, особенно для обеспечения исполнения заемных (кредитных) обязательств. Однако сложившаяся практика по вкладным операциям показывает, что обеспечение исполнения обязательств банком по договору банковского вклада, как правило, осуществлять не принято. Неудивительно, что в судебной практике отсутствуют случаи содержательного применения этой нормы. Надежность исполнения обязательства банка предпола-

гается достигнуть пруденциальным надзором по соблюдению банками финансовой устойчивости, страхованием вкладов и установлением для основной массы вкладчиков-граждан первоочередного удовлетворения требований при несостоятельности банка, а также специальными реабилитационными мерами при банкротстве банков. В принципе, чисто теоретически возможно и согласование с вкладчиком-гражданином иных обеспечений (например, поручительства, залога), но в реальной жизни такая практика не встречается.

2. Обеспечение требований вкладчиков, являющихся юридическими лицами. Для юридических лиц комментируемая норма предусматривает возможность обеспечения исполнения обязательства банка договором банковского вклада. Однако на практике таких случаев, как и в ситуации внесения вкладов гражданами, не выявлено.

2.1. Императивность или диспозитивность. Комментируемый пункт формально-юридически оставляет открытым вопрос о его императивности или диспозитивности. Обязан ли банк предусмотреть тот или иной способ обеспечения исполнения своего обязательства перед вкладчиком (юридическим лицом). Закон использует относительно нейтральный термин: способы обеспечения «определяются» договором банковского вклада. Как уже указывалось, сложившаяся практика с очевидностью свидетельствует о том, что данная норма не воспринимается как императивная. При таком подходе она является бессмысленной, поскольку в силу общего принципа автономии воли участники гражданского оборота вольны использовать или не использовать в своих договорных отношениях те или иные способы обеспечения исполнения обязательств. Эта норма является избыточной, поскольку при такой методологии ее следовало бы предписать любому договору. Все, что она может произвести, — это будировать вкладчика в его настойчивости по установлению обеспечения. Для сверхвысоких вкладов это еще может показаться реалистичным, однако для обычного вкладчика, хотя бы и юридического лица, возможность выговорить обеспечение не представляется практически возможным, и это особенно очевидно, если учитывать, что подавляющее большинство договоров банковского вклада заключаются на условиях договора присоединения.

Также нельзя не заметить, что п. 2 ст. 840 ГК РФ обладает слабым нормативным действием, поскольку не предписывает каких-либо конкретных характеристик обеспечения. Даже если бы он был императивным, его формальное применение оказалось бы невозможным, так как он не определяет ни вида, ни объема обеспечения. Поэтому без привлечения п. 3 ст. 307 ГК РФ оценка соблюдения такого предпи-

сания крайне затруднена, а исполнение принципа добросовестности для регулирования массовых типизированных моделей поведения нецелесообразно в силу высокой степени абстрактности правила о добросовестности и прецедентной формы его реализации.

Этот пункт в его диспозитивном истолковании также может ввести в заблуждение в том смысле, что он, по крайней мере, имплицитно противопоставляет вклад юридического лица вкладу гражданина. Между тем и для вкладов граждан установление какого-либо обеспечения со стороны банка не запрещено. Страхование вкладов не может здесь учитываться, поскольку является обязательным и возникает в силу закона.

3. Информирование. Обязанность по информированию вкладчика об обеспеченности вклада, установленная в комментируемом пункте, не имеет ограничений по субъекту и поэтому распространяется на любого вкладчика, будь то гражданин или юридическое лицо. Норма имеет императивный характер. Как указывалось ранее, банковская практика свидетельствует о том, что по вкладам с юридическими лицами никакого обеспечения не представляется. Поэтому в этой части подписание закона не имеет большого смысла.

Что касается вкладов граждан, то формально-юридически обязательное страхование вкладов к классическим способам обеспечения не относится, но в контексте комментируемой статьи такое страхование рассматривается как обеспечение. Это видно из того, что сама статья называется «Обеспечение возврата вклада», п. 1 данной статьи, говорящий о страховании вкладов, также обозначает эту систему в качестве обеспечения. Соответственно, имеются основания для более широкого понимания термина «обеспеченность возврата вклада», как минимум в контексте толкования данной статьи, с тем чтобы он охватывал обязательное страхование вкладов. При таком подходе банк обязан уведомить гражданина перед заключением договора о том, что его вклад таким образом обеспечен и на какую сумму он обеспечен. Для гражданина, не искушенного в постоянно меняющемся законодательстве, важно знать, в каких пределах он имеет гарантию по страхованию вкладов. Эта информация может помочь ему уменьшить риски потери вклада. Поэтому банки при заключении договора банковского вклада с гражданами обязаны предоставлять информацию о размере страхового покрытия.

Требование закона о предоставлении соответствующей информации при заключении договора банковского вклада следует понимать таким образом, что информация об обеспеченности вклада должна быть предоставлена до его заключения, с тем чтобы вкладчик мог

воздержаться от заключения договора, если посчитает обеспеченность вклада недостаточной.

Банк России рекомендовал кредитным организациям доводить в письменной форме до сведения граждан информацию о том, что денежные средства по совокупности вкладов и остатков на счетах физических лиц застрахованы исключительно в пределах суммы 1 млн 400 тыс. руб. (информационное письмо Банка России от 27 февраля 2017 г. № ИН-01-59/10 «Об информировании граждан при предложении им финансовых инструментов и услуг в кредитных организациях»; см. также Рекомендации АСВ от 30 июня 2005 г., протокол № 48).

3.1. Последствия нарушения требования об информировании. Комментируемая норма не имеет специальной санкции за ее нарушение. Поэтому формально-юридически нарушение гражданско-правовой обязанности должно в силу общего правила (ст. 15 ГК РФ) повлечь возмещение убытков. Между тем если никаких нарушений прав вкладчика в отношении его прав на возврат вклада и процентов по нему не имело места, то и убытков у вкладчика нет. В случае несостоятельности банка вкладчик-гражданин имеет право на страховое возмещение в силу закона, независимо от того, был ли он проинформирован об этом страховании. В остальной части вкладчик-гражданин имеет требование по договору банковского вклада, которое удовлетворяется в первую очередь (подп. 2 п. 3 ст. 189.92 Закона о несостоятельности (банкротстве)), а его требования по возмещению убытков в форме упущенной выгоды, а также по уплате сумм финансовых санкций включаются в состав требований кредиторов, удовлетворяемых в третью очередь (п. 6 той же статьи).

4. Последствия нарушения обязанностей по обеспечению, а также утраты или ухудшения обеспечения. Неисполнение банком обязанностей по обеспеченности вклада, предусмотренных законом или договором, является тем юридическим фактом, который предоставляет вкладчику правовые средства защиты своих интересов. К таким юридическим фактам закон относит следующие:

- собственно непредоставление обеспечения;
- утрату обеспечения;
- ухудшение условий обеспечения.

В указанных случаях вкладчик имеет право потребовать:

- немедленного возврата суммы вклада;
- уплаты на нее процентов в размере, предусмотренном в договоре, а при отсутствии в договоре условия о размере процентов — в размере ключевой ставки;
- возмещения причиненных убытков.

Требование о немедленном возврате вклада является установленным законом секундарным (преобразовательным) правом вкладчика потребовать досрочного исполнения (акселерации) обязательства. Исполнение банком этого обязательства (добровольно или на основании решения суда) влечет прекращение обязательств по договору банковского вклада.

Поскольку, как указано ранее, предоставление классического обеспечения на практике не имеет места, действие комментируемой нормы фактически ограничено лишь случаем принятия вклада банком, который не включен в систему обязательного страхования вкладов, и случаем исключения банка из этой системы.

Банк, который не входит в систему обязательного страхования и привлекает банковские вклады, может быть отнесен к лицу, не имеющему права на привлечение вкладов, которое названо в п. 2 ст. 835 ГК РФ. В связи с этим можно усмотреть некоторое несоответствие средств защиты между комментируемой нормой и указанной ранее нормой. Согласно п. 2 ст. 835 ГК РФ вкладчик вправе требовать возмещения убытков сверх процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ; при этом данная норма была истолкована нами таким образом, что начисление процентов годовых по ст. 395 ГК РФ в качестве санкции не отменяет обязанность банка уплачивать еще и договорные проценты по вкладу. В комментируемой же норме отсутствует упоминание штрафной неустойки в виде ст. 395 ГК РФ, вместо этого указано лишь на начисление процентов по вкладу. Такое несоответствие едва ли оправдывается различием рассматриваемых ситуаций, поскольку вкладчик-гражданин, чьи средства привлекло во вклад лицо, не являющееся банком или иной кредитной организацией, и вкладчик, чьи средства привлек банк, не входящий в систему страхования вкладов, а следовательно, не имеющий права привлекать вклады граждан, несут практически одинаковые риски. Поэтому буквальное применение названных норм приведет к нарушению фундаментального правового принципа формального равенства. Ввиду этого представляется обоснованным признать п. 2 ст. 835 ГК РФ в контексте описанной ситуации привлечения вкладов банком, не имеющим на то права в силу невключения в систему страхования вкладов, специальным по отношению к комментируемой норме и, соответственно, предоставить вкладчику все средства защиты, предусмотренные п. 2 ст. 835 ГК РФ с учетом предложенного его толкования. Это будет означать признание за вкладчиком права требовать как взыскания процентов, предусмотренных законом в качестве ответственности за нарушение закона (ст. 395 ГК РФ), так и регулятивных процентов по вкладу, предусмотренных

законом или договором, а также убытков сверх суммы охранительных процентов (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 835 ГК РФ).

Статья 841. Внесение третьими лицами денежных средств на счет вкладчика

Если договором банковского вклада не предусмотрено иное, на счет по вкладу зачисляются денежные средства, поступившие в банк на имя вкладчика от третьих лиц с указанием необходимых данных о его счете по вкладу. При этом предполагается, что вкладчик выразил согласие на получение денежных средств от таких лиц, предоставив им необходимые данные о счете по вкладу.

Комментарий

(а) Общие замечания. Обычно вкладчик сам вносит или перечисляет во вклад денежные средства. Принцип относительности обязательственной связи предполагает по общему правилу, что действия сторон в рамках обязательства совершают сами стороны этого обязательства. Вторжение третьих лиц в обязательственные отношения по общему правилу законом не допускается, поскольку предполагается, что это частное дело сторон договора. Для банковского вклада сделано исключение: третьи лица могут внести или перечислить во вклад денежные средства на имя вкладчика. Самая типичная ситуация – перечисление работодателем заработной платы работника по его просьбе на счет банковского вклада, открытого этим работником в конкретном банке.

Соотношение комментируемой статьи со следующей в их систематическом истолковании позволяет сделать вывод, что ст. 841 ГК РФ распространяется на такие случаи, когда вкладчиком уже сделан вклад в банке, а третьи лица осуществляют пополнение вклада (дополнительные вклады). Первоначальное внесение вклада на имя третьего лица регулируется ст. 842 ГК РФ.

Норма является диспозитивной и договором может быть предусмотрено иное правило, как полностью исключающее принятие денежных средств от третьих лиц, так и некоторым образом обуславливающее их поступление. Практика не дает данных о том, что договоры банковских вкладов заключались с ограничением или запретом поступления денежных средств от третьих лиц, видимо, потому, что это не вызвано потребностями оборота. Однако в некоторых случаях можно помыслить прагматичную реализацию договорной свободы в этой области.

Например, судья, чтобы снизить риск умаления своей беспристрастности, может договориться с банком о том, чтобы на его вклад не принимались денежные средства от любых третьих лиц или от любых лиц, кроме поименованных в договоре родственников.

(б) Природа отношений третьего лица и банка. Отношения между третьим лицом, решившим пополнить чужой вклад, и банком, зачисляющим такой платеж на вклад вкладчика, не означают заключение между третьим лицом и банком договора в пользу третьего лица, хотя в юридической литературе высказаны обратные суждения. В противном случае пришлось бы на основании п. 2 ст. 430 ГК РФ допустить расторжение третьим лицом и банком этого договора до выражения намерения вкладчика воспользоваться произведенным пополнением вклада, что едва ли отвечает целям складывающихся отношений. Зачисляя поступившую для вкладчика пришедшую от третьего лица денежную сумму на счет вклада, банк исполняет свои обязанности по расчетам (п. 1, 3 ст. 834, п. 1 ст. 845 ГК РФ). Принимая от третьего лица во вклад наличные деньги, банк производит перевод денежных средств без открытия счета (ст. 866.1 ГК РФ).

По сути, в данном случае имеет место ситуация, идентичная той, которая возникает при исполнении обязательства третьим лицом (ст. 313 ГК РФ), с той лишь особенностью, что третье лицо не исполняет обязательство вкладчика пополнить вклад, поскольку такого обязательства быть не может в силу природы договора вклада. Третье лицо вместо этого осуществляет в адрес банка экономическое предоставление, которое не обязан, но управомочен был осуществить и сам вкладчик, а банк, получив такое предоставление за вкладчика от третьего лица, должен зафиксировать на счете свою задолженность по возврату вклада перед вкладчиком и начать начислять на эту свою задолженность проценты по согласованной в договоре с вкладчиком ставке. Аналогичная ситуация имеет место, когда третье лицо по просьбе займодавца-гражданина переводит заемщику сумму обещанного займодавцем займа, порождая тем самым у заемщика обязательство по возврату займа (а часто еще и уплате процентов) в пользу займодавца. Так что, даже если бы комментируемой статьи не было в ГК РФ, это ни в коей мере не ставило бы эту практику пополнения вклада под сомнение.

(в) Знание о реквизитах счета. Комментируемая норма предусматривает, что денежные средства зачисляются во вклад, если они поступили от третьих лиц с указанием необходимых данных о счете по вкладу. Это объясняется банковскими технологиями: для зачисления денежных

средств во вклад требуется идентификация счета по вкладу. Банковский перевод может быть совершен при наличии реквизитов счета. Следовательно, формально-юридически, если третье лицо намерено внести деньги во вклад определенному лицу, но не знает реквизитов его счета, такое действие не соответствует букве закона.

Данное правило распространяется как на безналичные переводы от третьих лиц, так и на попытки третьих лиц внести наличные на вклад некоего вкладчика. В принципе, и без этого указания банк в силу банковских правил не смог бы зачислить деньги, поступившие безналичным образом или предлагаемые третьим лицом в наличной форме, на счет вкладчика в ситуации, когда в соответствующем платежном документе третье лицо не способно указать реквизиты счета для зачислений.

(г) Презумпция согласия. Комментируемая статья устанавливает презумпцию согласия вкладчика на поступление денежных средств от третьих лиц ввиду того, что им известны реквизиты счета по вкладу. Из этого вопреки сказанному ранее можно предположить, что третьи лица, не имеющие реквизитов счета по вкладу, не вправе вносить денежные средства во вклад, а банк обязан отказать в принятии вклада от таких лиц. Это представляется небесспорным. Если вкладчик заинтересован не получать денежные средства от третьих лиц, он может договориться об этом с банком.

Возможно, норма о презумпции согласия вкладчика сформулирована законодателем, чтобы исключить всякие сомнения в допустимости внесения денежных средств во вклад от третьих лиц.

Такое понимание соответствует букве закона. Отсутствие у третьего лица реквизитов счета по вкладу не дает ему права внести денежные средства во вклад, а банк обязан не принимать от такого лица эти средства. Данное толкование опирается на фундаментальный принцип автономии воли и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Никто не может наделить другого правами помимо его воли.

Наличие презумпции согласия вкладчика вызывает вопрос о гипотетических случаях ее опровержения. Поскольку ст. 841 ГК РФ не регулирует отношения между вкладчиком и третьими лицами, опровержение презумпции может иметь значение лишь только для отношений банка и вкладчика. Как отмечалось ранее, такая презумпция преодолевается, если вкладчик в договоре или в отдельном распоряжении указал банку на свое нежелание принимать на свой вклад поступления от третьих лиц. Конечно же, если вкладчик по каким-либо

(возможно, сугубо личным) причинам не желает получать денежные суммы от третьих лиц по вкладу, он (включая юридических лиц) вправе вернуть их обратно. Но это требует от вкладчика постоянно контролировать состояние своего счета. Если он не желает это делать, он может просто заблокировать саму возможность внешних зачислений на счет по вкладу. Это может быть актуально, например, для политиков или чиновников, не желающих, чтобы какие-то непонятные зачисления на их счет по вкладу компрометировали их тем или иным образом.

Также имеются основания усмотреть опровержение презумпции и тогда, когда банку известно о несогласии вкладчика (например, из предшествующих случаев внесения вклада определенным третьим лицом во вклад) на принятие средств во вклад от третьего лица. В подобной ситуации банк вправе, не нарушая закона, также отказаться от принятия денежных средств во вклад от такого третьего лица.

Статья 842. Вклады в пользу третьих лиц

1. Вклад может быть внесен в банк на имя определенного третьего лица. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, такое лицо приобретает права вкладчика с момента предъявления им к банку первого требования, основанного на этих правах, либо выражения им банку иным способом намерения воспользоваться такими правами.

Указание имени гражданина (статья 19) или наименования юридического лица (статья 54), в пользу которого вносится вклад, является существенным условием соответствующего договора банковского вклада.

Договор банковского вклада в пользу гражданина, умершего к моменту заключения договора, либо не существующего к этому моменту юридического лица ничтожен.

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

3. Правила о договоре в пользу третьего лица (статья 430) применяются к договору банковского вклада в пользу третьего лица, если это не противоречит правилам настоящей статьи и существу банковского вклада.

Комментарий

1. Общие контуры конструкции. Потребности гражданского оборота обнаруживают необходимость участников этого оборота вносить

вклады на имя третьего лица. Эта потребность чаще всего объясняется альтруистическим мотивом: внесение вкладов на имя детей, родственников и т.п. Таким образом, между третьим лицом (дестинатарием) и вкладчиком, внесшим вклад (промиссаром), могут иметься отношения по предоставлению дара, принятие которого обусловлено чисто потестативным условием на стороне одаряемого. В теории можно помыслить и другую каузу внесения вклада на имя третьего лица (например, заем, предоставленный таким образом; кауза исполнения договора, заключенного между третьим лицом и вкладчиком, и т.п.). Впрочем, все эти не связанные с даром случаи встречаются крайне редко.

Для банка отношения между вкладчиком (промиссаром) и третьим лицом (дестинатарием) могут оставаться тайной. Все эти отношения вкладчика и третьего лица лежат вне сферы правоотношений по вкладу, хотя они и связаны с ними.

1.1. Догматическая конструкция и соотношение с институтом договора в пользу третьего лица. Общие правила о договоре в пользу третьего лица закреплены в ст. 430 ГК РФ, но законодатель установил специальные правила для банковских вкладов. С учетом п. 3 комментируемой статьи может сложиться впечатление, что банковский вклад в пользу третьего лица является особой разновидностью договора в пользу третьего лица: на это указывает то, что данный пункт предусматривает применение общих правил ст. 430 ГК РФ, если иное не предусмотрено правилами комментируемой статьи и не следует из существа банковского вклада. При этом сходство диктуется тем обстоятельством, что договорное отношение возникает в пользу третьего лица.

На самом деле, как будет показано далее, банковский вклад в пользу третьего лица принципиально отличается от конструкции договора в пользу третьего лица, и единственная норма из ст. 430 ГК РФ, которая может применяться к вкладу в пользу третьего лица (а именно п. 3 ст. 430 ГК РФ о возражениях), применялась бы к этому договору и не будь ст. 430 ГК РФ вовсе.

Но вначале стоит указать на сходства.

Внесение вклада на имя третьего лица порождает у последнего секундарное (преобразовательное) право, реализация которого возможна посредством односторонней сделки, требующей восприятия волеизъявления третьего лица банком. Одной своей волей третье лицо может превратиться в кредитора по обязательству банка выдавать (перечислять) вклад и уплачивать проценты. До совершения такого волеизъявления о желании вступить в права по договору вклада дестинатарий полноценным кредитором по обязательствам банка не явля-

ется. В принципе, та же ситуация имеет место и в случае с обычным договором в пользу третьего лица.

Закон предусматривает два варианта совершения такой односторонней сделки. Она может быть выражена, во-первых, в действии по предъявлению третьим лицом первого требования к банку, основанному на правах вкладчика по договору (например, снятие части денежных средств), во-вторых, иным способом проявления намерения воспользоваться такими правами (например, посредством заявления о принятии прав по договору банковского вклада). Пункт 2 ст. 430 ГК РФ также указывает на то, что волеизъявление дестинатария должно быть доведено до сведения должника. Так что здесь тоже наблюдается синхронность регулирования.

Реализация секундарного (преобразовательного) права третьего лица имеет ретроактивный эффект: третье лицо становится кредитором банка, как если бы оно само заключило договор банковского вклада. Вследствие этого, например, права на проценты по вкладу, начисленные, но не выплаченные к моменту проявления воли третьего лица на вступление в права по вкладу, принадлежат третьему лицу как за период до выражения им намерения воспользоваться правами вкладчика, так и за последующие периоды. Иное может быть предусмотрено договором.

Но далее начинаются принципиальные различия в сути конструкций.

1.2. Идентификация третьего лица. Существенным условием для договоров банковского вклада в пользу третьего лица является идентификация третьего лица. Для граждан таковой является указание его имени в соответствии со ст. 19 ГК РФ, а для юридических лиц – указание его наименования в соответствии со ст. 54 ГК РФ.

В то же время положения ст. 430 ГК РФ о договорах в пользу третьего лица допускают ситуацию, когда третье лицо является не определенным, а определимым и точная его идентификация в договоре не указана. Теоретически можно было бы помыслить и модель вклада в пользу третьего лица, когда третье лицо является не определенным, а определимым (например, кредитором признавался бы тот, кто заявит о реквизитах вклада и пароль или код, – так называемый номерной вклад). Однако необходимость указания на конкретное лицо выражена в комментируемой норме достаточно ясно: вклад вносится на имя определенного, а не определимого лица. Насколько такой жесткий подход, отступающий от общих правил о договоре в пользу третьего лица, оправдан, вопрос достаточно спорный. Представляется, что с политико-правовой точки зрения трудно аргументировать, почему

правопорядок должен запрещать открытие вклада, скажем, в пользу будущего ребенка. Эти отношения никого не затрагивают, а возможные доводы о сокрытии таким образом денежных средств от своих кредиторов имеют общий характер, поскольку такое сокрытие возможно по любому договору и с любыми существующими лицами.

Когда из договора банковского вклада следует намерение внесения вклада на имя третьего лица, но его имя (наименование для юридического лица) в договоре не указано, такой договор в силу ст. 432 ГК РФ не считается заключенным. Такое законодательное решение может вызывать сомнения, исходя из принципа *favor contractus*. Возможно, более обоснованным было бы считать такой договор заключенным в пользу вкладчика и на его имя, а не на имя неназванного третьего лица. Вместе с тем ввиду достаточного профессионализма банка названные случаи на практике маловероятны.

Предписанная настоящей нормой ничтожность договора банковского вклада при смерти третьего лица к моменту его заключения, а также при несуществовании организации, указанной в качестве третьего лица, к тому же моменту может вызывать сомнения по тем же соображениям.

Ничтожность договора банковского вклада в пользу несуществующего лица, казалось бы, может приводить к парадоксальному экономическому последствию, когда ничтожный договор оказывается более выгоден вносителю вклада, чем действительный. Ничтожность договора управомочивает его на реституционное требование (п. 2 ст. 167 ГК РФ) о возврате полученной банком денежной суммы и кондикционное требование (п. 2 ст. 1107 ГК РФ) об уплате процентов в размере ключевой ставки. Поскольку проценты по вкладам обычно не бывают выше ключевой ставки, вкладчик по ничтожному договору получает право в любое время в пределах исковой давности потребовать возврата соответствующей суммы, а также уплаты процентов в размере, который он не получил бы, окажись договор действительным.

Если недобросовестность вкладчика (его знание о смерти гражданина или прекращении юридического лица к моменту заключения договора) доказана, то исходя из п. 4 ст. 1 ГК РФ имеются основания для отказа в кондикционном иске о процентах. В остальных случаях отказ в кондикционном иске не столь очевиден и может быть обоснован разве что с помощью теории риска, который может быть возложен на основании принципов права на того, кто ближе всего находится к источнику риска, т.е. на вкладчика. Также возможен и такой подход, в соответствии с которым согласно п. 2 ст. 1107 ГК РФ, несмотря на ничтожность договора, банк признается узнавшим о неосновательности

своего обогащения лишь с того момента, когда он узнал или должен был узнать о несуществовании третьего лица, а не с момента совершения ничтожной сделки.

При этом следует обратить внимание, что в контексте ситуаций, когда указанное в договоре третье лицо является гражданином, закон говорит о ничтожности договора только на случай смерти такого лица к моменту заключения договора. Но возможен ли вклад на имя еще не родившегося гражданина (например, будущего своего ребенка)? Положения абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, требующие обязательного указания в договоре имени гражданина – третьего лица, такую возможность, видимо, ограничивают.

1.3. Права промиссара до изъяснения дестинатарием воли воспользоваться правами по вкладу. Другим принципиальным отличием вклада в пользу третьего лица является то, что до момента получения банком волеизъявления дестинатария на вступление в права по договору полноценным кредитором банка является промиссар, внесший вклад. Это следует из прямого указания в п. 2 комментируемой статьи. Данное предписание принципиально меняет суть конструкции. В обычном договоре в пользу третьего лица промиссар может осуществлять права кредитора, только если дестинатарий отказался от предоставленного ему права (п. 4 ст. 430 ГК РФ). Из этого следует, что до волеизъявления дестинатария на вступление в права кредитором банка является промиссар (он может, например, определять судьбу начисленных процентов, получать их, а также снять вклад досрочно, если договор допускает досрочное снятие или если промиссар является гражданином), а после этого право требования и все вытекающие из него правомочия вкладчика переходят в результате правопреимства к дестинатарии (подробнее см. комментарий к п. 2 настоящей статьи).

1.4. Права промиссара после вступления в права дестинатария. Пункт 2 ст. 430 ГК РФ не допускает после вступления третьего лица в права по договору расторжение и изменение договора без согласия третьего лица. Иначе говоря, в силу общей нормы промиссар не выбывает полностью из договорных правоотношений, остается стороной договора и без его воли договор нельзя ни расторгнуть, ни изменить. Более того, именно он вправе расторгать и изменять договор, а учет интересов вступившего в права дестинатария происходит за счет указания на необходимость его согласия на расторжение и изменение договора. В силу правил ст. 173.1 ГК РФ расторжение и изменение договора без согласия дестинатария будут действительны, но могут быть оспорены в судебном порядке дестинатарием. Сам же дестинатарий ни расторгнуть, ни изменить договор в одностороннем порядке или по соглашению с должни-

ком не может. Эти общие правила, видимо, предопределены тем, что обычно в синалагматическом договоре в пользу третьего лица последнему предоставляется лишь право требовать исполнения от должника, а встречные обязательства остаются на промиссаре (именно он должен осуществлять встречное предоставление в адрес должника, в обмен на которое должник чаще всего и обещает осуществить предоставление в пользу дестинатария). Но в контексте банковского вклада эта логика теряется, так как на вкладчике не лежит какое-либо обязательство, состоящее в осуществлении некоего экономического предоставления. Если вклад внесен, вкладчик не должен банку ничего. После того как дестинатарий вступил в права и «перехватил» у промиссара требование к банку, смысл сохранения промиссара в каких-либо правоотношениях с банком отпадает. Поэтому применение нормы п. 2 ст. 430 ГК РФ, из которой следует необходимость участия промиссара в соглашениях о расторжении или изменении договора, в отношении договора банковского вклада в пользу третьего лица нелогично. Данная норма в силу п. 3 комментируемой статьи, допускающего отсечение отдельных норм ст. 430 ГК РФ, если они противоречат существу банковского вклада, просто не может и не должна применяться.

1.5. Организационные обязанности вкладчика. Как отмечалось ранее, в силу природы вклада у вкладчика нет обязательства кредитовать банк, размещая в нем средства на вкладе. Но что, если договор предусматривал те или иные организационные обязанности на стороне вкладчика после внесения вклада (например, информирование банка о тех или иных обстоятельствах и т.п.)? Очевидно, до вступления в права дестинатария такие обязанности несет и должен осуществлять промиссар, открывший вклад. Но на ком должны лежать эти обязанности после вступления дестинатария в права по договору? В классической модели третье лицо вступает лишь в права и обязанной стороной не становится. И действительно, обязательства по осуществлению предоставления на дестинатария не накладываются — он лишь вступает в права. Но следует ли проводить эту идею настолько последовательно, чтобы исключить перенесение на дестинатария и различных сопутствующих основному обязательственному правоотношению обязанностей (наподобие тех, которые обязывают кредитора информировать должника о тех или иных обстоятельствах)? Кажется, что в таком пуризме нет смысла. В любом случае очевидно, что как минимум в контексте вкладов в пользу третьего лица обязанности организационного характера, тесно связанные с основным обязательственным правоотношением (например, об информировании и т.п.), должны все же перекладываться на вступившего в права дестинатария. Промиссар, как уже

отмечалось, должен полностью выбывать из правоотношений с банком по данному вкладу.

1.6. Судьба банковского счета. В свете вышесказанного встает вопрос о том, должен ли переоформляться банковский счет, открытый для учета средств на вкладе, на дестинатария после вступления последнего в права, или этот счет остается открытым на имя промиссара. Если принять последнее, здесь опять же возникает масса вопросов в связи с разрывом обязательственных прав, перешедших к дестинатарию, и прав и обязанностей по договору счета, которые остаются возложенными на промиссара. Кроме того, такое раздвоение может встретить сопротивление в публичном праве, которое требует идентификации владельцев банковских счетов, в том числе счетов по вкладам. Как представляется, логично исходить из того, что после вступления в права дестинатария банк должен переоформить банковский счет именно на него.

1.7. Правопреемство. Дискуссионным в литературе является вопрос о наличии правопреемства между промиссаром и дестинатарием в случае выражения последним намерения воспользоваться правами вкладчика. Представляется, что такое правопреемство имеет место в контексте общих правил ст. 430 ГК РФ. Но в любом случае нет никаких сомнений в том, что такое правопреемство есть и в ситуации вклада в пользу третьего лица. Из п. 2 комментируемой статьи следует, что изначально у банка возникает обязательство перед вкладчиком, открывшим договор вклада в пользу третьего лица, а после выражения третьим лицом своей воли на вступление в права по договору эти права оказываются у третьего лица: логично предположить, что такой переход происходит в режиме перехода обязательственных прав; было бы странно предположить, что у третьего лица такие права возникают первоначальным образом с симметричным их прекращением у первоначального вкладчика. В противном случае права третьего лица и его законные интересы могли бы оказаться нарушенными. Например, если до выражения указанного намерения лицо, заключившее договор банковского вклада, предъявило тот или иной иск, третье лицо должно занять его место в случае выражения намерения воспользоваться правами по вкладу. Правопреемство позволяет объяснить и вытекающую из правил ст. 430 ГК РФ идею допустимости выдвижения банком против дестинатария возражений, которые он имел против промиссара (см. п. 1.8 комментария к настоящей статье), и не прописанную прямо в ГК РФ, но абсолютно очевидную возможность предъявления банком к зачету против притязаний третьего лица своих однородных требований к промиссару (см. п. 1.9 комментария к настоящей статье).

1.8. Возражения. Пункт 3 ст. 430 ГК РФ предусматривает, что должник в договоре вправе выдвигать против требования третьего лица возражения, которые он мог выдвинуть против кредитора. Схожего положения в комментируемой статье нет, но оно вполне применимо к договору о банковском вкладе в пользу третьего лица, хотя в практическом плане едва ли найдется много места для его реализации. Теоретически же это можно представить. В данном контексте можно привести такой пример: лицо, заключившее договор банковского вклада, требует взыскания с банка неустойки, после чего третье лицо выражает намерение воспользоваться правами вкладчика. Представляется, что в этом случае банк может защищать свой интерес ссылкой на ст. 333 ГК РФ, если неустойка является явно несоразмерной последствиям нарушения обязательства.

Даже если бы к отношениям по вкладам не применялась норма п. 3 ст. 430 ГК РФ, банк все равно имел бы право противопоставить дестинатарию имеющиеся у него возражения, которые он ранее мог выдвинуть против промиссара, так как в силу очевидно наблюдаемого правопреемства здесь вполне применима ст. 386 ГК РФ о судьбе возражений должника при замене кредитора.

1.9. Зачет. Ни ст. 430 ГК РФ, ни комментируемая статья не решают проблему зачета. Но если исходить из идеи правопреемства (см. п. 1.7 комментария к настоящей статье), а также принять во внимание предоставление должнику права на выдвигание возражений (см. п. 1.8 комментария к настоящей статье), логично допустить, что банк вправе зачесть против требования дестинатария свои требования к промиссару (ст. 412 ГК РФ). Статья 412 ГК РФ говорит о том, что для такого зачета необходимо, чтобы а) основание для требования должника к изначальному кредитору возникло к моменту получения должником уведомления об уступке, а также б) срок такого требования наступил к этому же моменту. Но ВС РФ в п. 24 Постановления Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54 дезавуировал критерий «б». Как бы к этому ни относиться, из этого разъяснения следует, что банк может погасить зачетом часть своего долга перед вступившим в права по договору дестинатарием за счет своего однородного требования к промиссару, правовое основание которого возникло до вступления дестинатария в права, даже если срок исполнения по этому требованию банка к промиссару наступил позже. Главное, чтобы этот срок наступил к моменту заявления о зачете. Поэтому, если, например, к моменту вступления дестинатария в права по договору вклада у промиссара имелся долг перед банком (например, по ранее заключенному договору кредита), банк может зачесть свое требование к промиссару

о погашении кредита к притязанию дестинатария о выдаче вклада, если срок требования банка к промиссару наступил к моменту заявления о зачете и независимо от того, наступил ли этот срок до или после вступления дестинатария в права по договору вклада. Интересы дестинатария, которому банком заявлен зачет по долгам промиссара, существенно не страдают постольку, поскольку для него получение прав по вкладу безвозмездно.

1.10. Судьба начисленных процентов. С учетом существа обсуждаемой конструкции вклада в пользу третьего лица и положений п. 2 комментируемой статьи, согласно которым промиссар обладает всеми правами вкладчика до вступления в права дестинатария, начисленные до этого момента проценты по вкладу могут быть получены промиссаром. Если они не были получены, с момента вступления дестинатария в права такие начисленные ранее проценты причитаются уже дестинатарию. Это следует из идеи правопреемства и положений п. 1 ст. 384 ГК РФ («...к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, а также другие связанные с требованием права, *в том числе право на проценты*» (курсив мой. — С.С.)). Ну и, естественно, дестинатарию, вступившему в права, причитаются капитализированные ранее проценты.

1.11. Судьба обеспечений. Из идеи правопреемства и указанной нормы п. 1 ст. 384 ГК РФ следует и то, что права по обеспечениям обязательств банка перед промиссаром также переходят к дестинатарию. Это в первую очередь касается страхования вкладов граждан.

1.12. Условия и сроки. В принципе, закон не препятствует установлению в договоре отлагательных условий, наступление которых дает дестинатарию возможность вступить в права. В этом случае до наступления таких оговоренных условий попытка дестинатария вступить в права не будет иметь правового эффекта (например, достижение дестинатарием определенного возраста). Договор может содержать и отлагательный срок, до наступления которого дестинатарий не вправе вступать в права.

1.13. Отказ дестинатария от прав. Согласно п. 4 ст. 430 ГК РФ в случае, когда третье лицо отказалось от права, предоставленного ему по договору, кредитор может воспользоваться этим правом, если это не противоречит закону, иным правовым актам или договору. Данная норма не вполне соответствует конструкции вклада в пользу третьего лица, поскольку в силу п. 2 комментируемой статьи и до такого отказа права по вкладу принадлежали промиссару. Если дестинатарий сразу отказался от установленных в его пользу прав, применение п. 4 ст. 430 ГК РФ избыточно.

Но здесь возникает гипотетический вопрос о том, что происходит, если третье лицо манифестирует свою волю на отказ от прав по договору вклада после того, как оно ранее в такие права вступило. В силу общей конструкции договора в пользу третьего лица, в рамках которой промиссар не выбывает полностью из правоотношения с банком, и на основании п. 4 ст. 430 ГК РФ право требования, ранее перешедшее к дестинатарии, возвращается промиссару. Как представляется, данная норма не вполне укладывается в вытекающую из правил комментируемой статьи договорную модель. В силу того, что в рамках конструкции вклада в пользу третьего лица промиссар после вступления в права дестинатарии полностью выпадает из правоотношений с банком, нет нужды сохранять за ним статус «запасного кредитора». Если дестинатарий, будучи полноценным кредитором после вступления в права по договору, почему-то решил простить банку долг по вкладу, он волен это сделать по правилам ст. 415 ГК РФ. Если же он желает, чтобы деньги вернулись промиссару, он может осуществить дар по соглашению с промиссаром следующим образом: а) сняв деньги и перечислив их промиссару, б) дав банку распоряжение перечислить средства с вклада промиссару (в силу п. 3 ст. 834 ГК РФ дестинатарий может дать банку такое поручение, если он является гражданином) или в) просто безвозмездно уступив требование по вкладу обратно промиссару.

1.14. Последствия пассивности дестинатария. Известной проблемой правового режима договора в пользу третьего лица является то, что в силу п. 4 ст. 430 ГК РФ промиссар может сам вступить в права кредитора, только если дестинатарий отказался от вступления в такие права. Буквальная интерпретация данной нормы провоцирует крайне нежелательную ситуацию вечной подвешенности. Если дестинатарий свою волю никак не проявляет (не вступает в права, но и не отказывается от установленных в его пользу прав), обязательственная связь сохраняется, но реализовать требование к должнику никто не может: дестинатарий — так как он не вступил в права, а промиссар — так как закон вручает ему право только на случай отказа дестинатария. Как представляется, такое решение не вполне логично, и стоит исходить из того, что в контексте данной нормы отказ от прав дестинатария должен предполагаться в ситуации, если дестинатарий не проявит активность в разумный срок после получения уведомления о том, что в его пользу заключен договор (возможно, сопровождающегося предупреждением насчет того, что дальнейшая пассивность приведет к утрате предоставленного ему вторичного права на вступление в права). Вопрос о том, можно ли такое решение примирить с буквой

ст. 430 ГК РФ и общих правил о том, что отказ от прав посредством молчания без прямого указания на то в законе не подразумевается, выходит за рамки настоящего комментария, поскольку к ст. 842 ГК РФ эта проблема отношения не имеет. Дело в том, что в силу п. 2 комментируемой статьи до вступления в права дестинатария полноценным вкладчиком является промиссар, и он волен распорядиться вкладом по своему усмотрению, в том числе снять деньги, прекратив правоотношение с банком (если вкладчиком является гражданин или договор дает вкладчику право на досрочное снятие вклада, или речь идет о вкладе до востребования).

1.15. Отнесение требований по вкладу к имущественной массе промиссара или дестинатария. С учетом правил п. 2 комментируемой статьи до вступления в права дестинатария требование в отношении денег на счете по вкладу принадлежит промиссару, и он имеет все права вкладчика, включая право распоряжения средствами во вкладе. Из этого следует, что данные средства находятся в его имущественной массе, и на них может быть обращено взыскание по долгам промиссара. При его банкротстве эти средства попадают в его конкурсную массу.

После вступления в права дестинатария происходит переход прав в отношении средств во вкладе и в положение вкладчика по отношению к банку встает дестинатарий. Он приобретает право требования к банку и правомочия по распоряжению средствами во вкладе. Соответственно, после вступления дестинатария в права вклад оказывается в имущественной массе дестинатария, на него может быть обращено взыскание по его долгам, а в случае банкротства дестинатария эти средства во вкладе попадают в его конкурсную массу.

Все, казалось бы, достаточно просто. Но на самом деле ситуация несколько сложнее. Несмотря на то что до вступления в права дестинатария кредитором является промиссар и требование к банку находится в его имущественной массе, у дестинатария также имеется право — но не обязательственное, а секундарное (преобразовательное) — своим волеизъявлением перехватить обязательственное право у промиссара и перевести его на себя. При этом очевидно, что такое преобразовательное право носит имущественный характер, по сути, выступая в качестве правового «ключа», открывающего доступ к деньгам во вкладе. Что нам дает этот тезис? Он позволяет обосновать возможность универсального правопреемства в таком секундарном праве.

В частности, из сказанного ранее следует, что в наследственную массу умершего после заключения договора банковского вклада в его пользу, но не вступившего в права по этому договору третьего лица включается секундарное (преобразовательное) право на вступление

в права по такому вкладу. Данное право может быть реализовано наследником, к которому оно переходит.

В равной степени, если после заключения договора в пользу третьего лица юридическое лицо ликвидируется или реорганизуется в соответствующей форме, секундарное (преобразовательное) право входит в ликвидационную квоту (подлежит реализации в конкурсном производстве) или переходит к соответствующему преемнику при реорганизации в соответствии с передаточным актом.

Более того, из идеи об имущественной природе секундарного (преобразовательного) права на вступление в права по банковскому вкладу в пользу третьего лица вытекает, что на такое право может быть обращено взыскание по долгам дестинатария, а в случае банкротства это право входит в его конкурсную массу и может быть продано с торгов. Безусловно, куда логичнее конкурсному или финансовому управляющему вместо продажи преобразовательного права на вступление в права вкладчика с торгов просто выразить от имени дестинатария волю на вступление в права, приобрести полноценное обязательственное право, а далее либо снять деньги с вклада, либо продать требование к банку с торгов (и так ему и следует поступать). Но дело в том, что вполне возможно, что право на вступление в права по вкладу может быть обусловлено отлагательным условием или осложнено отлагательным сроком, что может помешать дестинатарию вступить в права. В таком случае конкурсный (финансовый) управляющий может реализовать секундарное право на вступление в права по договору вклада с торгов. Кроме того, продажа может оказаться выгоднее в случае, если досрочное снятие вклада влечет потерю в накопленных процентах.

Переход преобразовательного права на вступление в права в результате универсального правопреемства или в порядке обращения взыскания или продажи с торгов при банкротстве дестинатария возможен, так как само открываемое таким правовым «ключом» обязательственное право на получение денег с вклада (т.е. денежное требование) вряд ли может быть отнесено к категории требований, неразрывно связанных с личностью дестинатария, в отношении которых закон запрещает замену кредитора (ст. 383 ГК РФ).

1.16. Смежная конструкция. От вклада в пользу третьего лица следует отграничить такие случаи, когда вкладчик предоставляет третьему лицу фактическую возможность распоряжаться его вкладом, например, сообщив третьему лицу необходимые коды доступа к вкладу и (или) предоставив ему соответствующие технические средства (криптоключ, банковскую карту и т.п.). Эти отношения характеризуются высочайшей

степенью фидуциарности (или беспечности) и возникают чаще всего между близкими людьми (например, между супругами).

Также не следует рассматривать в качестве вклада в пользу третьего лица отношения с использованием так называемых корпоративных банковских карт, когда сотрудники организации имеют возможность осуществлять некоторые операции по счету юридического лица (например, для несения расходов в командировке). В этом случае третье лицо не становится кредитором банка, поскольку стороной договора в отношениях с банком продолжает оставаться юридическое лицо.

1.17. Требование личного присутствия вкладчика и конструкция вклада в пользу третьего лица. В соответствии с п. 5 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов кредитным организациям запрещается открывать счета (вклады) клиентам без личного присутствия физического лица, открывающего счет (вклад), либо представителя клиента. Этот запрет не может быть истолкован в том смысле, что для заключения договора банковского вклада в пользу третьего лица требуется присутствие и идентификация третьего лица. На момент заключения такого договора требуется присутствие вкладчика, а не третьего лица. При обращении третьего лица с первым требованием в банк или выражением им намерения воспользоваться своим правом на вклад банк обязан выполнить предписание указанной нормы. При этом, если третье лицо уже было идентифицировано банком ранее, его личное присутствие не требуется.

1.18. Диспозитивность. Норма о возникновении прав вкладчика у третьего лица является диспозитивной, что следует из ее буквального толкования. Между тем пределы такой диспозитивности не вполне ясны. Представляется, что договором не может быть предусмотрено, что права вкладчика возникают у третьего лица независимо от его волеизъявления. Последнее вступило бы в противоречие с фундаментальным принципом автономии воли и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Никто не может быть наделен денежным требованием помимо его воли. Следовательно, диспозитивность может быть выражена, например, в установлении некоторых сроков для принятия прав по вкладу третьим лицом или определенных условий, скажем, достижения ребенком обусловленного возраста; накопления обусловленной суммы вклада; совершения вкладчиком определенных действий (например, поступление в образовательное учреждение); вступления в брак; рождения у третьего лица ребенка и т.п. Названные условия должны быть определены таким образом, чтобы банк мог распознать их наступление. Условия не должны противоречить императивным запретам, установленным в законе.

2. Права лица, открывшего вклад, до момента вступления в права третьего лица. Пока третье лицо не воспользовалось своим секундарным (преобразовательным) правом, лицо, заключившее договор банковского вклада (промиссар), вправе воспользоваться правами вкладчика по договору.

Из текста комментируемого пункта по его буквальному толкованию можно усмотреть намерение законодателя ограничить правомочия лица, заключившего договор банковского вклада. В законе указывается, что такое лицо «может воспользоваться правами вкладчика в отношении внесенных им на счет по вкладу денежных средств». Означает ли это, что оно не может воспользоваться правами в отношении некапитализированных процентов или договориться об изменении тех или иных условий договора? Подразумевает ли это, что вкладчик не вправе оспорить договор банковского вклада по тем или иным правовым основаниям?

Представляется, что на все эти и подобные вопросы следует ответить отрицательно. Из смысла комментируемой нормы следует, что лицо, заключившее договор банковского вклада в пользу третьего лица, обладает всеми правами вкладчика (стороны в сделке) и кредитора по обязательствам банка по выдаче (перечислению) средств с вклада и уплате процентов до выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика. До этого момента вкладчик-промиссар может воспользоваться правом забрать вклад и начисленные проценты досрочно (если это вклад до востребования, либо срочный вклад дает вкладчику такое право, либо вкладчиком по срочному вкладу является гражданин), дать распоряжение о капитализации процентов и т.п.

Иначе говоря, до выражения третьим лицом своего согласия вступить в права по договору полноценным вкладчиком и кредитором банка является лицо, открывшее вклад (промиссар). Оно может осуществлять все права вкладчика, включая получение начисленных процентов, информации о вкладе, выдачу банку тех или иных распоряжений касательно счета, а также досрочное снятие вклада. После же выражения третьим лицом согласия на вступление в права по договору ситуация меняется. Кредитором банка становится указанное в договоре третье лицо, и именно оно вправе давать банку соответствующие распоряжения, снимать средства с вклада, определять судьбу процентов и т.п. Изначальный же вкладчик выпадает из обязательственного правоотношения: он не может ни снять вклад, ни получать проценты, ни реализовывать иные требования по обязательствам банка.

Но почему законодатель выбрал именно такую модель, которая, как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, не вполне

соответствует общим правилам ст. 430 ГК РФ? Как представляется, все дело в желании законодателя максимально последовательно провести идею о праве вкладчика снять вклад в любой момент времени. Не секрет, что вклады в пользу третьих лиц в большинстве случаев вносят граждане. Если бы они после внесения вклада не могли снять вклад по своему разумению, это блокировало бы кажущееся законодателю столь важным право гражданина на досрочное снятие вклада и процентов (п. 2 ст. 837 ГК РФ).

2.1. Диспозитивность или императивность. Комментируемая норма не имеет реквизита диспозитивности или императивности. Может ли договор предусматривать запрет промиссару, открывшему вклад, реализовывать права вкладчика до момента вступления в права дестинатария? Вряд ли в этом может быть практическая потребность. Но как минимум если вклад носит характер вклада до востребования или вкладчиком является гражданин, такая блокировка ничтожна.

3. Соотношение с правилами ст. 430 ГК РФ. В комментируемом пункте содержится указание на то, что к договору вклада в пользу третьего лица применяются правила ст. 430 ГК РФ, если иное не вытекает из закона или существа договора вклада. Как показывает наш анализ (см. комментарий к п. 1 настоящей статьи), из всех норм ст. 430 ГК РФ (о договоре в пользу третьего лица) более или менее однозначно к договору вклада в пользу третьего лица применимо положение о возражениях, да и оно применялось бы, не будь в ГК РФ ст. 430, просто в силу вытекающей из конструкции вклада в пользу третьего лица идеи правопреемства и общих правил ст. 386 ГК РФ о возражениях при замене кредитора в обязательстве. Остальные нормы ст. 430 ГК РФ неприменимы либо в силу прямого указания в законе (правило о возможности фиксации не определенного, а определимого третьего лица, подразумеваемое в ст. 430 ГК РФ правило об отсутствии у промиссара полноценного обязательственного права требовать от должника исполнения в свою пользу до вступления в права дестинатария), либо в силу существа вклада в пользу третьего лица (правило об участии промиссара в соглашениях о расторжении или изменении заключенного договора после вступления в права дестинатария). Еще одна норма ст. 430 ГК РФ дублируется в комментируемой статье (например, об изъявлении воли дестинатария на вступление в права по договору в адрес должника).

Соответственно, есть определенные сомнения в том, что вклад в пользу третьего лица является разновидностью договора в пользу третьего лица. Но, в принципе, нет препятствий к тому, чтобы рас-

смагивать договор вклада в пользу третьего лица в качестве очень специфической разновидности договора в пользу третьего лица. Роли этот вопрос таксономии особой не играет, если мы четко определяемся с тем, какие правила ст. 430 ГК РФ и правовые позиции, выводимые из толкования данной статьи, применимы к вкладу в пользу третьего лица, а какие несовместимы с буквой комментируемой статьи или существом вклада.

Статья 843. Сберегательная книжка

1. Договором банковского вклада с гражданином может быть предусмотрена выдача именной сберегательной книжки.

2. Выдача вклада, выплата процентов по нему и исполнение распоряжений вкладчика о перечислении денежных средств со счета по вкладу другим лицам осуществляются банком при предъявлении сберегательной книжки.

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

Комментарий

1. Общие вопросы. Сберегательная книжка в известном смысле является анахронизмом. Современные информационные технологии все больше используют другой инструментарий для управления вкладом: интернет-банкинг, включая мобильный банк. При реформе положений ГК РФ о вкладе 2018 г. тем не менее изначально не предполагалось изменять регулирование, касающееся сберегательных книжек, имея в виду в основном старшее поколение людей, которые привыкли к использованию сберегательных книжек. Последние выдавались по банковским вкладам в массовом порядке, заменяя собой письменный договор банковского вклада, или оформлялись наряду с ним.

Результатом реформы стало:

- 1) исключение допустимости выдачи сберегательных книжек на предъявителя;
- 2) исключение отнесения сберегательной книжки к ценным бумагам;
- 3) исключение требований к содержанию сберегательной книжки;
- 4) исключение содержания сберегательной книжки как основания расчетов по вкладу;

5) исключение правила о восстановлении прав при утрате сберегательной книжки в порядке, предусмотренном для предъявительских ценных бумаг.

Действующее регулирование предусматривает выдачу именной сберегательной книжки, если это предусмотрено договором банковского вклада с гражданином. Отсюда следует, что вкладчик не вправе требовать от банка ее оформления во всяком случае.

Толкование п. 1 комментируемой статьи может привести к выводу о том, что сберегательная книжка может быть выдана, только если это предусмотрено договором банковского вклада. При таком толковании выдача сберегательной книжки без письменного договора банковского вклада формально противоречит данной норме. Между тем из п. 1 ст. 836 ГК РФ следует, что письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада удостоверено выдачей сберегательной книжки. Это видимое противоречие должно быть истолковано по принципу *favor contractus* в пользу признания договора заключенным при наличии одной лишь сберегательной книжки. Выдача последней устраняет неопределенность в правоотношении, если в сберегательной книжке указан размер вклада и стороны (банк и гражданин).

2. Предъявление сберегательной книжки. Считается, что сберегательная книжка является легитимационным знаком, удостоверяющим права поименованного в ней лица на совершение всех операций по вкладу. В законе указаны права вкладчика, которые он может реализовать при предъявлении сберегательной книжки:

- выдача вклада;
- выплата процентов по вкладу;
- перечисление денежных средств со счета по вкладу другим лицам.

Эту триаду прав не следует толковать как исчерпывающий перечень правомочий вкладчика, поскольку он обладает всей полнотой прав, предоставляемых договором банковского вклада. Очевидно, что при предъявлении сберегательной книжки вкладчик может потребовать пополнения счета по вкладу (если такое пополнение предусмотрено условиями данного вида вклада), выдачи выписки по счету вклада, внесения всех совершенных операций в сберегательную книжку, предоставления дополнительных услуг или отказа от этих услуг (если это предусмотрено договором) и т.п.

По существу, в современных условиях сберегательная книжка выполняет не столько легитимационную функцию, сколько информационную. Для тех людей, которые привыкли воспринимать информацию

по своим вкладам с помощью сберегательной книжки, законодатель сохраняет такую возможность.

Формально-юридически вкладчик, предъявив документ, удостоверяющий его личность, вправе потребовать совершения любых операций по вкладу и без предъявления сберегательной книжки. Наличие сберегательной книжки по вкладу не препятствует вкладчику осуществлять операции по счету вклада иными способами, предусмотренными договором (например, посредством интернет-банкинга, включая мобильный банк, с помощью банковской карты, если она выдана по этому вкладу вкладчику).

2.1. Непризнание сберегательной книжки ценной бумагой. Именная сберегательная книжка не является ценной бумагой. Поэтому ее утрата или приведение в негодное для предъявления состояние не требует судебной процедуры восстановления прав (ст. 148 ГК РФ). По требованию (заявлению) вкладчика банк обязан выдать ему новую сберегательную книжку, восстановив в ней все записи об операциях по вкладу. Вкладчик не обязан доказывать факт утраты сберегательной книжки. Для ее замены достаточно деклараторного заявления вкладчика. Даже в том случае, если в руках у вкладчика окажется две или несколько сберегательных книжек по одному вкладу, права банка не нарушаются, поскольку его обязанности определяются не числом сберегательных книжек, а условиями договора банковского вклада и состоянием счета по вкладу, доступ к которому у сотрудников банка имеется.

2.2. Запрет на выдачу сберегательных книжек на предъявителя. Поскольку выдача сберегательных книжек на предъявителя более не допускается, из комментируемого пункта ст. 843 ГК РФ в рамках реформы 2018 г. был исключен абз. 3, который предусматривал ранее судебную процедуру восстановления прав по утраченной сберегательной книжке на предъявителя (ст. 148 ГК РФ). Этот порядок в силу принципа «переживания закона» сохраняет свою силу для ранее выданных и утраченных сберегательных книжек на предъявителя. При этом не имеет значения, когда была утрачена сберегательная книжка на предъявителя — до изменения закона или после.

Статья 844. Сберегательный и депозитный сертификаты

1. Сберегательный и депозитный сертификаты являются именными документарными ценными бумагами, удостоверяющими факт внесения вкладчиком в банк суммы вклада на условиях, указанных в соответствующем

шем сертификате, и право владельца такого сертификата на получение по истечении установленного сертификатом срока суммы вклада и обусловленных сертификатом процентов в банке, выдавшем сертификат.

Владельцем сберегательного сертификата может быть только физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель.

Сумма вклада, внесение которой удостоверено сберегательным сертификатом, подлежит страхованию в соответствии с законом о страховании вкладов физических лиц.

Владельцем депозитного сертификата может быть только юридическое лицо.

2. Проценты по сберегательному или депозитному сертификату устанавливаются и выплачиваются на утвержденных банком условиях и в сроки, определенные сберегательным или депозитным сертификатом.

3. Банк вправе выдавать сберегательные и депозитные сертификаты, условия которых не предусматривают право владельца соответствующего сертификата на получение вклада по требованию, при этом такой сертификат должен содержать указание на отсутствие права вкладчика на досрочное получение вклада по требованию.

4. Если сберегательные и депозитные сертификаты предусматривают право владельца соответствующего сертификата на получение вклада по требованию, банком при досрочном предъявлении требования владельца соответствующего сертификата о выдаче денежных средств выплачиваются сумма вклада и проценты в размере, выплачиваемом по вкладам до востребования, если условиями соответствующего сертификата не установлен иной размер процентов.

5. Сберегательные или депозитные сертификаты могут выдаваться на условиях бездвижения (статья 148.1), в том числе бездвижения путем их хранения в выдавшем банке при условии, что такой банк в соответствии с законом вправе осуществлять хранение документарных ценных бумаг и (или) учет прав на ценные бумаги. В случае бездвижения такие сертификаты не выдаются на руки их владельцам, а права владельцев таких сертификатов закрепляются в одном сертификате, реквизиты которого устанавливаются Банком России.

Комментарий

1. **Понятие сберегательного (депозитного) сертификата.** Вместо оформления отношений с банком по вкладу подписанным сторонами договором банковского вклада закон допускает их оформление посредством выдачи именного сберегательного или депозитного сертификата (см. п. 1 ст. 837 ГК РФ). Обязательственные требования вкладчика к банку

оказываются воплощенными в документарной ценной бумаге, которая является своеобразной вещью.

По смыслу п. 1 ст. 836 ГК РФ при выдаче сберегательного (депозитного) сертификата подписание договора-документа обеими сторонами не требуется. Содержание прав и обязанностей по договору банковского вклада определяется в соответствии с законом и содержанием выданного сертификата.

В п. 4 старого, но еще не отмененного Положения о сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций, содержащегося в Письме Банка России от 10 февраля 1992 г. № 14-3-20, указывается, что денежные расчеты по купле-продаже депозитных сертификатов, выплате сумм по ним осуществляются в безналичном порядке, а сберегательных сертификатов – как в безналичном порядке, так и наличными средствами. Продажа сертификата вкладчику представляется логически невозможной. Во-первых, сертификат удостоверяет права по договору банковского вклада, который является реальным договором. Права по этому договору возникают только тогда, когда вклад внесен вкладчиком в банк. Следовательно, продавая сертификат вкладчику и получая от него сумму вклада, банк продавал бы ценную бумагу, которая в действительности ничего не удостоверяет. Во-вторых, если бы вкладчик уплачивал при купле-продаже сертификата его номинал, предварительно внося вклад на ту же сумму, то такое отношение было бы экономически абсурдным. Отсюда следует, что отношения при выдаче сберегательного (депозитного) сертификата не могут быть оформлены договором купли-продажи, как, впрочем, и каким-либо другим договором. Никакого дополнительного договора здесь вообще не требуется, поскольку сама выдача сертификата уже удостоверяет заключение договора банковского вклада в письменной форме. Внесение вкладчиком денежных средств в обмен на получение сертификата является действием по внесению вклада. Обоснование использования купли-продажи сертификата по банковскому вкладу возможно только при использовании нескольких юридических фикций. Первая фингирует покупную цену во вклад, т.е. покупная цена сертификата считается вкладом, а отсутствие покупной цены (так как это вклад) не учитывается. Кроме того, следует также ввести фикцию самого договора банковского вклада, поскольку он скрывается за договором купли-продажи. Однако такое нагромождение фикций выглядит совершенно искусственным и не вызванным потребностями оборота.

В теории воплощение требований в ценной бумаге преследует цель снижения рисков при ее обороте и упрощения оборота выраженных

в бумаге прав по сравнению с оборотом обычных обязательственных прав (требований).

Впрочем, с учетом того, как механизм оборота права на сертификаты установил законодатель в ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности, говорить о том, что подобное оформление вклада упрощает оборот, затруднительно (см. п. 1.6 комментария к настоящей статье). Такое впечатление, что единственной целью для существования сберегательных сертификатов сейчас является легитимация возможности согласовать запрет на досрочное снятие вклада при привлечении банками во вклад денег граждан.

Сертификат может использоваться в качестве суррогата денежных расчетов. Стороны договора могут предусмотреть передачу сертификата в качестве встречного предоставления по возмездным договорам или передачу сертификата в качестве дара. Ограничительное суждение Банка России по данному вопросу, изложенное в формально не отмененном Письме Банка России от 10 февраля 1992 г. № 14-3-20, не основано на законе, противоречит принципу свободы договора и не может применяться.

Сумма вклада по сберегательному сертификату является застрахованной в силу Закона о страховании вкладов (ст. 5).

В силу ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности условия, на которых выдаются сберегательные и депозитные сертификаты (далее также — условия выдачи), утверждаются коллегиальным исполнительным органом кредитной организации, если иное не установлено ее уставом. Условия выдачи должны соответствовать требованиям, установленным федеральными законами и нормативными актами Банка России. После утверждения условий выдачи кредитная организация направляет их в Банк России для регистрации, а также раскрывает информацию о них в порядке, установленном Банком России. Порядок и сроки регистрации Банком России условий выдачи, основания для отказа Банка России в их регистрации, перечень документов, представляемых кредитной организацией в Банк России для регистрации условий выдачи, требования к указанным документам и порядок их представления устанавливаются нормативным актом Банка России. Ряд данных вопросов, касающихся требований к условиям выдачи, порядка регистрации в Банке России, раскрытия информации и ведения Банком России реестра зарегистрированных условий выдачи сертификатов, урегулирован в Положении о сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций, утвержденном Банком России 3 июля 2018 г. № 645-П.

При этом кредитная организация не вправе выдавать сберегательные и депозитные сертификаты до внесения Банком России информации о зарегистрированных условиях выдачи таких сертификатов в реестр, ведение которого осуществляет Банк России в установленном им порядке.

1.1. Различие между сберегательным и депозитным сертификатами.

Банковские сертификаты по субъектному составу вкладчиков подразделяются на сберегательные и депозитные. Соответственно, владельцем сберегательного сертификата может быть физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель, а владельцем депозитного сертификата – юридическое лицо. Первоначальный Проект реформы ГК РФ предусматривал другой субъектный состав. Индивидуальные предприниматели относились к субъектам отношений по депозитному сертификату наряду с юридическими лицами, что соответствовало общему правилу п. 3 ст. 23 ГК РФ. Законодатель, наоборот, отнес индивидуальных предпринимателей к владельцам сберегательных сертификатов наряду с физическими лицами. Вероятно, это объясняется тем обстоятельством, что оформление банковского вклада сертификатом не проявляет цели вкладчика. Банку трудно распознать, преследовало лицо предпринимательские цели или нет.

Закон не предусматривает никакой санкции за нарушение требования о субъектном составе правоотношений по вкладу, оформленному сертификатом. Поскольку правопорядок принципиально допускает обладание банковскими сертификатами как для юридических лиц, так и для физических лиц, можно предположить, что выдача юридическому лицу сберегательного сертификата (и наоборот, выдача физическому лицу депозитного сертификата) не приводит к недействительности договора банковского вклада, равно как и к недействительности самих сертификатов. К правоотношениям сторон следует применять соответствующие нормы.

В силу ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности обращение сберегательных сертификатов осуществляется между физическими лицами, в том числе индивидуальными предпринимателями, а обращение депозитных сертификатов возможно только между юридическими лицами. При этом там же указано, что переход прав на сберегательный и депозитный сертификаты осуществляется только при условии соблюдения ограничений на обращение соответствующего сертификата, установленных указанной статьей. Иначе говоря, юридическое лицо не может произвести отчуждение депозитного сертификата физическому лицу, а физическое лицо не может произвести отчуждение принадлежащего ему сберегательного сертификата юридическому лицу.

Но что, если права на соответствующий сертификат оказались у лица, не имеющего права быть его владельцем не в результате сделки (например, в результате наследственного правопреемства сберегательный сертификат перешел юридическому лицу, указанному в завещании)? Здесь, видимо, следует учитывать положения п. 1–2 ст. 238 ГК РФ, которые предусматривают следующее. Если по основаниям, допускаемым законом, в собственности лица оказалось имущество, которое в силу закона не может ему принадлежать, это имущество должно быть отчуждено собственником в течение года с момента возникновения права собственности на имущество, если законом не установлен иной срок. В случаях, когда имущество не отчуждено собственником в указанные сроки, такое имущество с учетом его характера и назначения по решению суда, вынесенному по заявлению государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит принудительной продаже с передачей бывшему собственнику вырученной суммы либо передаче в государственную или муниципальную собственность с возмещением бывшему собственнику стоимости имущества, определенной судом. При этом вычитаются затраты на отчуждение имущества.

1.2. Запрет на предъявительские сертификаты. До 1 июня 2018 г. комментируемая статья имела еще одно видовое разграничение банковских сертификатов. Они подразделялись на именные и предъявительские. Действующая легальная дефиниция сберегательных и депозитных сертификатов объявляет их именными. Таким образом, допустимость выдачи сертификатов на предъявителя упразднена, что связано с соображениями противодействия легализации преступных доходов.

1.3. Иные виды сертификатов. Проект реформы ГК РФ содержал еще большее видовое разнообразие сертификатов. Предусматривались сертификаты с фиксированной процентной ставкой и с плавающей процентной ставкой, сертификаты с купонным доходом, сертификаты с номинальной стоимостью в рублях и с номинальной стоимостью в иностранной валюте, а также другие виды сберегательных (депозитных) сертификатов, предусмотренные законом или банковскими правилами. Несмотря на то что реформа закона не восприняла этих предложений по дополнению рассматриваемой статьи указанием на данные виды сертификатов, каких-либо препятствий для выпуска таких видов сертификатов в законе не имеется.

1.4. Обслуживание сертификатов в филиалах банков. До 1 июня 2018 г. комментируемый пункт предусматривал право владельца сертификата получить причитающееся по нему как в банке, выдав-

шем сертификат, так и в любом филиале этого банка. Действующая редакция не предусматривает получение соответствующих выплат по месту нахождения филиала банка. Видимо, такой подход определяется п. 2 ст. 55 ГК РФ, в соответствии с которым филиал может осуществлять как все функции юридического лица, так и часть функций. Следовательно, формально-юридически можно представить себе существование таких филиалов банков, в функции которых не входит обслуживание клиентов банка, являющихся владельцами сертификатов. Это ухудшило положение вкладчиков. Теперь их права будут определяться не требованиями закона, а рыночными принципами конкуренции. Соответственно, банки, заинтересованные в большем удобстве для своих клиентов, могут предусматривать их обслуживание в любом филиале банка, как и прежде, однако некоторые банки на законных основаниях могут установить здесь соответствующие ограничения.

1.5. Учет прав по выданным сертификатам. Согласно ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности права владельца сберегательного или депозитного сертификата удостоверяются записями в системе учета выдавшей его кредитной организации. Внесение в систему учета записи, удостоверяющей права владельца сберегательного или депозитного сертификата, отражается в соответствующем сертификате, за исключением сберегательного и депозитного сертификатов, выданных на условиях обездвижения (об обездвижении сертификатов см. комментарий к п. 5 настоящей статьи).

Согласно той же статье указанного Закона кредитная организация, выдавшая сберегательный или депозитный сертификат, обязана по требованию владельца сберегательного или депозитного сертификата предоставить ему выписку или иной документ, подтверждающие факт внесения записи о его праве на сберегательный или депозитный сертификат в систему учета.

Согласно ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности кредитная организация представляет в Банк России по его требованию список лиц, являющихся владельцами сберегательных и депозитных сертификатов на определенный в указанном требовании день, не позднее чем в течение шести дней со дня поступления указанного требования.

1.6. Отчуждение прав на сертификаты. Сберегательный или депозитный сертификат является именной документарной ценной бумагой. Согласно п. 4 ст. 146 ГК РФ права, удостоверенные именной документарной ценной бумагой, передаются приобретателю путем вручения ему ценной бумаги лицом, совершающим ее отчуждение,

с совершением на ней именной передаточной надписи *или в иной форме* в соответствии с правилами, установленными для уступки требования (цессии). При этом нормы § 1 гл. 24 ГК РФ о замене кредитора применяются к передаче прав, удостоверенных именными документарными ценными бумагами, в порядке уступки требования (цессии), если иное не установлено правилами гл. 7 ГК РФ, иным законом или не вытекает из существа соответствующей ценной бумаги.

При этом ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности устанавливает то самое иное: права, удостоверенные сберегательным или депозитным сертификатом, передаются в порядке, установленном для уступки требования (цессии), а также по основаниям, установленным законодательством РФ, но при этом права на сберегательный или депозитный сертификат переходят к приобретателю *с момента внесения соответствующей записи в систему учета выдавшей сберегательный или депозитный сертификат кредитной организации*. Иначе говоря, в силу того, что согласно той же статье права на такие сертификаты, пусть и выданные в документарной форме, удостоверяются записями в системе учета выдавшей его кредитной организации, переход прав на сертификаты не происходит в момент физической передачи сертификата приобретателю или внесения в сам сертификат передаточной надписи — для перехода прав требуется обращение в банк, выдавший сертификат, и внесение банком соответствующей записи в свою систему учета. Насколько эта система оборота прав уместна, вопрос спорный. Как представляется, она не упрощает, а усложняет оборот прав на сертификаты.

При этом стоит помнить об установленных в ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности ограничениях на оборот сертификатов по субъектным признакам (см. п. 1.1 комментария к настоящей статье). Оборот сертификатов может быть упрощен, если соответствующие права могли бы передаваться с использованием тех же технических средств, которые используются при дистанционном управлении банковским счетом, исключая необходимость явки правообладателя в банк.

1.7. Обязательные реквизиты сертификатов. Условия банковского вклада, оформленного сертификатом, указываются в самом сертификате. Обычно в таком сертификате, помимо обязательного указания сторон правоотношения (банка и вкладчика) и суммы вклада, указываются ставка процентов и срок вклада. Сертификат может содержать и другие условия.

Положение о сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций, утвержденное Банком России 3 июля 2018 г.

№ 645-П, устанавливает состав обязательных реквизитов сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организаций и реквизиты сертификата, закрепляющего права владельцев сберегательных и депозитных сертификатов, выдаваемых на условиях обездвижения. В частности, согласно п. 1.1 этого Положения сберегательный или депозитный сертификат кредитной организации, выдаваемый на руки его владельцу, должен содержать следующие обязательные реквизиты:

– сберегательный сертификат – наименование «Сберегательный сертификат», депозитный сертификат – наименование «Депозитный сертификат»;

– уникальный идентификационный признак сертификата, присвоенный кредитной организацией, выдавшей сертификат;

– полное фирменное наименование и место нахождения кредитной организации, выдавшей сертификат;

– сберегательный сертификат – фамилия, имя и отчество (при наличии) первого владельца сберегательного сертификата – физического лица (в том числе индивидуального предпринимателя), место его регистрации по месту жительства (пребывания);

– депозитный сертификат – полное наименование первого владельца депозитного сертификата, его основной государственный регистрационный номер и место нахождения – для российского юридического лица; полное наименование, номер, присвоенный в торговом реестре или учетном регистре государства, в котором зарегистрирован владелец депозитного сертификата как юридическое лицо, и дата государственной регистрации юридического лица (присвоения номера) – для иностранного юридического лица;

– сумма вклада, факт внесения которого удостоверяется сертификатом, указанная цифрами и прописью;

– процентная ставка (порядок определения процентной ставки) за пользование вкладом, факт внесения которого удостоверяется сертификатом;

– дата (срок, по истечении которого наступает дата) востребования суммы вклада и обусловленных сертификатом процентов;

– указание на отказ владельца сертификата от права на получение вклада по его требованию до истечения срока востребования вклада, факт внесения которого удостоверяется сертификатом (в случае внесения вклада на условиях отказа владельца сертификата от права на получение вклада по его требованию);

– процентная ставка (порядок определения процентной ставки), за пользование вкладом, факт внесения которого удостоверяется сер-

тификатом, при досрочном предъявлении владельцем сертификата к погашению (в случае отсутствия в сертификате отказа владельца такого сертификата от права на получение вклада по его требованию);

– безусловное обязательство кредитной организации, выдавшей сертификат, при наступлении установленной таким сертификатом даты (срока, по истечении которого наступает дата) востребования вернуть владельцу сертификата сумму вклада и выплатить обусловленные указанным сертификатом проценты;

– безусловное обязательство кредитной организации, выдавшей сертификат, при досрочном предъявлении сертификата к погашению выплатить владельцу сертификата сумму вклада и проценты в размере, выплачиваемом кредитной организацией по вкладам до востребования, или в ином установленном условиями сертификата размере (в случае если сертификат не содержит отказ владельца сертификата от права на получение вклада по его требованию);

– сберегательный сертификат – указание на то, что сумма вклада, на которую выдан сберегательный сертификат, подлежит страхованию в соответствии с Законом о страховании вкладов;

– реквизит, предусматривающий место для отражения внесения записей в систему учета выданных кредитной организацией сертификатов и прав на них (далее – система учета), удостоверяющих права владельца сертификата;

– дата регистрации Банком России условий выдачи сертификатов, в соответствии с которыми выдан сертификат, и номер записи о зарегистрированных условиях выдачи сертификатов в реестре зарегистрированных условий выдачи сертификатов;

– указание на то, что права, закрепленные сертификатом, переходят к их приобретателю с момента внесения в систему учета сертификатов записи о переходе прав на этот сертификат;

– реквизит, предусматривающий место для возможности оформления уступки требования (цессии) путем совершения на сертификате именной передаточной надписи;

– подпись работника кредитной организации, выдавшей сертификат, или работника ее филиала, уполномоченных такой кредитной организацией на подписание сертификатов, скрепленная печатью указанной кредитной организации (филиала) (при наличии печати);

– дата подписания сертификата уполномоченным лицом.

В отношении признания обязательными реквизитами (по сути, обязательными условиями) сертификата порядка и срока уплаты процентов см. комментарии к п. 2 настоящей статьи.

2. Проценты и иные условия. До 1 июня 2018 г. правил об установлении и выплате процентов на условиях и в сроки, указанные в сертификате, данная статья не содержала. В действующей же редакции прямо указано на фиксацию в сертификате условий и сроков уплаты процентов.

Указание в данной норме на то, что в сертификате фиксируются условия и сроки выплаты процента, может быть истолковано как указание на существенность таких параметров и незаключенность договора при отсутствии их в сертификате, в то время как общие правила ГК РФ о вкладах исходят из того, что в договоре такие условия могут быть опущены, и тогда пробел будет восполняться за счет тех или иных диспозитивных правил (например, размер процента будет определяться по правилам п. 1 ст. 838 ГК РФ). Стоит ли таким образом толковать данную норму или следует признать ее ничего не значащим положением закона, коих в тексте ГК РФ, как ни странно, достаточно много? Вопрос пока не разрешен, но носит, скорее, гипотетический характер, так как сложно себе представить пробел по данному вопросу в сертификате. Но в целом логика признания таких условий в качестве существенных не прослеживается в силу наличия диспозитивных правил, восполняющих этот пробел.

2.1. Акты Банка России. Банк России ранее устанавливал регулирование вопросов о процентах по сертификатам, некоторые из которых противоречили ГК РФ в прежней редакции, а также противоречат и действующей редакции.

Банк России в п. 7 достаточно старого, но формально не отмененного Положения о сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций, содержащегося в письме от 10 февраля 1992 г. № 14-3-20, предписывал следующее. Если срок получения вклада (депозита) по сертификату просрочен, то кредитная организация несет обязательство оплатить означенные в сертификате суммы вклада и процентов по первому требованию его владельца. За период с даты востребования сумм по сертификату до даты фактического предъявления сертификата к оплате проценты не выплачиваются. Кредитная организация не может в одностороннем порядке изменить (уменьшить или увеличить) обусловленную в сертификате ставку процентов, установленную при выдаче сертификата. Кредитная организация начисляет проценты по сберегательным (депозитным) сертификатам на остаток задолженности по основному долгу, учитываемый на соответствующем лицевом счете на начало операционного дня. Начисление процентов по сертификату осуществляется кредитной организацией не реже одного раза в месяц и не позднее последнего рабочего дня отчетного

месяца. Выплата процентов по сертификату осуществляется кредитной организацией одновременно с погашением сертификата при его предъявлении.

3. Ограничение права вкладчика требовать возврата вклада по требованию. До 1 июня 2018 г. законодательство не предусматривало возможность выдачи банковских сертификатов, которые не устанавливают право на досрочное получение вклада. Хотя для юридических лиц такая возможность имела, поскольку в соответствии с п. 2 ст. 837 ГК РФ условия договора могли предусматривать недопустимость досрочного получения вклада. Комментируемый пункт ст. 844 ГК РФ регулирует такой вид сберегательного или депозитного сертификата, который не предусматривает право досрочного получения вклада (сертификат со строгим сроком).

Проект реформы ГК РФ предусматривал, что банк вправе выпустить сберегательные сертификаты с условием отказа вкладчика от права на получение вклада по первому требованию. При этом предполагалось, что сберегательный сертификат, удостоверяющий внесение вклада на условиях отказа вкладчика от права на получение вклада по первому требованию, должен содержать как в наименовании, так и в тексте сертификата указание на отказ вкладчика от права на получение вклада по первому требованию. В нем также предусматривалось, что максимальная сумма сберегательного сертификата с условием отказа вкладчика от права на получение вклада по первому требованию может быть ограничена законом.

Введение законодателем возможности выпуска сертификатов со строгим сроком диктуется потребностями банковской отрасли, заинтересованной в большей предсказуемости в капитализации. Отсутствие рисков досрочного предъявления требований по определенному числу вкладов позволяет банкам уменьшить резервы, необходимые для этого, что особенно критично при массовом изъятии вкладов во время периодически возникающей «банковской паники». Интерес вкладчиков в получении денежных средств обеспечивается возможностью продажи сертификата до наступления срока выдачи вклада с дисконтом на рынке.

Действующее регулирование (как комментируемый пункт, так и ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности) для выдачи сберегательного сертификата со строгим сроком требует однократного указания на отсутствие права вкладчика на досрочное получение вклада по требованию безотносительно к тому, в каком месте текста сертификата содержится такое указание. Это несколько ослабляет защиту интересов вкладчиков, поскольку наименование документа, как

правило, привлекает большее внимание человека, чем сам его текст. В то же время указание в сберегательном сертификате условия о строгом сроке мелким шрифтом, в неожиданном месте и тому подобные недобросовестные практики вуалирования этого важного условия, как представляется, следует пресекать судам. В таких случаях обоснованно признавать данные условия ничтожными.

Закон не делает разграничения для этого требования по виду сертификатов: сберегательного или депозитного. По буквальному содержанию нормы требование об указании в тексте сертификата на строгий срок распространяется как на депозитные, так и на сберегательные сертификаты. Таким образом, оформление сберегательного сертификата является единственным законным способом привлекать вклады граждан с ограничением их права на досрочное снятие вклада.

Отсутствие в сертификате указания на запрет досрочного снятия вклада дает вкладчику-гражданину право на предъявление требования о досрочной выплате причитающегося по сертификату на основании общих правил ГК РФ о вкладах.

Такая редакция нормы ставит вопрос о наличии права на досрочное истребование вклада у юридического лица в ситуации отсутствия в сертификате указания на запрет на досрочное снятие. Ведь по общему правилу юридическое лицо не может требовать досрочного снятия срочного (условного) вклада (см. комментарий к ст. 837 ГК РФ). С учетом эволюции законодательства можно предположить, что наличие срока возврата вклада в депозитном сертификате, хотя бы и без указания на отсутствие права на досрочное истребование вклада, не должно давать такого права юридическому лицу. Однако подобный вариант толкования является спорным, поскольку расходится с буквальным значением нормы.

4. Сберегательный (депозитный) сертификат, предоставляющий вкладчику право досрочного востребования вклада. Сберегательный или депозитный сертификат может предусматривать право вкладчика на досрочную выдачу денежных средств. В этом случае права вкладчика в отношении банка аналогичны правам вкладчика по договору срочного банковского вклада с правом на досрочное истребование (см. комментарий к п. 5 ст. 837 ГК РФ). По общему правилу в случае досрочного истребования вклада проценты по сертификату выплачиваются в размере процентов, предусмотренных для вкладов до востребования. Сертификат может предусматривать иной размер процентов при досрочном предъявлении требования о возврате вклада. О том же говорит и ст. 36.1 Закона о банках и банковской деятельности.

Законом в этом аспекте установлено единое правовое регулирование как для сберегательного, так и для депозитного сертификата. Это не препятствует установлению дифференцированного правила о последствиях досрочного возврата вклада для граждан и для юридических лиц. Также нет никаких препятствий для введения различных правил для различных видов сертификатов.

В законе можно обнаружить некоторую неопределенность в отношении таких случаев, когда в сертификате не установлена оговорка о строгом сроке, парализующая право на досрочное истребование вклада, но также и не установлено право на досрочное истребование вклада, иными словами, срок возврата вклада определен ординарным образом (об этом см. комментарий к п. 3 настоящей статьи).

Судебная практика свидетельствует о почти полном отсутствии споров с применением комментируемого пункта.

Детали досрочного снятия вклада по сертификатам, а также вопросы пересчета процентов в такой ситуации см. в комментарии к ст. 837 ГК РФ.

5. Обездвижение. Обездвижение (иммобилизация) документарных ценных бумаг (общие правила в отношении которого установлены в ст. 148.1 ГК РФ) представляет собой юридический прием, с помощью которого документарные ценные бумаги можно подчинить правовому режиму бездокументарных ценных бумаг (§ 3 гл. 7 ГК РФ). Обездвижение документарных ценных бумаг вообще и банковских сберегательных или депозитных сертификатов в частности позволяет нивелировать риски оборота документарных бумаг. Так, например, обездвижение уменьшает риски гибели документарной бумаги, ее хищения, подделки цессионной записи на бумаге и т.п. Риски оборота бездокументарных ценных бумаг, права на которые учитываются банками (иными профессиональными участниками рынка ценных бумаг), значительно меньше, чем риски оборота документарных ценных бумаг. Кроме того, обездвижение документарных ценных бумаг позволяет упростить оборот таких бумаг. Он будет осуществляться путем подачи соответствующих распоряжений лицу, ведущему учет обездвиженных бумаг, и отражения перехода прав в ведущемся таким лицом реестре.

Состав обязательных реквизитов сберегательных и депозитных сертификатов кредитных организаций и реквизиты сертификата, закрепляющего право владельцев сберегательных и депозитных сертификатов, выдаваемых на условиях обездвижения, определены в Положении о сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций, утвержденном Банком России 3 июля 2018 г. № 645-П.

5.1. Порядок обездвижения выданных документарных сертификатов.

Согласно ст. 148.1 ГК РФ обездвижение документарных ценных бумаг осуществляется путем передачи их на хранение лицу, которое в соответствии с законом вправе осуществлять хранение документарных ценных бумаг и (или) учет прав на ценные бумаги.

В принципе, вполне возможна ситуация, когда сертификат изначально размещается в обездвиженной форме и после оформления сразу же, не проходя через руки вкладчика, оказывается на хранении в банке. Но возможно и последующее обездвижение изначально выданного сертификата-документа. Более того, сертификат может быть обездвижен также и последующим его приобретателем, а не первоначальным вкладчиком.

Передача сертификатов на хранение возможна как тому банку, который его выдал, так и иному лицу, если они имеют в силу закона право на принятие на хранение и депозитарный учет ценных бумаг. Необходимость наличия специальной лицензии у лица, принимающего ценные бумаги на хранение с целью депозитарного учета прав по ним, прямо обозначена в ст. 148.1 ГК РФ, а необходимость наличия лицензии, выданной Банком России, у депозитария прямо указана в ст. 39 Закона о рынке ценных бумаг.

Оформление отношений между вкладчиком (депонентом) и депозитарием происходит путем заключения соответствующего договора. После этого депозитарий открывает вкладчику специальный счет для учета операций с такими бумагами. На сертификаты, переданные депозитарию, взыскание по долгам депозитария не обращается. Эти и другие детали отношений по депозитарному договору отражены в ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг.

Как следует из ст. 148.1 ГК РФ, после передачи сберегательных или депозитных сертификатов на хранение депозитарию передача прав, вытекающих из этих ценных бумаг, а также установление залогов в отношении таких прав происходит в соответствии с правилами ст. 149–149.5 ГК РФ путем отражения соответствующих записей по открытому счету в депозитарии (т.е. в режиме оборота прав на учитываемые депозитарием бездокументарные ценные бумаги). Так, согласно п. 2 ст. 149.2 ГК РФ «права по бездокументарной ценной бумаге переходят к приобретателю с момента внесения лицом, осуществляющим учет прав на бездокументарные ценные бумаги, соответствующей записи по счету приобретателя», а в силу п. 3 той же статьи «залог, обременение другими способами бездокументарных ценных бумаг, а также ограничения распоряжения ими возникают после внесения лицом, осуществляющим учет прав, соответствующей записи о залоге, обременении или

ограничении по счету правообладателя либо в установленных законом случаях по счету иного лица». В силу прямой отсылки к правилам данной статьи в ст. 148.1 ГК РФ об обездвижении документарных ценных бумаг эти правила ст. 149.2 ГК РФ применяются и в отношении перехода прав и установления залога в отношении прав вкладчика, вытекающих из депонированного сертификата.

Если вкладчик решит забрать сертификат и прекратить депозитарные отношения, депозитарий соответствующий счет закрывает.

5.2. Смысл комментируемого пункта. Все вышеописанное вполне следует из положений ст. 148.1 ГК РФ. Комментируемая же норма говорит о том, что сберегательный или депозитный сертификаты могут изначально оформляться *на условиях обездвиженности*, на руки вкладчику не выдаваться, а права *владельцев таких сертификатов* подлежат закреплению *в одном сертификате*, реквизиты которого устанавливаются Банком России. Как описанный механизм может работать в деталях, по задумке разработчиков данной нормы, вступившей в силу с 1 июня 2018 г., на момент написания настоящего комментария не вполне понятно.

В целом логика законодателя, видимо, такая. Сберегательный или депозитный сертификат не отнесены Законом о рынке ценных бумаг к эмиссионным ценным бумагам, размещение которых осуществляется выпусками (объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска ценных бумаг совпадают). Но на практике банки осуществляют серийную выдачу сертификатов. Внутри одной серии сертификатов все условия вклада — процентная ставка за пользование вкладом, дата востребования суммы вклада, процентная ставка, уплачиваемая при досрочном истребовании суммы вклада, — являются едиными. Комментируемая норма предоставляет банку возможность оформить единый (общий, глобальный) сертификат с указанием в нем общей суммы вклада, факт внесения которого удостоверяется одним сертификатом, выданным на условиях обездвижения.

Предусмотренная комментируемой нормой модель оформления прав владельцев сертификатов, видимо, повторяет конструкцию, ранее использованную при выпуске государственных облигаций. Эмитент оформлял глобальный сертификат (документ), удостоверяющий права, закрепляемые облигациями каждого выпуска. В ходе выпуска такой сертификат передавался им на хранение и (или) учет в головной депозитарий, а сами облигации в результате размещения переводились на счета депо владельцев (см. Положение о порядке депозитарного учета на организованном рынке ценных бумаг, утвержденное Приказом Банка России от 28 февраля 1996 г. № 02-51 (утратило силу)).

В рамках такой модели банк оформляет единый (общий) сертификат без указания конкретных вкладчиков, который он депонирует у себя же (в качестве депозитария), и далее привлекает на указанных в этом едином сертификате условиях денежные средства у различных вкладчиков, оформляя этот факт внесением записи по открываемому вкладчику счету депо (если банк имеет лицензию на депозитарную деятельность) с дальнейшим оборотом права на права вкладчиков, внесших ту или иную часть указанной в сертификате суммы, в режиме бездокументарной ценной бумаги.

В Положении о сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций, утвержденном Банком России 3 июля 2018 г. № 645-П, указаны обязательные реквизиты общего сертификата, а также требования к условиям выдачи таких сертификатов.

Иначе говоря, законодатель задумал сложный механизм, состоящий в выпуске документарной ценной бумаги (единый сертификат), которая не по воле вкладчика (как в случае с классическим обездвижением), а изначально и безальтернативно трансформируется в запись по счету и *de facto* в бездокументарную ценную бумагу. Представляется, что использования этого механизма можно было бы избежать, если признать возможность выпуска сберегательных и депозитных сертификатов в виде эмиссионных бездокументарных ценных бумаг.

Статья 844.1. Особенности договора банковского вклада в драгоценных металлах

1. По договору банковского вклада, предметом которого является драгоценный металл определенного наименования (вклад в драгоценных металлах), банк обязуется возвратить вкладчику имеющийся во вкладе драгоценный металл того же наименования и той же массы либо выдать денежные средства в сумме, эквивалентной стоимости этого металла, а также выплатить предусмотренные договором проценты.

2. Договор банковского вклада в драгоценных металлах должен содержать обязательное указание на наименование драгоценного металла, размер процентов по вкладу и форму их получения вкладчиком, а также порядок расчета суммы денежных средств, подлежащих выдаче, если возможность такой выдачи предусмотрена договором.

3. Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, к отношениям по договору банковского вклада в драгоценных металлах применяются правила о вкладах, предусмотренные настоящим

Кодексом, в том числе правила абзаца седьмого пункта 1 статьи 64 настоящего Кодекса.

4. К отношениям по договору банковского вклада в драгоценных металлах правила пункта 1 статьи 840 настоящего Кодекса об обеспечении возврата вкладов граждан путем осуществляемого в соответствии с законом страхования вкладов физических лиц не применяются, о чем гражданин должен быть уведомлен в письменной форме до заключения договора банковского вклада в драгоценных металлах, а банк должен получить от гражданина подтверждение того, что такое уведомление было совершено.

Комментарий

1. Понятие вклада в драгоценных металлах. До 1 июня 2018 г. ГК РФ не содержал никаких особенностей для договоров банковского вклада в драгоценных металлах (металловкладах). Однако Закон о банках и банковской деятельности изначально предусматривал такую банковскую операцию, как привлечение во вклады драгоценных металлов (в действующей редакции — п. 7 ч. 1 ст. 5 названного Закона). В соответствии с этим Законом регулирование банковских вкладов в драгоценных металлах было установлено в Положении о совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами.

Открытие вклада в драгоценных металлах позволяет банку привлекать такие финансовые авуары, как драгоценные металлы либо денежные средства, эквивалентные стоимости соответствующего металла. Для вкладчика такие вклады позволяют получить некоторую экономическую защиту от инфляции, поскольку драгоценные металлы являются валютной ценностью, а цена металла определяется мировым балансом спроса и предложения. До некоторой степени драгоценные металлы выполняют роль универсальной резервной валюты, в которую, особенно во времена финансовых кризисов, переводятся фиатные валюты. Консервативные инвесторы нередко держат свои накопления в виде драгоценных металлов во вкладах в банках.

1.1. Объект вклада. Особенностью договора металловклада является его объект. Во вклад вносятся либо драгоценный металл, либо денежная сумма, эквивалентная стоимости соответствующего количества (массы) определенного драгоценного металла.

Если во вклад вносятся драгоценные металлы в виде слитков, право собственности на них переходит банку. Банк не обязан хранить этот

металл и может его немедленно продать или совершить с ним любую иную сделку.

Если во вклад вносятся денежные средства, с учетом действующих в банке цен на соответствующий драгоценный металл определяется объем металла, который будет считаться находящимся во вкладе.

Согласно ст. 1 Закона о драгоценных металлах и драгоценных камнях драгоценным металлом признаются золото, серебро, платина и металлы платиновой группы (палладий, иридий, родий, рутений и осмий).

В обязанности банка не входит такое обязательство, как обеспечение сохранности актива вкладчика, так как речь не идет о договоре хранения. Банк обязан по истечении срока договора или при востребовании вклада возвратить драгоценный металл (в зависимости от условий договора в натуре или в эквивалентной стоимости денежными средствами) и уплатить проценты на вклад.

Договор банковского вклада не является договором хранения, поэтому при наличии в договоре условия об исполнении обязательства по возврату вклада в натуре (в металле) банк обязан возвратить не тот же металл, который был внесен вкладчиком, а такой же металл, т.е. драгоценный металл того же наименования и массы (это не исключает заключения договора хранения драгоценного металла, на который правила гл. 44 ГК РФ не распространяются).

Основное отличие договора металлического вклада, по которому вносится металл в натуре, от договора иррегулярного хранения (хранения с обезличением, урегулированного в ст. 890 ГК РФ), по которому вещи, передаваемые на хранение, смешиваются с вещами того же рода и качества других поклажедателей, состоит в том, что банк, получив во вклад металл в натуре, вправе им распоряжаться. Таким образом, такой договор соответствует заемной каузе, характерной для договоров вклада, а не направлен на оказание услуг по хранению, как в случае с иррегулярным хранением. Отсюда и принципиальное следствие: банк не взимает плату за принятие драгметаллов, а сам уплачивает проценты по вкладу. Экономическая логика тут проста: банк, получив натуральный драгметалл в натуре во вклад, может немедленно его продать, а полученные денежные средства направить на кредитование заемщиков по обычным денежным кредитам, зарабатывая проценты; часть заработанных по кредитным операциям процентов банк и направляет на выплату процентов по вкладу. Иначе говоря, такая сделка позволяет банку выполнять свою стандартную функцию финансового посредника.

В случае же, когда во вклад вносятся денежные средства, такие сложности вовсе не нужны. Здесь работает классическая логика вклад-

ной операции: за счет привлеченного денежного капитала банк может выдавать кредиты. Специфика проявляется лишь в том, что объем обязательств банка перед вкладчиком не фиксирован, а зависит от котировок стоимости соответствующего драгметалла. Если такой договор, по которому во вклад были внесены денежные средства, предусматривает возврат вкладчику драгметалла в натуре, а банк к моменту возврата вклада не имеет необходимого объема драгметалла, он всегда может купить его на рынке по существующим рыночным ценам и отдать вкладчику.

Соответственно, ключевая характеристика договора состоит в некоторой доле алеаторности, так как каждая из сторон несет риск изменения стоимости драгметалла. Вкладчик может заработать не только проценты, но и выиграть от роста стоимости драгметалла, но может и существенно проиграть в случае снижения такой стоимости на рынке; симметричные риски несет и банк. Этот риск учитывается при определении ставки процента. Впрочем, в этом нет ничего уникального. Например, при внесении в обычный вклад иностранной валюты проявляется тот же алеаторный элемент. Более того, он проявляется в любой сделке, в которой цена привязана к некоему плавающему показателю от курса той или иной валюты до котировок той или иной биржи.

Драгоценные металлы, как известно, обладают различной чистотой (пробой). В разных отраслях хозяйственной деятельности принято использовать металлы определенной чистоты. Например, в ювелирной промышленности используются металлы с различной пробой; в высокоточных отраслях нередко требуется использовать металл определенной пробы, а не любой. Качественные характеристики драгоценного металла (проба) для целей принятия его во вклад, т.е. его чистота в слитке, определяются Банком России (см. приложение № 1 к Положению о совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами, инструкцию Банка России от 30 ноября 2000 г. № 94-И «О порядке определения массы драгоценных металлов и драгоценных камней и исчисления их стоимости в Банке России и кредитных организациях»).

1.2. Виды вклада в драгоценных металлах. Из комментируемого пункта следует, что договор металловклада по характеру объекта вложения и предмета возвратного обязательства может подразделяться на несколько видов.

Первый, в соответствии с условиями договора, предусматривает как внесение, так и выдачу драгоценного металла по вкладу в натуре.

Второй, согласно условиям договора, предусматривает внесение и возврат вклада в деньгах в сумме, эквивалентной стоимости конкретного драгоценного металла на даты внесения и, соответственно, возврата. В такой ситуации сам драгоценный металл служит просто расчетной величиной, а отношения сторон носят сугубо денежный характер. Представляется, что именно эта сугубо денежная модель металл-овклада и является наиболее востребованной. Ее отличие от обычного договора вклада в деньгах состоит лишь в том, что объем возвратного обязательства банка не фиксирован, а привязан к стоимости определенного объема драгметалла, и, соответственно, нет никаких гарантий того, что вкладчик в итоге не получит назад меньшую сумму, чем он вносил (чего в обычном вкладе по определению быть не может). При этом для реализации такой модели вкладчику нет никакой необходимости якобы покупать у банка металл в слитках с одновременным внесением его во вклад: подобного рода операция, не сопровождающаяся реальным движением металла как вещи, а прикрывающая внесение во вклад денег, должна признаваться притворной, прикрывающей внесение во вклад денежных средств.

Третий предполагает, что вкладчик вносит драгметалл в натуре, а возвращаться ему будет денежная сумма, эквивалентная стоимости соответствующего внесенного драгметалла на момент возврата.

Четвертый предполагает, что вкладчик вносит во вклад денежную сумму, соответствующую стоимости определенного объема выбранного драгметалла, а возвращается ему данный драгметалл в натуре.

Пятый предполагает внесение во вклад либо драгметалла, либо денежной суммы, соответствующей определенному объему драгметалла (в зависимости от того, как стороны договорятся), но порождает альтернативное обязательство банка выдать вклад в натуре или в эквивалентной сумме в рублях по выбору одной из сторон. По общему правилу право выбора в соответствии со ст. 308.1 ГК РФ принадлежит банку как должнику по возвратному обязательству. Договором может быть предусмотрена инверсия выбора в пользу вкладчика. Тогда именно последний определяет модус исполнения — получение вклада в драгоценном металле в натуре или в эквивалентной стоимости в рублях.

Вопрос о том, какая из указанных моделей действует по умолчанию, может вызывать споры, но практического значения он иметь не будет, поскольку трудно себе представить, чтобы такие центральные аспекты договора банки не отразили в контракте.

Что касается условий о проценте, то договор может предусматривать как их начисление в натуральной форме, предполагающее передачу вкладчику процентов в виде определенного количества

металла, так и в денежной форме с расчетом по согласованной сторонами формуле.

Вопрос о том, какая из форм начисления процентов действует по умолчанию, в законе не решен. Думается, что вряд ли он возникнет на практике, так как банки едва ли оставят такой важный вопрос без внимания при составлении своей проформы договора.

В п. 9.7 вышеупомянутого Положения о совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами, помимо прочего, установлено, что возврат драгоценных металлов с обезличенных металлических счетов клиентов возможен путем совершения сделки купли-продажи драгоценных металлов, числящихся на счете. Использование фикции договора купли-продажи к отношениям по банковскому вкладу не видится нам необходимым. Выдача вклада в виде драгоценного металла в натуре является исполнением банком обязательства по договору банковского вклада, а не договора купли-продажи. Другое дело, что некоторые положения норм о договоре купли-продажи, например положения о качестве товара, придется, видимо, привлекать по аналогии.

1.3. Форма возвращаемого металла. Для вкладов, предусматривающих выдачу вклада в виде драгоценного металла в натуре, может возникать проблема определения физической формы металла. Порядок выдачи металла в натуре желательно определять в договоре. При его отсутствии следует исходить из того, что банк обязан выдать вклад в натуре в виде слитков, обычно используемых в банковской практике, а если по договору вкладчик передавал во вклад металл в натуре, банк по умолчанию должен вернуть металл в том же виде, что и металл, который он получил от вкладчика. Вклад не может быть выдан в натуре в виде дробных слитков, поэтому оставшаяся часть вклада может быть выдана только в рублях в сумме, эквивалентной стоимости металла.

1.4. Срочный вклад и вклад до востребования. Как и обычный вклад, договор металловклада может быть как срочным, так и до востребования. При этом, видимо, вполне применимы правила ст. 837 ГК РФ о праве вкладчика-гражданина произвольно снять срочный вклад с пересчетом процентов по ставкам по вкладам до востребования. Но с учетом того, что сама конструкция металловклада новая, не факт, что в банке будут иметься вклады до востребования. Так что в такой ситуации, видимо, логично ориентироваться на ставки по металловкладам до востребования в том же металле, обычно встречающемся на рынке.

1.5. Перечисление с вклада третьим лицам. Согласно п. 3 ст. 834 ГК РФ перечисление с вклада денег третьим лицам не допускается, если вклад открыт юридическому лицу. В силу того, что к договору металловклада применяются по общему правилу нормы об обычном вкладе (п. 3 настоящей статьи), есть все основания применять этот запрет и в отношении договоров металловклада. Если же вкладчиком является физическое лицо, теоретически договор может предусматривать расчетное обслуживание вкладчика. Кроме того, согласно ст. 859.1 ГК РФ допускается совершение операций по перечислению для счетов в драгоценных металлах (металлические счета). Следовательно, возможно выделение и еще одного вида договора банковского вклада в драгоценном металле, который может предусматривать обязанность банка делать перечисления во исполнение распоряжений вкладчика третьим лицам.

Подробнее о порядке перечисления драгоценного металла с металловклада см. комментарий к ст. 859.1 ГК РФ о металлосчете.

2. Существенные условия. Особенность металловклада предполагает уточнение некоторых положений, чтобы отношения сторон не страдали от неопределенности. Теоретически к существенным условиям металловклада достаточно было бы отнести только вид драгоценного металла и его массу (размер вклада). Остальные положения договорного отношения могли бы определяться исходя из диспозитивных норм. Например, в отношении процентов можно было бы предусмотреть, что по обезличенному металловкладу они причисляются к вкладу по курсу соответствующего металла на день их начисления. По вкладу в натуральном металле можно было бы предусмотреть начисление процентов в виде обезличенного металла. Проект реформы ГК РФ изначально предусматривал необходимость согласования следующих существенных условий металловклада:

- наименования драгоценного металла;
- вида драгоценного металла;
- массы металла;
- пробы металла;
- размера процентов по вкладу;
- формы получения вкладчиком процентов по вкладу.

Однако правовое регулирование пошло по другому пути. Комментируемый пункт требует согласования следующих существенных условий договора металловклада:

- наименования драгоценного металла;
- размера процентов по вкладу;
- формы получения вкладчиком процентов;

– порядка расчета суммы денежных средств, подлежащих выдаче, если возможность такой выдачи предусмотрена договором.

2.1. Наименование металла. Требование о согласовании наименования драгоценного металла является объективно необходимым существенным условием. Наименование драгоценного металла является элементом предмета договора, т.е. прав и обязанностей, которые совершаются по поводу данного объекта гражданского оборота. Как уже указывалось, в банковской практике металловклады открываются по тем металлам, которые признаются драгоценными металлами в силу Закона о драгоценных металлах и драгоценных камнях.

2.2. Размер процентов. Размер процентов на вклад по общим положениям о договоре банковского вклада существенным условием не является, поскольку согласно п. 1 ст. 838 ГК РФ при отсутствии в договоре условия о размере выплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере, определяемом в соответствии с п. 1 ст. 809 ГК РФ, т.е. в размере ключевой ставки. По металловкладу согласование размера процентов является обязательным (существенное условие договора), так как применение здесь ключевой ставки Банка России невозможно. Впрочем, отсутствие в договоре банковского вклада вообще и в договоре металловклада в частности размера процентов маловероятно, поскольку банки являются достаточно профессиональными участниками гражданского оборота, чтобы упустить в договоре столь существенное для них условие сделки.

2.3. Форма получения процентов. Форма получения вкладчиком процентов предполагает несколько возможных условий договора. Проценты могут причисляться к сумме вклада и капитализировать его (сложные проценты) как в тех случаях, когда вклад возвращается в деньгах, так и при наличии в договоре условия о возврате вклада в металле. Но, кроме того, проценты согласно условиям договора могут выплачиваться отдельно в денежной форме или выдаваться в натуральной форме.

2.4. Порядок расчета денежных средств, подлежащих выдаче. Если договор предусматривает выдачу вклада и (или) причитающихся процентов не в натуральном драгоценном металле, а в виде денежных средств, договор должен предусматривать порядок расчета суммы денежных средств, подлежащих выдаче. Обычно этот порядок сводится к применению курса банка в отношении соответствующего драгоценного металла, по которому пересчитывается стоимость металла на день выплаты причитающегося по вкладу.

Если металловклад является срочным и вкладчик не забирает вклад в установленный договором срок, такой срочный вклад прео-

бразуется во вклад до востребования. Дальнейшее колебание цены драгоценного металла продолжает учитываться, а курс определяется на момент выдачи причитающегося по вкладу, а не по дню окончания срока по вкладу.

Порядок определения размера денежного долга банка важен также и для тех случаев, когда договор предусматривает возможность перевода средств с вклада на счета третьих лиц в денежной форме.

2.5. Последствия отсутствия в договоре существенных условий. Если в договоре металловклада не указаны размер процентов, форма получения вкладчиком процентов, порядок расчета суммы денежных средств, подлежащих выдаче, такой договор не может считаться заключенным. Отношения сторон регулируются нормами о неосновательном обогащении (гл. 60 ГК РФ). Получив от вкладчика денежную сумму без правовых оснований, банк согласно ст. 1107 ГК РФ обязан возвратить полученную сумму, а также уплатить проценты по ключевой ставке (п. 2 ст. 1107 ГК РФ). Поскольку полученные от вкладчиков, в том числе несостоявшихся, авуары банк использует для выдачи кредитов, он обязан к уплате всех доходов, которые он извлек или должен был извлечь за счет полученного имущества (п. 1 ст. 1107 ГК РФ). Если эти доходы больше суммы ключевой ставки, вкладчик также вправе претендовать на это превышение (зачетный принцип доходов и суммы процентов). Если во вклад по незаключенному договору привлекался драгоценный металл в натуре, банк обязан к его возврату и уплате указанных ранее доходов (например, доходов от предоставления полученного металла в заем третьим лицам), но начисление процентов годовых по ключевой ставке невозможно.

3. Применение общих правил ГК РФ о вкладе. Договор металловклада является разновидностью договора банковского вклада. Соответственно, правовое регулирование подчиняется принципу *lex specialis derogat generali*, т.е. специальные нормы о металловкладе имеют преимущество перед общими нормами о договоре банковского вклада. Это преимущество специального регулирования проявляется либо буквальным образом, когда закон устанавливает, что соответствующее положение не применяется к металловкладу (см., например, п. 4 комментируемой статьи), либо общая норма отступает перед существом обязательства по металловкладу.

Из существа металловклада следует, что все нормы о договоре банковского вклада, которые предусматривают уплату банком денежных средств вкладчику, не применяются к такой разновидности металловклада, которая предусматривает возвратную операцию в форме пере-

дачи натурального драгоценного металла. В этих случаях установленная обязанность банка по уплате денежных средств, соответственно, заменяется обязанностью к выдаче драгоценного металла.

Поскольку размер процентов является существенным условием договора металловклада, норма абз. 2 п. 1 ст. 838 ГК РФ о том, что при отсутствии в договоре условия о размере выплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере, определяемом в соответствии с п. 1 ст. 809 ГК РФ, не подлежит применению к металловкладу. Размер процентов должен быть указан в договоре металловклада.

Металловклад в силу прямого указания закона не является застрахованным (см. комментарий к п. 4 настоящей статьи).

В силу прямого указания комментируемого пункта соответствующие вкладчики имеют преимущества в удовлетворении их требований в случае ликвидации банка, которые предусмотрены абз. 7 п. 1 ст. 64 ГК РФ. Согласно данной норме при ликвидации банков, привлекающих средства граждан, в первую очередь удовлетворяются также требования граждан, являющихся кредиторами банков по заключенным с ними или в их пользу договорам банковского вклада или банковского счета, за исключением договоров, связанных с осуществлением гражданином предпринимательской или иной профессиональной деятельности, в части основной суммы задолженности и причитающихся процентов.

4. Страхование вкладов. Первоначальный Проект реформы ГК РФ не предусматривал никаких особенностей по страхованию металловкладов. Предполагалось, что на такие вклады граждан будет распространяться обеспечение исполнения обязательств банков в виде страхования. Страховая защита вклада граждан базируется на социальных мотивах повышения доверия к банковской системе и задаче по массовому привлечению сбережений граждан в развитие экономики за счет консервативного инвестирования. Защита от инфляции и ослабления покупательной способности национальной валюты, как известно, достигается помимо прочего также и с помощью помещения сбережений в иностранные валюты и драгоценные металлы, в том числе в обезличенном виде. В этом смысле названные политико-правовые причины диктуют необходимость установления страхования любых вкладов, причем не только физических, но и юридических лиц.

Но правовые реалии не соответствуют этим ожиданиям. Надо сказать, что и до 1 июня 2018 г. вклады в драгоценных металлах не подлежали обязательному страхованию, поскольку догматически считается,

что они не являются вкладами в денежных средствах, хотя *de facto* обезличенный металл лишь привязан к цене металла, но выражен в денежных средствах.

Действующая же редакция комментируемой нормы прямо предусматривает исключение из правила об обязательном страховании вкладов для металловкладов. Вклады в драгоценных металлах не застрахованы. При этом вклады в иностранных валютах подлежат обязательному страхованию. Этот законодательный подход представляется алогичным. Более того, правовое положение владельца ординарного вклада (особенно вклада в иностранной валюте) и правовое положение владельца металловклада являются схожими. Политико-правовые мотивы, которые служат основанием для установления системы обязательного страхования, также одинаково применимы как к ординарным вкладам в деньгах, так и к вкладам в драгметаллах. Отсюда следует, что имеются основания для оценки комментируемого положения на соответствие Конституции РФ. Разное правовое положение одинаковых субъектов гражданского права противно принципу равенства.

4.1. Уведомление об отсутствии страховой защиты. Вкладчик-гражданин должен быть уведомлен в письменной форме о том, что металловклад не застрахован до заключения договора банковского вклада в драгоценном металле. При этом банк обязан получить от гражданина подтверждение о получении такого уведомления.

На практике всякого рода уведомления в письменном виде и доказательства этого реализуются либо в виде обмена письменными документами, либо в виде одного документа, подписанного сторонами. Учитывая, что договор банковского вклада формально является реальной сделкой, предварительное уведомление об отсутствии страхования по металловкладу может содержаться в письменном договоре, подписанном сторонами. Нет препятствий для такого уведомления и, соответственно, его подтверждения вкладчиком при заключении договора в электронной форме, в том числе в компьютерных системах, включая мобильный банк.

ГЛАВА 45. БАНКОВСКИЙ СЧЕТ

§ 1. Общие положения о банковском счете

Статья 845. Договор банковского счета

1. По договору банковского счета банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету.

2. Банк может использовать имеющиеся на счете денежные средства, гарантируя право клиента беспрепятственно распоряжаться этими средствами.

3. Банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и устанавливать другие не предусмотренные законом или договором банковского счета ограничения права клиента распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению.

4. Права на денежные средства, находящиеся на счете, считаются принадлежащими клиенту в пределах суммы остатка, за исключением денежных средств, в отношении которых получателю денежных средств и (или) обслуживающему его банку в соответствии с банковскими правилами и договором подтверждена возможность исполнения распоряжения клиента о списании денежных средств в течение определенного договором срока, но не более чем десять дней. По истечении указанного срока находящиеся на счете денежные средства, в отношении которых была подтверждена возможность исполнения распоряжения клиента, считаются принадлежащими клиенту.

5. В случае заключения договора банковского счета с несколькими клиентами (совместный счет) такими клиентами могут быть только физические лица с учетом ограничений, установленных валютным законодательством Российской Федерации. Права на денежные средства, находящиеся на счете, считаются принадлежащими таким лицам в долях, определяемых пропорционально суммам денежных средств, внесенных каждым из клиентов или третьими лицами в пользу каждого из клиентов, если иное не предусмотрено договором банковского счета (договором установлена непропорциональность). В случае, когда договор банковского счета заключен клиентами-супругами, права на денежные средства, находящиеся на совместном счете, являются общими правами клиентов-супругов (статья 256), если иное не предус-

мотрено брачным договором, о заключении которого клиенты-супруги уведомили банк.

6. Правила настоящей главы, относящиеся к банкам, применяются также и к другим кредитным организациям при заключении и исполнении ими договора банковского счета в соответствии с выданным разрешением (лицензией).

7. К отношениям по договору банковского счета с использованием электронного средства платежа нормы настоящей главы применяются, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации о национальной платежной системе.

Комментарий

1. Предмет договора. Договор банковского счета в некоторой степени имеет сходство с договором банковского вклада, в первую очередь с вкладами до востребования. В обоих случаях смысл заключения такого договора для банка состоит прежде всего в том, чтобы оформить тем самым заимствование денег у клиента. В случае с вкладом клиент кредитует банк, размещая во вкладе свои средства; в случае же со счетом происходит, по сути, то же самое: как обычный счет, так и вклад отражают объем денежного обязательства банка перед клиентом. Особенно это сходство проявляется в контексте договоров, заключаемых с гражданами, поскольку и по договору банковского вклада с таким субъектным составом, и по договору банковского счета допускаются операции по перечислению средств со счета (вклада) в пользу третьих лиц по распоряжению клиента (см. комментарий к п. 1 ст. 834 ГК РФ). Кроме того, в силу прямого указания в законе к договору банковского вклада субсидиарно применяются положения о договоре банковского счета (п. 3 ст. 834 ГК РФ).

Вместе с тем договор банковского вклада заключается для целей сбережения и накопления денежных средств (в правилах о договоре вклада до востребования возможность принятия распоряжений вкладчика о переводе средств с вклада третьим лицам установлена диспозитивно и в большинстве договоров на практике блокируется, а по вкладам юридических лиц такие перечисления закон вовсе запрещает), тогда как договор банковского счета по большей мере предназначен для осуществления клиентом безналичных расчетов с третьими лицами (и поэтому немислим договор счета, в котором полностью и безусловно заблокирована возможность клиента давать банку распоряжения о перечислении третьим лицам). По сути, договор счета отличается от вклада тем, что здесь в дополнение к (имеющемуся

и в случае вклада) элементу привлечения банком заимствований за счет средств клиента выделяется в качестве квалифицирующего признака элемент оказания банком клиенту расчетных услуг по перечислению средств в адрес третьих лиц.

Договор банковского счета является двусторонним консенсуальным договором. Иногда считается, что договор банковского счета может быть как возмездным, так и формально безвозмездным. Безвозмездный договор счета трудно себе представить, так как в большинстве случаев либо по нему клиент платит банку те или иные комиссии за проведение расчетных операций, либо банк платит клиенту процент на остаток по счету, либо имеет место и то, и другое. Однако даже если договор банковского счета не предусматривает ни оплату услуг банка по проведению платежных операций, ни выплаты банком клиенту процента на остаток по счету, каждая из сторон получает экономическую выгоду от его заключения, как минимум если деньги на счете размещены и операции по счету проводятся. Клиент, хотя бы и не получая проценты на остаток по счету, получает от банка услуги по осуществлению операций по счету. В свою очередь банк, даже если договор не предусматривает платы за ведение счета или отдельные операции по нему, экономически привлекает заимствования в виде остатка по счету, в пределах которого он согласно нормативам вправе выдавать кредиты (см. комментарий к п. 2 настоящей статьи). Поэтому правильнее относить договор банковского счета к возмездным договорам независимо от того, предусматривает ли он уплату процентов или оплату тех или иных услуг банка.

Чаще всего договор банковского счета может быть квалифицирован как договор присоединения (ст. 428 ГК РФ).

Договор банковского счета иногда квалифицируется в доктрине в качестве рамочного договора (ст. 429.1 ГК РФ). Такое понимание возможно допустить при достаточно широком взгляде на рамочный договор. Если же под рамочным договором понимать договор, условия которого подлежат применению к другим договорам, которые заключают стороны, то такое понимание договора банковского счета не кажется очевидным. Это можно проиллюстрировать на примере одной из самых распространенных операций по договору банковского счета — на платежном поручении. По договору банковского счета банк *обязан* исполнить надлежащее платежное поручение владельца счета и не вправе произвольно отказать в его исполнении. Однако нельзя не отметить, что с практической точки зрения с учетом содержания ст. 429.1 ГК РФ не столь важно, признается договор банковского счета рамочным договором или нет. В судебной практике обнаружить квали-

фикацию договора банковского счета в качестве рамочного договора также не удалось.

1.1. Предмет обязательств банка. Легальная дефиниция договора банковского счета сформулирована законодателем посредством указания на его стороны и перечисления действий, которые обязан совершать банк. Всего названо пять таких действий. Банк обязан:

- 1) принимать денежные средства;
- 2) зачислять денежные средства;
- 3) выполнять распоряжения клиента о перечислении сумм со счета;
- 4) выполнять распоряжения клиента о выдаче соответствующих сумм со счета;
- 5) проводить другие операции по счету.

Последняя обязанность обозначает, что перечень обязанностей банка не является закрытым, и он дополняется обязанностями, предусмотренными законом и договором (см. комментарий к п. 1 ст. 848 ГК РФ). Этим обязанностям корреспондируют соответствующие права клиента.

Обязанности банка по договору банковского счета не сводятся к осуществлению им банковских операций. Помимо таких обязанностей на основании закона и по условиям договора банк оказывает клиенту и другие сопутствующие услуги, например предоставляет различную информацию (причем не только в отношении операций по счету) и бонусы (кэшбэк, скидки с товаров, посещение бизнес-залов аэропортов и т.п.).

Из легального определения договора банковского счета, равно как и из самого названия данного договора, следует, что клиенту по договору открывается счет. Счет представляет собой запись, которая содержит информацию об остатке денежных средств, в отношении которого у конкретного клиента имеются обязательственные требования к банку, и обо всех проведенных по счету операциях и иных действиях в отношении счета.

Записи по счету могут вестись в электронном или в бумажном виде либо как в том, так и в другом виде. Счет по букве закона считается «принадлежащим» клиенту (п. 3 ст. 847 ГК РФ), а последний именуется законодателем «владельцем счета». Конечно, термин «владелец счета» применяется здесь несколько условно, поэтому в силу характера счета, являющегося записью (а точнее, записями), фиксирующей состояние обязательственных отношений между клиентом и банком, он не может находиться в физическом господстве клиента, не являясь вещью. Клиент имеет юридическое господство над своим счетом, а не физическое. Это господство не может быть абсолютным, поскольку, во-первых,

осуществляется посредством требования к банку о совершении соответствующих операций по счету, а во-вторых, права клиента по счету могут быть ограничены на основании закона или договора.

1.2. Расчетные операции. Виды расчетов, которые используются при совершении операций по счету, не определяют природу договора банковского счета. Исходя из определения договора банковского счета, его предметом являются указанные в законе действия банка по проведению расчетов, совершаемые в пользу владельца счета. Источник пополнения денежных средств на счете (путем поступления платежей от третьих лиц или путем зачисления соответствующих сумм самим владельцем счета) не является квалифицирующим признаком рассматриваемого договора, отграничивающим его от иных договоров.

Проведение расчетных операций с использованием банковских карт охватывается содержанием обязательств банка, принимаемых по договору банковского счета. Форма безналичных расчетов (платежными поручениями, по аккредитиву, по инкассо, чеками или путем использования банковских карт) не является признаком, позволяющим выделить договор, заключаемый между банком и владельцем карты об открытии счета для проведения таких операций, в качестве самостоятельного вида, отличного от договора банковского счета (Постановление Президиума ВАС РФ от 21 сентября 2010 г. № 2942/10). Выпуск банковской карты в привязке к открываемому счету является возможным условием договора счета. Правила использования карты могут технически оформляться отдельно или прилагаться к договору счета, но в любом случае образуют с ним правовое единство, ибо банковская карта — это всего лишь одно из возможных электронных средств платежа, которые могут выдаваться клиенту для проведения операций по своему счету (п. 7 ст. 845 ГК РФ).

1.3. Виды счетов. Банковские счета имеют известное видовое деление. Так, принято выделять текущие счета (для физических лиц); совместные счета (для физических лиц, включая супругов); расчетные счета (для юридических лиц); корреспондентские счета (счета банков); корреспондентские субсчета (счета филиалов банка); специальные банковские счета, в том числе счета банковского платежного агента и субагента, торговый банковский счет, клиринговый банковский счет, счета доверительного управления, счет гарантийного фонда платежной системы, номинальный счет, счет эскроу, залоговый счет, специальный банковский счет должника при банкротстве; публичный депозитный счет; счета по банковскому вкладу и др. Ко всем этим счетам применяются общие положения § 1 гл. 45 ГК РФ, преимущество перед которыми имеет специальное регулирование, установленное в отношении

отдельных видов счетов. Некоторые из указанных отдельных видов счетов урегулированы в § 2 гл. 45 ГК РФ, но специфика правового режима других отражается в иных нормах ГК РФ (например, залоговый счет) или положениях иных законов.

1.4. Небанковские счета. От банковского счета следует отличать иные счета, которые отчасти способны выполнять схожие функции.

Например, брокерский счет трейдера (инвестора) позволяет производить расчеты за приобретение и продажу фондовых инструментов (акций, облигаций и т.д.). Между тем такой счет по субъектному составу не подпадает под регулирование нормами ГК РФ о банковском счете, поскольку брокерский счет открывается не в банке, а у брокера (естественно, брокер имеет собственный банковский счет). Здесь зачастую складывается следующая структура договорных связей. Трейдеру открывается банковский счет в банке, который обычно входит в холдинговую структуру инвестиционного дома или иного профессионального участника рынка ценных бумаг. С этого банковского счета трейдер может перечислять денежные средства брокеру, которые зачисляются на брокерский счет трейдера и за счет которых производятся расчеты по фондовым операциям, включая уплату процентов за предоставление кредитов трейдеру, комиссии и иные платежи за услуги брокера, а также расчеты собственно по фондовым операциям трейдера.

Счет абонента мобильной связи, который ведется оператором мобильной связи, также не является банковским счетом, так как отражает объем требований абонента к мобильному оператору в отношении оказания ему телекоммуникационных услуг. Такой счет тоже позволяет осуществлять некоторые расчеты. Например, по согласию сторон абонент сотового оператора может производить оплату тех или иных услуг третьих лиц за счет перевода средств со своего счета, который ведет оператор мобильной связи. Кроме того, мелкие бытовые договоры займа нередко предоставляются и возвращаются таким образом. Однако отношения абонента с оператором связи также не регулируются нормами о банковском счете.

Ссудный счет также не является банковским счетом, хотя он ведется банком в отношении своего контрагента (заемщика). Практика арбитражных судов достаточно давно сформировала именно такое толкование (постановления Президиума ВАС РФ от 14 октября 1997 г. № 7350/95, от 15 октября 2002 г. № 5880/02). Назначение ссудного счета иное: это, по существу, бухгалтерский учет состояния дел по кредитному договору. На нем отражается задолженность заемщика перед банком. Современная судебная практика и ВС РФ не относят к бан-

ковским счетам ссудные счета (Определение КГД ВС РФ от 17 мая 2011 г. № 53-В10-15).

1.5. Срок договора. Обычно договоры банковского счета бывают бессрочными. В любом случае срок договора банковского счета не является его существенным условием. В некоторых случаях банки, имея в виду возможность периодического изменения тех или иных условий договора, с меньшим юридическим риском предусматривают его срок. При отсутствии в договоре указаний на срок его действия договор банковского счета является бессрочным, т.е. порождает длящееся бессрочное обязательственное правоотношение.

Бессрочные обязательства нехарактерны для гражданского права, поскольку вечная юридическая связанность противна природе обязательства вообще, которое возникает для того, чтобы прекратиться исполнением. Юридическая связанность важна не сама собой, а тем, что ее продолжительность обнимает постоянные акты исполнения обязательства. Гражданскому праву хорошо известны и распространены в обороте так называемые длящиеся договоры, по которым периодически возникают и прекращаются исполнения обязательства в узком смысле. Так, например, исполнение банком платежного поручения клиента представляет собой перфекцию потенциальной субъективной обязанности банка по договору банковского счета. Эта конкретная обязанность возникает на основании сложного юридического состава: договора банковского счета плюс надлежащего поручения (требования) клиента о проведении перечисления денежных средств. Однако ее исполнение банком не исчерпывает правоотношения сторон в целом (обязательства в широком смысле), договор сохраняет свое действие. Однако даже такое длящееся сколь угодно долго обязательство в широком смысле (договор) может лишь одним фактом своего наличия вступить в противоречие с законными интересами сторон договора. Поэтому правопорядок компенсирует эту темпоральную безграничность юридической связи сторон правом на расторжение договора или отказ от его исполнения при определенных условиях. Основные случаи расторжения договора предусмотрены законом (см. комментарий к ст. 859 ГК РФ). Кроме того, в отношении договора банковского счета и обязательств, из него возникших, действуют общие правила о прекращении обязательств (гл. 26 ГК РФ) и расторжении договора (например, ст. 450–453 ГК РФ).

1.6. Денежное обязательство банка и уступка. Все обязанности банка касательно проведения тех или иных операций сопровождают базовое обязательство банка в отношении остатка по счету. Безусловно, данное обязательство в условиях договора банковского счета обладает

определенной спецификой: банк должен исполнять его не любым удобным ему или клиенту способом, а строго проводя соответствующие операции по счету на основании определенных распоряжений клиента или по основаниям, указанным в законе, банковских правилах или самом договоре. После закрытия счета в связи с расторжением договора, а также после отзыва у банка лицензии эта специфика обязательства банка исчезает, и у банка остается обычный денежный долг, к которому применяется стандартный набор правил ГК РФ о денежных обязательствах. Требование клиента к банку в такой ситуации может быть уступлено в целом или по частям. Такая уступка согласно практике ВС РФ допускается. В силу общих правил ст. 388 ГК РФ уступка возможна, даже если в договоре имелся запрет на уступку требований клиента, который, по мнению ВС РФ, продолжает действовать и после расторжения, не блокирует саму уступку, но позволяет банку привлечь клиента к ответственности за нарушение договорного запрета (Определение КЭС ВС РФ от 13 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-14111).

В принципе, данное Определение ВС РФ, хотя и касалось уступки клиентом своего требования после отзыва у банка лицензии, сформулировано таким образом, что может быть истолковано как допускающее уступку требований клиента к банку и до расторжения договора или отзыва у банка лицензии, но полной ясности по данному вопросу нет. В тексте Определения содержится следующий фрагмент: «Поскольку действующее законодательство не содержит положений, препятствующих передаче прав по договору банковского счета, в частности, ввиду отсутствия как неразрывной связи прав по такому обязательству с личностью кредитора, так и существенного значения личности кредитора для должника в рамках названной договорной конструкции (статья 383, пункт 2 статьи 388, статья 845 Гражданского кодекса Российской Федерации)», такая уступка действительна.

Во второй половине 1990-х гг. Президиум ВАС РФ в целой серии постановлений однозначно запретил уступку требований клиента в отношении остатка по счету до его закрытия (постановления Президиума ВАС РФ от 30 июля 1996 г. № 1136/96, от 29 октября 1996 г. № 3172/96, от 29 апреля 1997 г. № 4966/96, от 29 апреля 1997 г. № 1435/97, от 27 мая 1997 г. № 584/97, от 16 июня 1998 г. № 7846/97). После этого попытки клиентов распоряжаться средствами на счете не путем выдачи банку распоряжений, а посредством полной или частичной уступки требований по счету третьим лицам прекратились. В контексте развития современного законодательства о легализации в сторону принципа, согласно которому банк должен знать своего клиента «в лицо», проверять его по всем возможным каналам, тщательно над его фи-

нансовыми операциями надзирать и т.п., такая свобода навязывания банку неизвестных ему лиц в качестве клиентов кажется как минимум спорной. Технические проблемы возникают и при попытке частичной уступки клиентом своих требований к банку. Имел ли в виду ВС РФ в указанном Определении, что ранее утвердившаяся в практике ВАС ограничительная практика, по его мнению, должна измениться, или речь идет о не вполне удачной мотивировке судебного акта, на данный момент не вполне ясно.

2. Право «использования» денежных средств на счете. Банк не может использовать денежные средства клиента, имеющиеся на счете. Указание на обратное в комментируемом пункте следует понимать не в юридическом, а в экономическом смысле. Зачисление денежных средств на счет клиента (и увеличение размера задолженности банка перед ним) сопровождается одновременным увеличением размера активов банка. Если денежные средства на счет поступают в наличной форме, то возрастает остаток наличных денежных средств в кассе. Если денежные средства поступают в безналичной форме, то увеличиваются остатки на корреспондентском счете банка (в Банке России или в иной кредитной организации). Именно эти денежные средства (новые активы) и используются банком для проведения «активных» операций (кредитования, приобретения ценных бумаг и пр.), приносящих доход. Увеличения активов банка не происходит при зачислении средств на счет клиента со счета другого клиента этого же банка.

В этом смысле и сформулирована данная норма. Она вовсе не означает правомочие банка на списание денежных средств со счета клиента для целей какого-либо их использования, так как отраженные на счете денежные средства представляют собой долг банка перед клиентом. «Использование» денежных средств, привлеченных во вклады и на счета, происходит в форме выдачи банком кредитов третьим лицам и, соответственно, эмиссии банками безналичных денежных средств.

Банк гарантирует право клиента беспрепятственно распоряжаться средствами на счете. Это означает, что по общему правилу банк обязан совершать соответствующие распоряжения клиента и не вправе ссылаться на то, что это ограничивает его возможности по выдаче кредитов. Беспрепятственное распоряжение клиентом денежными средствами на счете также следует понимать ограничительно. Это право клиента не абсолютно, и для его осуществления могут иметься юридические препятствия, установленные законом (резервирование средств на счете, приостановление операций по счету, арест денежных

средств на счете и т.д.), а иногда и договором (например, в случае заключения договора счета эскроу).

3. Свобода распоряжения денежными средствами на счете. Находящиеся на счете денежные средства определяют размер обязательств банка перед клиентом. В пределах остатка по счету клиент вправе давать распоряжения банку о совершении соответствующих банковских операций (ст. 848 ГК РФ). Банк не вправе ни определять, ни контролировать, ни ограничивать распоряжение клиентом денежными средствами, если иное не предусмотрено законом или договором. Это соответствует принципу недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства (п. 1 ст. 310 ГК РФ).

3.1. Диспозитивность. Правило о запрете ограничений прав клиента, согласно прямому указанию в тексте данной нормы, является диспозитивным. Договор может предусматривать неизвестные закону основания ограничения прав клиента по распоряжению средствами на счете. В этой части норма синхронизирована с новой редакцией ст. 858 ГК РФ, посвященной ограничению прав клиента по распоряжению денежными средствами. Эта статья также допускает такие ограничения не только в случаях, предусмотренных законом, но и по основаниям, указанным в договоре.

При подготовке Проекта концепции реформы ГК РФ были высказаны некоторые опасения в отношении этой ничем не ограниченной диспозитивности. Практика показывает, что банки нередко злоупотребляют своим финансовым превосходством и активно ограничивают указанные права клиента договором. Отмечалось, в частности, что само законодательство не устанавливает никаких пределов свободы договора в этой части, что составляет существенную опасность для прав клиента банка, которая не всегда может быть нивелирована за счет рыночной конкуренции банков, особенно в кризисных ситуациях. В связи с этим предлагалось для преодоления злоупотреблений банка исключить возможность ограничения прав клиента по распоряжению денежными средствами на банковском счете, если иное не предусмотрено законодательством, в том числе для отдельных видов счетов. Проект реформы ГК РФ предусматривал исключение из комментируемого пункта указания на допустимость установления договором ограничений по распоряжению клиентом денежными средствами, если это не предусмотрено законом. Данное предложение не было принято законодателем, и комментируемый пункт в действующей редакции по-прежнему остается неограниченно диспозитивным; при этом в ст. 858 ГК РФ было добавлено также

прямое указание на право сторон согласовывать неизвестные закону основания для ограничений.

В качестве примера такого рода условия договора об ограничении распоряжения правами по счету можно привести условие об определенном неснижаемом остатке по счету. Суть данного положения договора состоит в том, что по условиям договора его владелец соглашается не допускать снижения остатка на счете ниже определенной сторонами величины. Распоряжения клиента о перечислении или снятии денежных средств, противоречащие названному условию, не исполняются банком. Такое условие с точки зрения комментируемой нормы является законным. Связанность владельца счета данным условием компенсируется его секундарным правом прекратить договорную связь, вернув себе в том числе и этот неснижаемый остаток. Такие условия договора, конечно же, не могут толковаться в том смысле, что банк вправе присвоить себе неснижаемый остаток.

Абсолютная диспозитивность нормы может повлечь злоупотребления со стороны банка. Финансовое могущество банка, его превосходство над большинством клиентов, профессиональное и организационное доминирование влекут риск нарушения прав клиентов или злоупотребление банками своими правами. Особенно опасным является массовое включение в договор всевозможных оснований для блокирования расчетных операций. Издержки на юрисдикционную защиту прав клиента в форме оспаривания справедливости таких условий, очевидно, для большинства обычных клиентов банка превышают выгоды от ее реализации. Административная форма защиты прав, даже если она предусмотрена, не всегда пользуется доверием у граждан, а также зачастую неэффективна и требует затрат, по крайней мере временных. Все эти и ряд других опущенных здесь мотивов подвигали к установлению некоторого ограничения принципа свободы договора банковского счета, чтобы изначально предотвратить указанные угрозы по модели контроля *ex ante*.

Поскольку эта модель не была воспринята законодателем, насущной потребностью является дальнейшее развитие и совершенствование модели контроля *ex post*: квазисудебной (административной) системы борьбы с несправедливыми условиями таких договоров (институт уполномоченного по правам потребителей финансовых услуг); групповых (классовых) исков; введение карательных (штрафных) убытков, расширение судами практики взыскания морального вреда и т.п. (о борьбе с несправедливыми условиями, ограничивающими свободу гражданина по распоряжению правами по своему счету, см. п. 3.2 комментария к настоящей статье).

3.2. Клиент как слабая сторона договора. Банковский счет в основном используется для повседневных расчетов как гражданами, так и юридическими лицами. Наличные расчеты даже для граждан постепенно замещаются безналичными расчетами, причем даже для мелких бытовых сделок. Это оказывается не только более безопасным, чем наличные расчеты, но и более привлекательным, поскольку банки предлагают различные имущественные выгоды для таких расчетов (например, кэшбэк, начисление процентов на остаток по счету, скидки на товары и т.п.). В этом аспекте для владельца счета становится предпочтительным не столкнуться с неожиданным ограничением его прав по распоряжению счетом. Сложные и многочисленные ограничения в договоре банковского счета, которые трудно учитывать в повседневных расчетах, могут приводить к неожиданным для клиента препятствиям и задержкам при осуществлении расчетов либо к невольным дополнительным издержкам. Например, в некоторых банках устанавливается такое условие договора, как определение верхней границы суммы операций по счету, при которой отменяется действие условия оплаты услуг банка, но при этом одновременно устанавливается комиссия в отношении некоторых других услуг, если объем некоторых операций с денежными средствами превысит другую верхнюю границу. Гражданину сложно постоянно удерживать во внимании многочисленные параметры подобных условий. Не всегда платежные интерфейсы, предоставленные банком клиенту, предупреждают его о предстоящей уплате комиссии, что влечет нарушение прав владельца счета. Так, например, заказывая перевод средств с платежного интерфейса одного банка, клиент предупреждается об отсутствии в этом банке комиссии за операцию принятия средств на его счет, однако он не предупреждается, что комиссия будет списана с другого его счета, с которого он намерен получить денежный перевод.

Нельзя не учитывать и финансовую власть банка над своим клиентом. Формально стороны договора равны, но фактически это не так: банк зачастую имеет реальную возможность диктовать клиенту свои условия договорного отношения, а переговорные возможности клиента при этом стремятся к нулю.

Все эти и другие, не приведенные здесь соображения позволяют допустить применение к соответствующим условиям договора, явно несправедливо и непропорционально ограничивающим права владельца счета, положения ст. 428 ГК РФ, а также разъяснения, содержащиеся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16. В частности, вполне можно ожидать, что суды в данном вопросе начнут вставать на защиту интересов клиентов-граждан.

3.3. Безакцептное списание. Одним из распространенных случаев ограничения договором прав клиента является условие о допустимости безакцептного списания денежных средств со счета, например, в счет погашения задолженности клиента перед банком (по кредитным договорам, по договору поручительства и т.д.). Судебная практика в некоторых случаях считает такие условия противоречащими в том числе и комментируемому пункту (Постановление ВС РФ от 22 декабря 2015 г. № 303-АД15-14824). Данный подход является ошибочным. Комментируемая норма является диспозитивной, и, следовательно, права клиента могут быть эффективно ограничены соглашением сторон, если только такое условие или действия банка в конкретном случае не противоречат принципу добросовестности. Кроме того, п. 2 ст. 854 ГК РФ прямо предусмотрено, что без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается, помимо прочего, в случаях, предусмотренных договором между банком и клиентом. При этом такое условие может быть предусмотрено как в договоре банковского счета, так и в ином договоре (например, в кредитном договоре, договоре поручительства и т.д.). Также заранее данный акцепт на списание денежных средств предусмотрен ст. 6 Закона о национальной платежной системе. Поэтому представляется более обоснованным иной подход в судебной практике, согласно которому условие о безакцептном списании денежных средств со счета клиента признается законным, в том числе не ущемляющим права потребителя (Постановление ВС РФ от 9 августа 2016 г. № 307-АД16-9324; Определение КГД ВС РФ от 11 октября 2016 г. № 59-КГ16-13).

3.4. Случаи, выходящие за рамки данного пункта. От ограничения прав клиента по распоряжению банковским счетом следует отделять случаи, когда взаимодействие клиента и банка подпадает под регулирование других положений комментируемой главы. Например, если банк отказывается совершить операцию в связи с нарушением клиентом правил об удостоверении права на распоряжение счетом (ст. 847 ГК РФ), то этот случай не подпадает под действие комментируемого пункта. В данном случае нет никакого ограничения права по распоряжению счетом, поскольку не подтверждено само это право.

3.5. Ограничения, установленные законом. Об ограничениях прав клиента по договору банковского счета, установленных законом, см. комментарий к ст. 858 ГК РФ.

4. Права на денежные средства на счете. До 1 июня 2018 г. комментируемая статья, равно как и другие статьи данной главы, не содержали правила о принадлежности денежных средств на счете и правил

о суммах, по которым подтверждена возможность распоряжения ими клиентом. Первоначальный Проект реформы ГК РФ тоже не предусматривал такой новеллы.

Указание в новой редакции комментируемого пункта на принадлежность клиенту прав в отношении денежных средств, находящихся на счете, является юридической фикцией. В действительности денежные средства, находящиеся на счете, владельцу счета не принадлежат на каком-либо абсолютном праве, а определяют размер обязательств банка перед клиентом. Введение этой фикции, по-видимому, понадобилось для того, чтобы установить дуализм правового режима денежных средств по принципу дихотомического их деления. В отношении одних денежных средств, находящихся на счете, клиент вправе осуществлять свободное распоряжение, в отношении других денежных средств он такого права не имеет. Последние, по существу, попадают в режим блокировки, поскольку в отношении них третьему лицу или самому банку подтверждена возможность их списания.

4.1. Блокировка. Ведение режима заблокированных денежных средств предопределено системой организации безналичных платежей (технологический аспект). Когда клиент банка распоряжается денежными средствами, например, осуществляя покупку с использованием банковской карты, по его банковскому счету реального списания денежных средств не происходит. В этом случае производится мгновенный электронный обмен информацией, и получателю денежных средств (в том числе самому банку такого получателя) подтверждается возможность списания соответствующей суммы. Таким образом, получателю средств предоставляется своего рода гарантия наличия средств, которые блокируются на счете плательщика для целей последующего осуществления банковской проводки через платежную систему от плательщика к получателю. Когда клиент получает сообщение о списании денежных средств со счета во исполнение произведенной им покупки — это лишь внешняя видимость отражения операций в платежном интерфейсе клиента для его же удобства. В действительности же денежные средства будут списаны со счета позднее.

Пока заблокированные денежные средства, гарантия получения которых уже предоставлена получателю средств, находятся на банковском счете клиента, к счету могут поступать иные распоряжения самого клиента или требования третьих лиц об их списании (например, по исполнительному документу). Если бы заблокированные денежные средства были списаны, банк, гарантировавший перечисление денежных средств, обязан был бы удовлетворить получателя средств (через цепочку посредников), впад в убытки, если никаких других средств

на счете клиента не оказалось бы. Для предотвращения этого платежного разрыва, сулящего убытки банку, и вводится режим временной блокировки соответствующих денежных средств, чтобы они с гарантией оказались именно у того получателя, которому подтверждена возможность их списания.

Если покупка клиента по тем или иным причинам будет отменена (например, покупатель откажется от товара), списание денежных средств со счета не производится (что внешним образом может отображаться как возврат денежных средств на счет или снятие блокировки). Блокировка в этом случае прекращается.

Порядок блокировки денежных средств на счете определяется банковскими правилами и договором. Там же определяется, в частности, срок такой блокировки, который в любом случае согласно комментируемой норме не может превышать десяти дней.

5. Совместный счет. В отличие от многих развитых иностранных правопорядков, российскому праву до 1 июня 2018 г. не был известен совместный счет. Между тем такой вид счета может быть востребован на практике. Так, например, он может использоваться супругами и членами иных союзов, товарищами в договоре простого товарищества. Отсутствие данного вида счета обедняло юридический инструментарий участников гражданского оборота в отношении безналичных денежных средств и не позволяло учитывать особенности юридических связей между ними и хозяйственных потребностей.

5.1. Отличия совместного счета. Совместный счет ограничивается от других счетов по такому основанию, как число лиц на стороне владельца счета. Если последних более одного, счет является совместным. От совместного счета следует отличать ситуацию, когда права требования к банку по ординарному банковскому счету входят в общее совместное имущество супругов.

У договора совместного банковского счета две стороны: банк и клиент (владелец счета). Но на стороне владельца счета в договоре участвуют несколько лиц. Таким образом, обязательства, возникающие из данного договора, относятся к обязательствам с множественностью лиц на стороне кредитора. Соответственно, к отношениям сторон применяются общие правила об исполнении обязательств с множественностью лиц (ст. 321–326 ГК РФ), если иное не установлено специальными правилами гл. 45 ГК РФ и не вытекает из договора или существа совместного счета.

5.2. Ограничения. Правовой режим совместного банковского счета предусматривает ряд ограничений.

Во-первых, такой счет может быть открыт только физическим лицам. Поскольку индивидуальные предприниматели также относятся к физическим лицам, можно предположить, что совместный счет могут открыть они, причем в любом сочетании (предприниматель с предпринимателем или предприниматель с лицом, не имеющим такого статуса). Вместе с тем с учетом п. 3 ст. 23 ГК РФ (согласно которому к деятельности предпринимателей применяются нормы о коммерческих юридических лицах) не исключено, что судебная практика истолкует данную норму в том смысле, что индивидуальные предприниматели не вправе открывать совместные счета. Такой подход, если он будет реализован, может вызывать сомнения в его соответствии Конституции РФ, поскольку статус индивидуально-предпринимателя не должен дискриминировать эту категорию граждан по сравнению с другими гражданами в сфере их частной и семейной жизни.

Во-вторых, на совместный счет распространяются ограничения, установленные валютным законодательством. Это положение комментируемого пункта является избыточным. В соответствии со ст. 141 ГК РФ порядок совершения сделок с валютными ценностями определяется Законом о валютном регулировании и валютном контроле. Следовательно, соответствующие ограничения, предусмотренные валютным законодательством, распространяются на любые банковские счета, а не только на договор совместного банковского счета. Никаких специальных ограничений именно для такой разновидности банковского счета (совместного счета) валютным законодательством не установлено, поэтому к совместным счетам подлежат применению общие правила валютного законодательства.

5.3. Режимы совместного счета. Как и в п. 4 ст. 845 ГК РФ, в комментируемом пункте законодатель использует юридическую фикцию принадлежности денежных средств на совместном счете клиентам банка. Это необходимо для того, чтобы установить правила для нескольких владельцев счета. Из данных правил следует, что законодателем установлены три режима совместного счета:

- 1) пропорциональный;
- 2) диспропорциональный;
- 3) общий (для супругов).

Пропорциональный режим, видимо, может усматриваться в том, что поступившие денежные средства считаются принадлежащими владельцам счета в определенной пропорции по отношению к имеющимся денежным средствам, которые были внесены каждым из клиентов или третьими лицами в пользу каждого из клиентов. Диспропорцио-

нальный режим отступает от указанного правила, если это предусмотрено договором, т.е. поступающие на счет в дальнейшем денежные средства считаются принадлежащими клиентам по иным правилам, предусмотренным договором. Наконец, общий режим совместного супружеского счета означает возникновение общей «собственности» супругов без выделения долей каждого из супругов.

По умолчанию совместный счет считается пропорциональным. Непропорциональность должна быть прямо предусмотрена договором. Общий режим применяется к ситуациям, когда совместный счет открывают супруги (если брачным договором, доведенным до сведения банка, не предусмотрено иное).

(а) *Пропорциональность и непропорциональность.* Пропорциональные и диспропорциональные режимы не вполне ясны и могут вызывать ряд вопросов, ответы на которые отсутствуют в законе и в доктрине. Судебная практика в силу новизны регулирования также не выработала еще пока никаких подходов к разрешению этих вопросов. Например, допустим, что в силу общего правила действует пропорциональный режим, и на счет поступает сумма в адрес одного владельца в размере 100 тыс. руб., а в адрес другого 50 тыс. руб. В результате общая сумма в 150 тыс. руб. по принципу *pro rata* образует соотношение $\frac{2}{3}$ (мажоритарий) и $\frac{1}{3}$ (миноритарий). Если следующий платеж будет осуществлен без указания, в пользу кого он сделан, какие последствия должны наступить? Банк должен вернуть поступившую сумму обратно? Должна ли она зачисляться в соответствии с текущей пропорцией или она зачисляется по принципу *pari passu*?

Еще более сложным окажется режим диспропорции. Здесь, видимо, предусматривается, что, если платеж поступает на имя одного из владельцев, он, вопреки указанию плательщика, образует остаток с учетом договоренности владельцев счета о диспропорции. Например, из поступившей на счет суммы в адрес одного владельца счета какая-то часть считается принадлежащей другому владельцу счета.

Пропорциональные и диспропорциональные режимы при такой интерпретации, по существу, нивелируют совместный характер счета, поскольку постоянное определение долей каждого клиента на счете равнозначно отдельным счетам клиентов. Поэтому данное правило подлежит телеологическому истолкованию в соответствии со смыслом совместного счета, в котором преобладающим элементом является реквизит совместности. Фикция принадлежности может быть рассмотрена как установленная только для тех целей, когда необходимо определение долей, но не в текущем режиме совместного счета (отложенное определение долей).

Из первоначального Проекта реформы ГК РФ¹ следовало, что каждый из владельцев совместного счета может осуществлять по счету любые операции, если иное не предусмотрено договором. В этом подходе можно было усмотреть режим солидарности требований клиентов. Определение долей предполагалось осуществлять лишь при аресте счета и при расторжении договора банковского счета. Поставленные выше вопросы здесь не могли возникнуть. Исходя из этого подхода и следует истолковывать действующую редакцию нормы, что означает следующее: каждый из владельцев счета вправе осуществлять любые операции по счету и в любом размере, в том числе при отрицательном остатке с получением овердрафта, если иное не предусмотрено договором. Пропорциональный или диспропорциональный режимы, предусмотренные договором, учитываются при аресте счета и при расторжении договора совместного банковского счета, а также в иных случаях, когда по существу отношений требуется определение доли одного из владельцев счета (отложенное определение долей). Впрочем, как учет этой пропорциональности или диспропорциональности в таких ситуациях должен осуществляться, пока не совсем понятно.

(б) *Совместный счет супругов.* По общему правилу супружеское имущество считается общим имуществом супругов (ст. 256 ГК РФ, ст. 35 СК РФ). Даже если владельцем счета согласно договору банковского счета является один из супругов, права по этому договору по общему правилу составляют общее супружеское имущество. Однако по такому счету распоряжения банку может выдавать только владелец счета, а не другой супруг. Напротив, по совместному счету распоряжения банку может давать каждый супруг, если иное не предусмотрено законом или договором. Сами же права и обязанности по договору счета, будь он совместный или ординарный, по общему правилу входят в состав супружеского имущества. Тем самым на практике создается двойственный правовой режим ординарных банковских счетов лиц, состоящих в браке. Правовой режим общей собственности супругов не затрагивает относительную связь одного из них (владельца счета) с банком. Считается, что другой супруг, не являющийся стороной договора банковского счета, не вправе от своего имени распоряжаться денежными средствами, находящимися на банковском счете. При разделе имущества супругов денежные средства на счете считаются принадлежащими обоим супругам. Иной правовой режим установлен для совместного супружеского банковского счета.

¹ См. также Проект концепции реформы ГК РФ.

Супружеский совместный счет предполагает возможность свободного осуществления прав клиента каждым из супругов в отдельности и в полном объеме. Фикция принадлежности прав на денежном счете с учетом вида данного счета должна пониматься ограничительно. Принадлежность денежных средств определяется при аресте счета по долгам одного из супругов (личным, а не совместным долгам) и при разделе имущества супругов (отложенное определение долей).

При наличии брачного контракта между супругами, которым определены их имущественные права, раздел денежных средств на совместном счете осуществляется в соответствии с условиями этого контракта.

Требование закона об уведомлении банка о наличии брачного контракта имеет не вполне ясную цель. Во-первых, сам по себе факт уведомления банка о наличии заключенного брачного контракта не имеет и не может иметь какого-либо значения, если содержание контракта банку неизвестно. Во-вторых, сам факт неуведомления банка о наличии брачного контракта не может обессилить договорный режим супружеского имущества; брачный контракт продолжает действовать и распространяется на денежные средства супругов в банках. Видимо, законодатель имел в виду, что банку не могут быть противопоставлены условия брачного контракта, если он о них не уведомлен. Уведомление банка о содержании брачного контракта, возможно, следует рассматривать как своеобразную форму имплементации его положений в договор совместного банковского счета супругов. Если из брачного контракта следует, что распоряжения по совместному счету осуществляются отличным от установленного гл. 45 ГК РФ образом, банк обязан соблюдать эти условия, поскольку он поставлен в известность о таких условиях.

6. Иные кредитные организации. До 1 июня 2018 г. комментируемый пункт в той же редакции содержался в п. 4 ст. 845 ГК РФ. Реформа не затронула его содержание.

Банковские счета открываются не только собственно банками, но и другими кредитными организациями, если это допускает выданная им лицензия. Некоторая редакционная неточность нормы, из которой можно ошибочно усмотреть, что правила гл. 45 ГК РФ, *относящиеся к банкам*, применяются также к иным кредитным организациям, если они открывают банковский счет клиенту, не влечет каких-либо негативных последствий на практике. На самом деле, если кредитная организация заключает с владельцем счета договор банковского счета, к отношениям сторон подлежит применению вся

совокупность норм гл. 45 ГК РФ, в том числе адресованных клиенту, третьему лицу и т.д., а не только банку.

Небанковские кредитные организации не вправе заключать договоры банковского счета с физическими лицами. Банковские же счета юридических лиц могут открываться расчетными небанковскими кредитными организациями (ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности, п. 1.1 инструкции Банка России от 26 апреля 2006 г. № 129-И «О банковских операциях и других сделках расчетных небанковских кредитных организаций, обязательных нормативах расчетных небанковских кредитных организаций и особенностях осуществления Банком России надзора за их соблюдением»).

7. Электронные средства платежа. Развитие современных компьютерных технологий привело к тому, что все большее число взаимодействий производится в электронной форме. Отношения по договору банковского счета между клиентом и банком, которые ранее преимущественно осуществлялись в письменной «бумажной» форме, замещаются электронными документами. Ранее владелец банковского счета для того, чтобы осуществить банковскую операцию по своему счету, заполнял соответствующий бланк платежного документа (например, платежное поручение), который скреплялся подписью уполномоченного на распоряжение счетом лица, а для юридических лиц использовался также еще и оттиск печати. В банке имелаась карточка с образцами подписи и печати владельца счета, с которой по внешним признакам сверялась проставленная в распоряжении клиента подпись, а для юридических лиц — также и оттиск печати. Прохождение этого теста влекло исполнение распоряжения клиента. В настоящее время такой порядок взаимодействия сторон договора банковского счета еще сохраняется в некоторых пределах, но постепенно эта сфера сужается.

В современных условиях взаимодействие банка и клиента, в рамках которого клиент выдает банку распоряжения на проведение тех или иных операций по счету, в большинстве случаев осуществляется в электронной форме. Такое электронное взаимодействие осуществляется с помощью электронного средства платежа. Согласно п. 19 ст. 3 Закона о национальной платежной системе электронное средство платежа — средство и (или) способ, позволяющие клиенту оператора по переводу денежных средств составлять, удостоверять и передавать распоряжения в целях осуществления перевода денежных средств в рамках применяемых форм безналичных расчетов с использованием информационно-коммуникационных технологий, электронных носителей информации, в том числе платежных карт, а также иных технических устройств.

Из содержания соответствующих норм можно сделать вывод, что к электронному средству платежа может быть отнесено любое техническое решение, которое позволяет передавать банку распоряжения по счету в электронной форме (в том числе банкомат, банковская платежная карта; личный кабинет на сайте банка, в котором клиент может оставлять распоряжения по счету; система электронного взаимодействия «банк – клиент»; приложение для смартфона, обеспечивающее доступ к онлайн-банкингу; технология СМС-банкинга, позволяющая оставлять распоряжения по счету через СМС-сообщения или в формате тонового набора с использованием кодов или паролей; технология оплаты по карте с приложением отпечатка пальца к смартфону; электронные часы с соответствующей опцией доступа к счету и т.д.). При таком понимании распоряжение денежными средствами на счете без использования электронного средства платежа охватывает, пожалуй, только использование клиентом бумажных платежных документов и устные распоряжения клиента, сделанные по телефону сотрудникам *call*-центра банка.

Инструменты, которые позволяют клиенту удобно управлять своими средствами на счете посредством различных электронных средств платежа, постоянно расширяются в результате конкуренции банков и борьбы за клиентов, а также конкуренции между мобильными операторами, разработчиками программного обеспечения и соответствующих цифровых устройств и иными участниками цепочек электронного взаимодействия. Не исключено, что в будущем электронные средства платежа будут имплантироваться в тело человека.

С помощью электронного средства платежа нередко можно не только производить списания со своего банковского счета, но и совершать ряд других операций (например, заблокировать посредством своей банковской карты средства на счете, настраивать систему автоплатежей, пополнять свой счет путем перевода с другого счета, запрашивать овердрафт путем использования кредитной карты, получать выписки по счету, определять судьбу начисленных процентов по вкладу, производить конверсионные операции по обмену валюты или переводу денег на счете на тот или иной кошелек, на котором производится учет электронных денег, и многое другое).

Поскольку специальный закон имеет преимущество перед общим законом, комментируемый пункт устанавливает приоритет норм Закона о национальной платежной системе перед нормами гл. 45 ГК РФ в случае использования по договору банковского счета электронного средства платежа.

Статья 846. Заключение договора банковского счета

1. При заключении договора банковского счета клиенту или указанному им лицу открывается счет в банке на условиях, согласованных сторонами.

2. Банк обязан заключить договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для открытия счетов данного вида условиях, соответствующих требованиям, предусмотренным законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами.

Банк не вправе отказать в открытии счета, совершение соответствующих операций по которому предусмотрено законом, уставом банка и выданным ему разрешением (лицензией), за исключением случаев, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными правовыми актами.

При необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского счета клиент вправе предъявить ему требования, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса.

3. Банковский счет может быть открыт на условиях использования электронного средства платежа.

Комментарий

1. Открытие счета. Наличие банковского счета является *conditio sine qua non* договора банковского счета, поскольку трудно помыслить такой договор без самого счета. Открытие клиенту счета является обязанностью банка. Банковский счет является номером, под которым содержится последовательность записей по счету. Номер счета в банке является уникальным. Согласно банковским технологиям, по счету проводятся приходные и расходные операции, а также вносятся иные записи.

Банк ведет книгу регистрации счетов по установленным правилам. Клиенту может быть открыто несколько счетов по одному договору банковского счета.

Многие технические и правовые аспекты открытия банковских счетов закреплены в Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И.

2. Обязательность заключения договора счета с любым обратившимся. Заключение договора банковского счета может происходить двумя способами. Во-первых, обычно банки публикуют условия, на которых

открывается счет того или иного вида, а клиент выбирает из имеющегося набора тот, который его устраивает. Во-вторых, банк может согласовать условия счета индивидуально. Последнее обычно имеет место в отношении аффилированных с банком лиц или в отношении крупных клиентов, чьи предполагаемые обороты по счетам оправдывают индивидуальный подход к согласованию договорных условий. Правило комментируемого пункта, согласно которому банк обязан открыть счет на объявленных им условиях, соответствующих закону и установленным в соответствии с ним банковским правилам, если клиент обращается к нему с предложением заключить договор на таких условиях, явным образом относится к первому варианту заключения договора на стандартизированных условиях. К случаям индивидуального согласования текста договора с конкретным клиентом с учетом его уникальных особенностей и потребностей правило комментируемого пункта не применяется.

2.1. Публичный договор. С доктринальной точки зрения является спорным вопрос, относится ли договор банковского счета к публичному договору. Эта дискуссия в отношении обязательности заключения договора во многом носит схоластический характер, поскольку комментируемый пункт позволяет клиенту потребовать открытия счета на объявленных банком условиях. В этом случае банк по общему правилу не вправе отказать в открытии счета в силу прямого указания в комментируемой норме, независимо от квалификации договора счета в качестве публичного.

В то же время вопрос об отнесении договора банковского счета к публичному договору может иметь важное практическое значение с точки зрения применения или неприменения установленного в ст. 426 ГК РФ запрета на дискриминацию отдельных клиентов и необходимости установления для всех клиентов одной категории одинаковых условий. Может ли банк для VIP-клиентов устанавливать особые условия обслуживания счета? Установление разных условий для отдельных категорий клиентов, если критерии дифференциации публично объявлены и не противоречат основам нравственности и правопорядка, не нарушает правила о публичных договорах (например, особые условия для клиентов с оборотами по счету выше определенного уровня или разные условия обслуживания для юридических и физических лиц). Но правилам о публичном договоре однозначно противоречат индивидуальные условия для отдельных клиентов. Так что, если договор счета является публичным, такие особые условия незаконны.

Как известно, п. 2 ст. 834 ГК РФ относит договор банковского вклада, заключаемый с вкладчиком-гражданином, к категории публичных.

Насколько логично такую же квалификацию давать договору банковского счета, заключаемому с клиентом-гражданином, это вопрос, который до сих пор не прояснен.

2.2. Исключения из правила об обязанности банка открыть счет клиенту. Как указано в комментируемом пункте, исключения из правила об обязанности банка открывать счета тем, кто за этим обращается, могут иметь место в двух случаях:

1) у банка отсутствует возможность принять клиента на банковское обслуживание;

2) отказ допускается законом или иным правовым актом.

Первое из исключений может показаться архаичным, так как, видимо, с учетом исторического метода толкования обусловлено плохо развитой в прошлом веке банковской системой. Некоторые банки (их филиалы) не обладали достаточными ресурсами для обслуживания большого количества клиентов.

В то же время такое ограничение вполне применимо в тех случаях, когда банк просто в силу объявленных им правил и специфики ведения бизнеса не открывает счета той или иной категории клиентов (например, физическим лицам) или в том или ином регионе. В подобной ситуации у банка нет возможности открыть счета.

Второе исключение имеет не столько гражданско-правовую, сколько публично-правовую природу.

(а) Законодательство о легализации. Наиболее активно ограничение прав граждан и юридических лиц по открытию счетов применяется на основании Закона о противодействии легализации доходов. Так, согласно п. 5.2 ст. 7 данного Закона кредитные организации вправе отказаться от заключения договора банковского счета (вклада) с физическим или юридическим лицом, иностранной структурой без образования юридического лица в соответствии с правилами внутреннего контроля кредитной организации в случае наличия подозрений о том, что целью заключения такого договора является совершение операций в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. Данные внутренние правила утверждаются банком в соответствии с общими требованиями, закрепленными в Положении о требованиях к правилам внутреннего контроля кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (утв. Банком России от 2 марта 2012 г. № 375-П). Иначе говоря, согласно данной норме банк своим внутренним документом формирует основания для неприменения комментируемого пункта. С учетом неопределенного характера указываемых в таких документах

критериев подозрительности потенциального клиента это дает банкам фактически безграничную свободу уклонения от открытия счета с любым гражданином или организацией, что фактически дезавуирует комментируемую норму. Это во многом лишает актуальности норму комментируемого пункта об обязанности банка заключать договор счета с любым обратившимся.

Более того, на момент написания настоящего комментария в Российской Федерации фактически действует система, в рамках которой банк уведомляет Росфинмониторинг о любых случаях отказа от заключения договора с клиентом или о расторжении договора счета с клиентом по основаниям, связанным с применением Закона о противодействии легализации доходов, а также об отказе от проведения той или иной показавшейся банку подозрительной операции (п. 13 и 13.1 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов; более подробно процедура передачи сведений в Росфинмониторинг определена в Постановлении Правительства РФ от 19 марта 2014 г. № 209). Далее Росфинмониторинг в силу п. 13.2 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов сообщает эти сведения в Банк России, последний пересылает их в территориальные подразделения Банка России, а те рассылают такие данные всем банкам, работающим на их территории. В итоге фактически банками ведется неформальный черный список клиентов. Попасть в него можно в случае, если некий банк, к которому лицо обратилось с предложением заключить договор, откажется это сделать по причине каких-то подозрений (а также если уже обслуживающий клиента банк откажется проводить хотя бы одну операцию клиента, усмотрев в ней признаки подозрительности, или расторгнет договор по основаниям, указанным в Законе о противодействии легализации доходов). У человека или юридического лица, попавших в этот черный список, оказывается крайне мало шансов открыть любой счет в российском банке, поскольку банки в силу своих внутренних регламентов в подобной ситуации имеют право отказать в заключении договора и с большой вероятностью так и сделают. До того, как удастся обжаловать такие действия банка, отказавшегося проводить операцию, расторгнувшего договор или отказавшегося заключить договор, и добиться исключения себя из данного черного списка, субъект гражданского права может быть фактически на долгие месяцы отключен от банковского обслуживания в принципе и лишен доступа к банковской системе, что равнозначно лишению человека самых базовых условий нормального существования в современной городской среде, а также однозначному краху любого предприятия. Назвать эту ситуацию нормальной никак нельзя.

Судебная практика считает такие ограничения допустимыми и соответствующими Конституции РФ. Так, например, КС РФ указал на этот счет следующее. Оспариваемое положение п. 5.2 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов предусматривает особые права организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом, конкретизируя тем самым положение п. 2 ст. 846 ГК РФ о возможности банка отказать в открытии счета в случаях, установленных законом или иными правовыми актами. В частности, примерный перечень оснований, влияющих на принятие кредитной организацией решения об отказе от заключения договора банковского счета, установлен п. 6.2 Положения о требованиях к правилам внутреннего контроля кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) отходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (утв. Банком России от 2 марта 2012 г. № 375-П). Такое правовое регулирование, предусматривающее принятие указанной меры предупредительного характера, направлено на реализацию целей названного Закона, а именно на противодействие финансированию терроризма и экстремизма, притом что оно не предполагает возможности для произвольного отказа кредитным учреждением в открытии расчетного счета, а лица, в отношении которых такое решение было принято, в любом случае имеют право оспорить действия кредитного учреждения в судебном порядке. Следовательно, сама по себе оспариваемая норма Закона о противодействии легализации доходов не может рассматриваться как нарушающая конституционные права заявителя, отказ в открытии банковского счета которому связан, как указал арбитражный суд, в том числе с представлением кредитному учреждению противоречивой информации (Определение КС РФ от 25 мая 2017 г. № 1105-О).

С теоретической точки зрения такой подход может вызывать сомнения, поскольку названный Закон устанавливает непропорциональное ограничение прав и может рассматриваться как противоречащий Конституции РФ. Определенные граждане РФ и юридические лица, пораженные в правах не на основании судебного решения, а просто в силу каких-то подозрений, фактически лишаются возможности открыть банковский счет, без которого нормальное существование в современной, все более «безналичной» по своему характеру экономике фактически невозможно. Человек попадает в какой-то юридический кафкианский ад.

(б) Иные законодательные основания для отказа в открытии счета. Есть и ряд иных законодательных предписаний, дающих банку право отказаться от заключения договора или даже обязывающих его воздер-

живаться от этого. Так, банк не имеет права открывать счет клиенту, если имеется решение о приостановлении операций по счету в любом банке (п. 12 ст. 76 НК РФ). Это регулирование также является неэффективным, поскольку более разумным подходом было бы открытие клиенту счета с одновременным применением режима приостановления операций по нему.

2.3. Последствия необоснованного уклонения от заключения договора.

Необоснованное уклонение банка от заключения договора банковского счета в соответствии с п. 4 ст. 445 ГК РФ предоставляет клиенту два способа защиты:

- 1) требование о возмещении убытков;
- 2) требование о понуждении заключить договор.

Эти требования могут заявляться клиентом как кумулятивно, так и сепаратно.

Клиент имеет возможность защищать свои нарушенные права как в том случае, когда договор банковского счета заключен, но банк не открывает клиенту счет, так и в том случае, когда банк необоснованно отказывается заключить договор банковского счета.

Таким образом, в соответствии с ГК РФ в случае необоснованного отказа в открытии счета или заключении договора банковского счета банк несет гражданско-правовую ответственность. Однако ситуация выглядит совсем иначе, если принять во внимание положения Закона о противодействии легализации доходов, которые дают банку право отказаться от открытия счета любому обратившемуся исключительно на основании одних лишь подозрений в том, что счет будет использоваться в целях, противоречащих данному Закону.

Согласно п. 5.2 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов отказ от заключения договора банковского счета (вклада) в случае наличия подозрений о том, что целью заключения такого договора является совершение операций в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма, не является основанием для возникновения гражданско-правовой ответственности кредитной организации. Очевидно, что речь идет лишь о случаях, когда отказ заключить договор действительно опирается на некие объективные подозрения. В то же время основания для правомерного отказа в открытии счета, сформулированные в Законе о противодействии легализации доходов, Положении о требованиях к правилам внутреннего контроля кредитной организации в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (утв. Банком России 2 марта 2012 г. № 375-П) и правилах внутреннего контроля конкретного

банка, иногда носят настолько неопределенный характер, что привлечение банка к ответственности оказывается проблематичным. Это приводит к фактическому дезавуированию комментируемой нормы ГК РФ, что нельзя признать нормальным.

3. Банковский счет на условиях электронного средства платежа.

До 1 июня 2018 г. комментируемый пункт ГК РФ не содержал буквального указания на допустимость использования по договору банковского счета электронного средства платежа для проведения тех или иных операций по счету. Между тем на практике на основании п. 4 ст. 847 ГК РФ и банковских правил такое средство широко применялось и ранее. Впоследствии понятие электронного средства платежа, а также регламентация его использования были установлены в Законе о национальной платежной системе (см. п. 7 комментария к ст. 845 ГК РФ).

Положение, установленное в п. 3 комментируемой статьи, является избыточным, поскольку полностью перекрывается нормой п. 4 ст. 847 ГК РФ (см. комментарий к нему).

В настоящее время большинство договоров банковского счета предусматривает использование электронного средства платежа. При этом такое условие может быть предусмотрено в договоре при его заключении или согласовано сторонами впоследствии как дополнение договора. Согласование данного условия влечет подчинение отношений сторон Закону о национальной платежной системе и банковским правилам, принятым на его основании.

Регламентация таких отношений касается порядка выдачи банком электронного средства платежа, его использования и распределения соответствующих рисков, с ним связанных. Рассмотрение этих положений выходит за рамки комментария ГК РФ.

Статья 847. Порядок распоряжения денежными средствами, находящимися на счете

1. Права лиц, осуществляющих от имени клиента распоряжения о перечислении и выдаче средств со счета, удостоверяются клиентом путем представления банку документов, предусмотренных законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и договором банковского счета.

2. Клиент может дать распоряжение банку о списании денежных средств со счета по требованию третьих лиц, в том числе связанному с исполнением

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

3. Банк исполняет распоряжение о списании денежных средств при недостаточности денежных средств на банковском счете, если этот счет включен в соответствии с договором банковского счета в группу банковских счетов, в том числе принадлежащих разным лицам, и на всех банковских счетах, включенных в указанную группу, достаточно денежных средств для исполнения распоряжения клиента. При этом такое списание не является кредитованием счета.

4. Договором может быть предусмотрено удостоверение прав распоряжения денежными суммами, находящимися на счете, электронными средствами платежа и иными способами с использованием в них аналогов собственноручной подписи (пункт 2 статьи 160), кодов, паролей и других средств, подтверждающих, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом.

Комментарий

1. Общие замечания. До 1 июня 2018 г. комментируемая статья именовалась «Удостоверение права распоряжения денежными средствами, находящимися на счете». Новое наименование статьи «Порядок распоряжения денежными средствами, находящимися на счете» принципиально ничего не меняет, но более точно обозначает содержание предписаний, помещенных в данной статье. Если ранее соответствующие правила по большей части действительно относились к удостоверению прав тех или иных лиц на распоряжение счетом или относились к форме удостоверения таких прав, то пореформенная редакция (главным образом за счет п. 3) выходит за рамки одного лишь удостоверения прав и затрагивает также и порядок распоряжения счетом.

1.1. Подтверждение полномочий на распоряжение средствами на счете. Распоряжение счетом является волеизъявлением, направленным на реализацию субъективных прав, возникших из договора банковского счета. Физические лица обычно осуществляют распоряжение средствами на счете лично, когда не нуждаются в содействии другого лица. Вместе с тем права по договору банковского счета не относятся к тем правам, которые тесно связаны с личностью их обладателя, поэтому они могут реализовываться через представителя. Владелец счета может выдать доверенность на распоряжение его счетом, счетом может распоряжаться законный представитель, а также в предусмотренных

законом специальных случаях от имени владельца счетом может распоряжаться иное лицо, например соответствующий арбитражный управляющий, исполнитель завещания и т.п.

Организации, являющиеся юридической фикцией, в принципе не могут реализовывать свои права лично, поскольку от имени юридического лица всегда в конечном счете выступает какое-то физическое лицо. Обычно от имени юридического лица выступает его орган, чаще всего единоличный. Вместе с тем юридическое лицо может выдать доверенность на распоряжение счетом, или в соответствии с законом от его имени может выступать специальный субъект (например, соответствующий арбитражный управляющий).

Для распоряжения счетом от имени владельца счета требуется предоставление банку документа или использование иного способа. Документ, который управомочивает (если быть точнее, уполномочивает) соответствующее лицо на распоряжение счетом, определяется тремя правовыми источниками:

- 1) законом;
- 2) установленными в соответствии с ним банковскими правилами;
- 3) договором банковского счета.

Юридическим лицам при открытии счета традиционно оформлялась банковская карточка, в которой содержались образцы подписей управомоченных на распоряжение счетом лиц.

В настоящее же время правомочие лиц, распоряжающихся счетом, чаще удостоверяется электронным средством платежа (с использованием паролей, кодов, электронной подписи, отпечатка пальца и т.п.). Соответственно, банковская карточка с образцами подписей используется для определения подлинности распоряжений клиента все реже.

Подробнее об оформлении полномочий лиц, имеющих право распоряжения счетом, см. Инструкцию Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И.

О последствиях исполнения распоряжений по счету неуправомоченными лицами см. комментарий к ст. 856 ГК РФ.

2. Безакцептное списание. Списание денежных средств с банковского счета обычно осуществляется по требованию (распоряжению) самого клиента или принудительно (помимо воли владельца счета) на основании закона. Между тем владелец счета может быть заинтересован предоставить конкретным третьим лицам возможность списывать денежные средства с его счета. Основанием такого интереса клиента выступают различные обстоятельства. Они могут иметь альтруистический характер (например, предоставление такой возможности

своему родственнику, супругу и т.п.). Такими обстоятельствами могут выступать и хозяйственные потребности (например, предоставление контрагентам права на списание денежных средств со своего счета в оплату по тем или иным обязательствам).

Комментируемая норма направлена на удовлетворение названных и подобных интересов владельца счета. Она управомочивает клиента к выдаче соответствующего распоряжения в адрес банка и, таким образом, обязывает банк к списанию с его счета средств при получении соответствующих требований или поручений от третьих лиц. Положения ч. 3 ст. 6 Закона о национальной платежной системе и п. 2.9.1 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П) называют такое распоряжение заранее данным акцептом.

Заранее данный акцепт является внутренне противоречивым понятием, поскольку, согласно классической теории гражданского права, акцепт есть ответ на оферту. Здесь же никакой оферты нет. Поэтому термин «условие договора или распоряжение о безакцептном списании» является более корректным описанием соответствующего правового режима.

Указание в данной норме на то, что требование третьих лиц может быть связано с исполнением клиентом своих обязательств перед этими лицами, не имеет нормативного содержания. Такое основание выдачи распоряжения клиента является лишь одним из любых других оснований.

Банк клиента также относится к третьим лицам в контексте данной нормы. Поэтому владелец счета может выдать банку распоряжение о безакцептном списании денежных средств по требованию банка (например, в счет погашения полученного в банке кредита).

Комментируемая норма регулирует отношения между банком и клиентом. Непосредственного воздействия на права третьего лица она не оказывает. Отношения между третьим лицом и владельцем счета не охватываются договором банковского счета, поскольку третье лицо не является участником этого обязательства (п. 3 ст. 308 ГК РФ).

Для реализации своих интересов на получение денежных средств от контрагента третье лицо использует либо инкассовое поручение, либо платежное требование при переводе денежных средств по требованию получателя средств (прямое дебетование) (подробнее о таких формах расчетов см. § 4 гл. 46 ГК РФ, ст. 6 Закона о национальной платежной системе, а также гл. 7 и 9 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П)).

Если банк верно идентифицировал лицо, указанное в инкассовом поручении или платежном требовании в качестве лица, которое в силу указаний в договоре банковского счета или оформленного отдельно распоряжения клиента на безакцептное списание имеет право требовать списания со счета клиента в свою пользу, и произвел списание с банковского счета клиента, он не несет ответственности перед клиентом за отсутствие у третьего лица оснований для получения денежных средств клиента. Это объясняется тем, что банк надлежащим образом исполнил свою обязанность по договору банковского счета, исполнив распоряжение клиента, т.е. в действиях банка нет правонарушения. Если третье лицо получило денежные средства безосновательно, то права клиента подлежат защите в соответствии с нормами, регулирующими его отношения с контрагентом (третьим лицом).

2.1. Оформление. Для реализации названных интересов клиента он должен указать в распоряжении в письменной форме данные, позволяющие при предъявлении третьим лицом соответствующего требования (поручения) идентифицировать данное лицо как имеющее право на его предъявление. Эта норма предопределена самим существом отношения и ограничивает возможность клиента в выдаче распоряжения о списании денежных средств со счета по требованию неопределенного круга третьих лиц. Впрочем, такое ограничение не имеет большого практического значения, поскольку абстрактное распоряжение о списании денежных средств со счета любыми третьими лицами иррационально и едва ли может иметь в своем основании действительные интересы разумного субъекта.

Часть 3 ст. 6 Закона о национальной платежной системе говорит, что заранее данный акцепт может быть закреплен в договоре между банком и его клиентом-плательщиком либо оформлен в виде отдельного документа или сообщения, адресованного клиентом-плательщиком своему банку. Поэтому распоряжение клиента о безакцептном списании средств со счета по требованию третьих лиц в силу общего предписания п. 1 ст. 845 ГК РФ подлежит исполнению банком независимо от того, что само распоряжение о безакцептном списании или возможность в дальнейшем давать банку такие распоряжения договором банковского счета не предусмотрены.

Акцепт плательщика может быть дан в отношении одного или нескольких получателей средств, одного или нескольких требований получателя средств (ч. 4 ст. 6 Закона о национальной платежной системе).

Такое распоряжение клиента о заранее данном акцепте может содержать помимо указания на лицо (или лиц), уполномоченное на предъявление требований или поручений на списание денег со счета

клиента, также и условия исполнения таких платежных документов (например, по предельной сумме, срокам и т.п.). Банк такие условия и ограничения должен соблюдать. Это, в частности, следует из ч. 13 ст. 6 Закона о национальной платежной системе.

В силу п. 2.9.1 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П) заранее данный акцепт плательщика в виде отдельного документа или сообщения в электронном виде подписывается электронной подписью, аналогом собственноручной подписи и (или) удостоверяется кодами, паролями, иными средствами, позволяющими подтвердить, что документ или сообщение в электронном виде составлены плательщиком или уполномоченным (уполномоченными) лицом (лицами). Заранее данный акцепт плательщика в виде отдельного документа или сообщения на бумажном носителе оформляется собственноручной подписью (собственноручными подписями) и оттиском печати (при наличии) плательщика согласно образцам, заявленным банку в карточке.

Иные детали режима заранее данного акцепта установлены в п. 2.9.1 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П), а также в ст. 6 Закона о национальной платежной системе.

2.2. Отмена распоряжения. Несмотря на то что в данной норме не содержится никаких положений о праве клиента отменить данное распоряжение, в силу общего принципа гражданского права об осуществлении своих прав своей волей и в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК РФ), а также в силу общего положения об обязанности банка по проведению других операций по счету (п. 1 ст. 845 ГК РФ), клиент вправе отменить (отозвать) свое распоряжение о списании средств со счета по требованию третьих лиц. Естественно, такая отмена возможна только в случае, если списание еще не произведено. Клиент не обязан мотивировать свою отмену распоряжения.

Право отмены заранее данного акцепта закреплено также в п. 2.9.1 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П). Здесь указано, что «при наличии заранее данного акцепта плательщик вправе изменить его условия или отозвать заранее данный акцепт в порядке, установленном договором, до поступления распоряжения в банк плательщика».

О допустимости отмены распоряжения косвенно свидетельствует судебная практика (определения КГД ВС РФ от 11 октября 2016 г. № 59-КГ16-13, № 59-КГ16-14).

3. Группа счетов. В случае подачи клиентом распоряжения о перечислении (списании) денежных средств при их недостаточности на счете обычно могут наступать два последствия. Согласно первому сценарию, такое поручение помещается в так называемую картотеку по счету в ожидании поступления на счет достаточных средств для исполнения распоряжения клиента. Согласно второму сценарию, в соответствии с условиями договора банковского счета, поручение клиента исполняется за счет овердрафта, т.е. предоставления банком кредита владельцу счета (ст. 850 ГК РФ).

С 1 июня 2018 г. появляется третья возможность исполнения поручения клиента о перечислении (списании) денежных средств при их недостаточности на счете. Новый п. 4 ст. 847 ГК РФ ввел понятие группы счетов, ранее неизвестное российскому законодательству и отечественной доктрине. Договорами банковского счета одного или нескольких лиц может быть предусмотрено объединение (включение) всех или некоторых банковских счетов одного лица или нескольких лиц в одну группу счетов. Юридическим последствием такого объединения выступает возможность клиента подать поручение на перечисление (списание) по счету при недостаточности на нем денежных средств, которое исполняется банком за счет остатка денежных средств на других счетах, включенных в группу счетов. При этом такая операция не влечет овердрафта (т.е. кредитования), поскольку она совершена за счет собственных средств клиента (клиентов).

Введение понятия группы счетов может вызывать сомнения. Если у одного лица имеется в одном банке несколько счетов, на которых в совокупности достаточно средств для платежа, его поручение совершить платеж со счета, где средств недостаточно, выглядит иррациональным действием. Если же у нескольких лиц (например, компаний внутри холдинга) есть счета в одном банке, и у одного из них, имеющего достаточно средств на счете, возникает потребность совершить платеж в интересах другого, у которого недостает для этого средств, это легко можно реализовать имеющимися гражданско-правовыми средствами (например, возложением исполнения обязательства на третье лицо и т.д.). Организация так называемой системы *cash pooling*, в частности, в таком виде, когда внутри холдинга создается специальная компания, оперирующая ликвидностью всех участников холдинга с целью минимизации издержек, также могла быть достигнута без введения специального законодательного понятия группы счетов. Нельзя с уверенностью утверждать, что введение инструментария группы счетов позволит существенно сократить издержки для решения названных хозяйственных задач. В этом аспекте данная законодательная

новелла выглядит избыточной нормой и порождает больше вопросов, чем предлагает полезных решений.

3.1. Проблемные вопросы. Реализация концепции группы счетов требует точной синхронизации соответствующих условий договоров банковского счета, которые образуют группу счетов. Расхождение в этих условиях может вызывать неопределенность по вопросу выявления воли сторон, которая достаточно остро проявляется в банковской сфере, особенно когда речь идет о распоряжении крупными суммами. Также можно поставить вопрос о создании нескольких групп счетов, которые могут пересекаться по числу участников (коллизия множества групп счетов).

Прежде всего требуют определения юридически допустимые и достаточные основания для создания группы счетов. Видимо, к таковым следует отнести договор или несколько договоров между различными владельцами банковских счетов, в том числе открытых в одном или разных банках. Если речь идет о создании группы счетов одного лица, то такое основание видится в договоре с банком. Корпоративного решения (например, в холдинге) материнской компании, видимо, недостаточно для создания группы счетов лиц, входящих в холдинг, поскольку юридические лица (дочерние компании), входящие в холдинг, хотя и находятся в известной опосредованной зависимости от решений материнской компании, все же являются автономными в своих отношениях с банками. Следовательно, и в данном случае требуется договор об управлении банковскими счетами, который является основанием для создания юридического режима группы счетов. Создание группы счетов, предусмотренное комментируемой нормой, ставит вопрос о квалификации данной сделки (условия о создании группы счетов). В отношениях с банком она выглядит абстрактной, поскольку из содержания нормы следует, что условие о группе счетов является действительным, независимо от наличия для этого каузы, т.е. хозяйственного основания в отношениях между несколькими владельцами счетов. Отсюда может проистекать неопределенность в тех случаях, когда соответствующие условия в договорах банковского счета участников группы будут согласованы, а отношения, предусматривающие платеж со счета одного лица за счет другого лица, никак не оформлены.

Кроме того, может возникать вопрос о том, должен ли дефицитный плательщик указать ликвидный счет группы для исполнения его поручения, или такой счет будет определяться банком. Каковы последствия выбора того или иного счета тем или иным лицом («дефицитным» плательщиком или банком), если такой выбор произведен к невыгоде владельца ликвидного счета? Например, в числе ликвидных

счетов имеются такие, по которым предусмотрено начисление процента на остаток по счету, а также такие, по которым это начисление не предусмотрено, и в данной ситуации соответствующий выбор производится в пользу того счета, по которому предусмотрено начисление процентов на остаток по счету.

Также требуют отдельного анализа пределы допустимости группировки счетов разного вида; возможности реализации правил о группе счетов для случаев, когда эти счета открыты в разных банках; коллизия поручений дефицитного плательщика и собственного поручения ликвидного плательщика; за счет кого – дефицитного или ликвидного плательщика – взимается та или иная комиссия, предусмотренная договором; подлежит ли комментируемая норма применению к случаю частичной недостаточности денежных средств у дефицитного плательщика, а также к случаю частичной недостаточности денежных средств у одного или нескольких ликвидных плательщиков; как квалифицировать ситуацию, когда к дефицитному счету имеется картотека, однако его владелец свободно осуществляет свою деятельность, поскольку платежи проходят через ликвидный счет другого лица.

4. Электронные инструменты удостоверения полномочий. Пункт 4 ст. 847 ГК РФ до 1 июня 2018 г. являлся п. 3 этой же статьи и в действующей редакции почти не изменился. Единственное содержательное изменение заключается в замене указания на то, что удостоверение прав распоряжения по счету может производиться иными способами, а не другими документами, как было в прошлой редакции. Это, по существу, редакционное уточнение вызвано тем, что не все случаи распоряжения денежными средствами по счету можно отнести к распоряжению ими посредством направления в банк документа.

Как уже указывалось (см. комментарий к п. 3 ст. 846 ГК РФ), развитие современных коммуникационных технологий вообще и банковских технологий в частности (интернет-банкинг, мобильный банк и т.п.) привело к тому, что «бумажные» распоряжения клиента все больше заменяются иными способами распоряжений (в основном с использованием того или иного электронного средства платежа).

На основании соответствующих условий договора клиент может распоряжаться денежными средствами на счете при помощи электронных средств платежа (например, банковской карты, банкомата, приложений на мобильном телефоне, личного кабинета клиента на сайте банка и других технологических решений и устройств, обеспечивающих электронный механизм доведения до банка распоряжения клиента о проведении операций по счету). Как указано в комментируемой

норме, при этом по соглашению сторон могут использоваться аналог собственноручной подписи (п. 2 ст. 160), коим чаще всего является электронная подпись (в том числе простая электронная подпись в виде кодов и паролей), и другие средства, подтверждающие, что распоряжение дано уполномоченным на это лицом (например, приложение отпечатка пальца к соответствующему устройству либо использование кодов или паролей при устном телефонном общении с оператором *call*-центра банка).

Факсимиле в современной банковской практике не используется. А вот электронная подпись в ее различных проявлениях в ближайшем будущем, видимо, полностью вытеснит бумажные средства коммуникации, поскольку это более безопасная технология, и ее использование ускоряет взаимодействие, а также сокращает издержки сторон договора.

Несмотря на то что комментируемая норма сформулирована слишком узко, касаясь только случаев распоряжения денежными средствами посредством электронной подписи, на практике она понимается более широко, что является ее оправданным расширительным толкованием. С помощью электронной подписи клиент банка нередко может не только распоряжаться счетом, но и заключить договор и открыть счет, изменить договор, расторгнуть договор, внести наличные деньги (банкоматы *cash in*), получить информацию о счете и воспользоваться различными сопутствующими услугами, предоставляемыми банком. Более того, электронную подпись, а точнее, электронную коммуникацию, использует не только клиент, но и банк, направляя клиенту всякие сообщения, предупреждения и т.д.

Вопреки встречающемуся в литературе мнению, если по договору банковского счета выдается банковская карта, это не должно лишать клиента права совершать распоряжения по счету и иные действия другим способом (например, с использованием банковских программных средств «банк — клиент», при личной явке в банк или иным допустимым образом).

Изначальный Проект концепции реформы ГК РФ предполагал внесение целого ряда содержательных дополнений в ст. 847 ГК РФ, направленных в основном на урегулирование рисков, связанных с использованием электронного средства платежа, однако законодатель не воспринял эти предложения.

Помимо комментируемого пункта, регламентация использования электронной подписи установлена Законом об электронной подписи, Законом о национальной платежной системе, а также Временным положением о порядке приема к исполнению поручений владельцев

счетов, подписанных аналогами собственноручной подписи, при проведении безналичных расчетов кредитными организациями (утв. Банком России от 10 февраля 1998 г. № 17-П) и Положением об эмиссии платежных карт и об операциях, совершаемых с их использованием (утв. Банком России 24 декабря 2004 г. № 266-П).

Удобство использования электронной подписи, в том числе ее большая безопасность по сравнению с рисками подделки подписи на бумажных документах, вовсе не устраняет полностью риски нарушения соответствующих прав в этой области, на что обращает внимание и регулятор данной отрасли (см. письмо Банка России от 7 декабря 2007 г. № 197-Т «О рисках при дистанционном банковском обслуживании»).

Статья 848. Операции по счету, выполняемые банком

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

2. Законом могут быть предусмотрены случаи, когда банк обязан отказать в зачислении на счет клиента денежных средств или их списании со счета клиента.

3. Если иное не установлено законом, договором банковского счета могут быть предусмотрены случаи, когда банк обязан отказать в зачислении на счет клиента денежных средств или в их списании со счета клиента.

Комментарий

1. Операции по счету. Граждане и юридические лица открывают банковские счета главным образом для удовлетворения своих интересов в осуществлении безналичных расчетов. Поэтому центральное место в отношениях между клиентом и банком занимают такие операции, как зачисление денежных средств на счет (путем внесения клиентом наличных, перевода денег с иных счетов клиента в данном банке, принятия банком перевода средств для клиента от третьих лиц, имеющих счета в этом же или ином банке) и перечисление денежных средств со счета на другие счета клиента или третьих лиц в том же банке или ином банке, а также выдача со счета наличных денег. Вместе с тем современный гражданский оборот и банковское дело не ограничиваются только этими операциями, которые постоянно видоизменяются

и дополняются новыми видами по мере увеличения потребностей субъектов гражданского права, развития технологий, изменения законодательства. Поэтому правовое регулирование не устанавливает, да и не может установить исчерпывающего перечня операций по банковскому счету.

Юридическая квалификация операций, совершаемых по договору банковского счета, сводится к признанию их действиями по исполнению обязательств, возникших из данного договора. Операции осуществляются по требованию клиента, т.е. согласно его волеизъявлению. Некоторые операции по банковскому счету в случаях, предусмотренных законом, могут производиться и без воли клиента или даже вопреки его воле (например, списание денежных средств на основании исполнительного документа).

Квалификация действий по исполнению обязательства, в том числе в качестве сделки, юридического поступка, фактических действий, является спорным вопросом в доктрине. Но нельзя не сказать, что если ситуация осуществления ремонта автомобиля или поставки партии зерна действительно может вызывать какие-то споры, то осуществление во исполнение договора банковского счета банковской операции, состоящей из суммы взаимных волеизъявлений сторон, не признать сделкой или цепочкой сделок просто невозможно. За известными исключениями, совершение банковской операции является следствием взаимодействия волеизъявлений сторон договора: клиент дает распоряжение банку, а последний, восприняв его, выполняет это распоряжение, совершая соответствующую операцию. Следствием таких действий является возникновение, изменение или прекращение прав как у банка, так и у клиента, а в некоторых случаях — у третьих лиц.

Число и существо операций, которые банк обязан совершать по договору банковского счета, определяется исходя из указаний, следующих из четырех источников. К таковым операциям относятся следующие:

- 1) предусмотренные для счетов данного вида законом;
- 2) установленные в соответствии с законом банковскими правилами;
- 3) применяемые в банковской практике на основании обычаев;
- 4) предусмотренные договором.

Последняя позиция прямо не предусмотрена комментируемым пунктом, однако следует из общего принципа свободы договора. При этом в силу достаточно высокой степени императивности регулирования банковской деятельности названная свобода может ограничиваться законом.

1.1. Диспозитивность. Положение п. 1 ст. 848 ГК РФ является диспозитивным и позволяет сторонам установить иное регулирование определения видов операций, которые банк обязан совершать по договору банковского счета. Стороны в договоре могут дополнять список операций, вытекающих из положений закона, банковских правил и обычаев, но в определенной степени могут и исключать доступ клиента к тем или иным операциям, доступным по общему правилу в силу закона, банковских правил и обычаев.

В то же время необходимо определить, какие именно операции владелец счета может потребовать совершить от банка и, соответственно, последний обязан совершить в любом случае (некий минимальный пакет операций, без доступа к которым договор теряет черты договора банковского счета). Если договор, например, блокирует возможность подачи распоряжений на перечисление денег со счета третьим лицам и все операции, которые доступны клиенту, состоят в пополнении счета тем или иным образом и снятии средств со счета наличными или переводе на иные счета клиента, открытые в том же банке, впору говорить о том, что воля сторон была направлена на заключение договора вклада, и заключенный договор именно так и следует квалифицировать, игнорируя терминологию, отраженную в тексте договора.

Но полной ясности в этом вопросе нет. Не вполне, например, понятно, не противоречит ли природе договора счета запрет на снятие наличных со счета.

1.2. Обязанность предупреждения. Первоначальный Проект концепции реформы ГК РФ предусматривал дополнение комментируемой статьи новым пунктом, согласно которому банк обязывался сообщать клиенту об известных ему повышенных рисках совершения операций по поручениям клиента. Имелось в виду предупредить нарушение интересов владельцев счета, особенно непрофессиональных участников гражданского оборота, в случаях, когда их поручения банку могут навредить им самим. Например, банк как квалифицированный участник гражданского оборота обычно обладает большей информацией о рисках, чем его клиент, и он может знать, допустим, об отзыве лицензии у банка, в который клиент поручает ему перевести денежные средства. Или, допустим, банк из-за поступивших жалоб на использование того или иного счета в мошеннических действиях имеет все основания подозревать, что перевод на данный счет, который собирается совершить его клиент, может сделать из последнего очередную жертву мошенничества. В таких ситуациях добросовестный банк мог бы предпринять шаги, дабы предупредить ошибку клиента, как минимум уведомив его о таких рисках. Специфика отношений между клиен-

том и банком заставляет думать, что в них имеется определенный элемент фидуциарности, а это предполагает повышенный стандарт заботы банка об интересах своего клиента. Естественно, в современных реалиях крупному банку, имеющему тысячи, а иногда и миллионы клиентов и оказывающему им стандартизированные услуги, зачастую посредством электронных средств платежа, трудно и даже невозможно организовать персональный подход к обслуживанию для всех клиентов. Но банк в ряде случаев может предпринять меры к организации системы мониторинга и предотвращения подобного рода ситуаций на уровне программных решений (например, механизм высвечивания клиенту, желающему осуществить перевод на «опасный» счет в рамках интернет-банкинга, предупреждения, которое клиент, конечно же, может и проигнорировать). Непринятие разумных и оправданных мер и безразличное отношение к возможным ошибкам клиента, связанным с незнанием тех или иных важных обстоятельств, следовало бы признать неправомерным.

Законодатель не воспринял это предложение, и такой нормы с 1 июня 2018 г. в данной статье не появилось. Тем не менее, исходя из общего требования действовать добросовестно, в том числе предоставлять необходимую информацию, такая и подобные обязанности банка вытекают из п. 3 ст. 307 ГК РФ.

2. Отказ в зачислении денежных средств на счет или списании денег со счета в силу положений закона. С 1 июня 2018 г. комментируемая статья дополнена новым п. 2, имеющим отсылочный характер. Указанное в нем правило о том, что законом могут быть предусмотрены случаи, когда банк обязан отказать в зачислении на счет клиента денежных средств или их списании со счета клиента, видимо, диктуется не столько частноправовым характером отношений с банком, сколько публично-правовыми интересами. Определенные виды счетов предназначены для их использования в определенных целях. Для достижения этих целей закон может ограничивать те или иные операции по счету, в частности операции по зачислению и списанию денежных средств по счету. Кроме того, имеются и такие ограничения, которые носят общий, а не специальный характер. Например, арест денежных средств на счете влечет отказ клиенту в списании соответствующих денежных средств со счета.

Так, в соответствии с п. 3 ст. 861 ГК РФ законом или договором номинального счета с участием бенефициара на банк может быть возложена обязанность контролировать использование владельцем счета денежных средств в интересах бенефициара в пределах и в порядке,

которые предусмотрены законом или договором. Следовательно, когда распоряжение клиента противоречит названным интересам, банк, осуществляя указанный контроль, не исполняет поручения клиента.

Специальный характер ограничений в отношении счета носят законодательные акты публичного права. К таковым, например, может быть отнесен Закон о противодействии легализации доходов, который дает банку право отказаться проводить ту или иную расходную операцию по счету, посчитав платеж подозрительным (п. 11 ст. 7).

Комментируемый пункт не представляет собой подлинной новеллы гражданского законодательства, поскольку, согласно принципу *lex specialis derogat generali*, специальные законы, которые устанавливают ограничения в отношении списания или зачисления денежных средств по счету, подлежат применению независимо от наличия или отсутствия соответствующей нормы в ГК РФ.

Об отказе в совершении операций по зачислению или списанию денежных средств банк обязан уведомить владельца счета в сроки, предусмотренные законом или договором, а при их отсутствии – в разумный срок.

Незаконный отказ в зачислении или списании денежных средств со счета влечет обязанность банка возместить клиенту возникшие вследствие этого убытки в полном объеме (ст. 856 ГК РФ).

3. Отказ в зачислении денежных средств на счет или списании денег со счета в силу положений договора. Норма о допустимости установления договором случаев, когда банк обязан отказать в зачислении на счет клиента денежных средств или в их списании со счета клиента, появилась в ГК РФ 1 июня 2018 г. Ее действие частично перекрывается п. 3 ст. 845 ГК РФ, из которого следует, что договором могут быть установлены случаи, когда банк контролирует и определяет использование денежных средств по счету. Но это пересечение лишь частично, так как п. 3 ст. 845 ГК РФ говорит об ограничении права на распоряжение средствами на счете, а комментируемый пункт имеет более широкую сферу применения.

С точки зрения клиента, добровольное установление договором ограничений собственных прав по инициативе клиента выглядит несколько странно. Можно, конечно, представить себе ситуацию, когда клиент, злоупотребляющий алкоголем и в связи с этим периодически испытывающий дефицит самоконтроля, решает ограничить свою же свободу распоряжения деньгами свыше определенного лимита расходов за месяц. Но, думается, мы не ошибемся, если допустим, что комментируемый пункт может быть куда чаще включен в договор

именно по инициативе банка и именно в его интересах, хотя сам пункт и сформулирован как основание введения соответствующей обязанности, а не права банка. Это может породить серьезные злоупотребления со стороны банков (о самой этой проблеме и возможных путях ее решения см. комментарий к п. 3 ст. 845 ГК РФ).

Не так просто представить себе договорное условие об обязанности банка не зачислять поступающие для клиента денежные средства на счет, с тем чтобы оно имело рациональный смысл для сторон или хотя бы для одной из них. Впрочем, можно помыслить себе установление такого ограничения в договоре, по которому счет открыт политической партии — некоему политику или чиновнику, который пожелает установить в договоре запрет на зачисление на свой счет переводов от любых третьих лиц, кроме тех, которые были указаны им в специальном белом списке, переданном банку. Иногда в подобных опасениях может быть определенный смысл.

Кроме того, у клиента может иметься разумная причина не принимать платежи от определенного лица или группы лиц, которая обусловлена сугубо личными отношениями владельца счета с таким лицом или лицами. В подобном случае договор может предусматривать право клиента представить банку черный список (стоп-лист) граждан и организаций, переводы от которых он не желает принимать. Никто не может быть произвольно принужден к получению денежных средств на банковский счет.

В принципе, представляется, что, даже если такого условия в договоре нет, банк не должен игнорировать сообщение клиента, в котором тот просит отказывать в зачислении денег от тех или иных третьих лиц. Если такая услуга в силу каких-то причин окажется востребованной, наверняка подобные стоп-листы можно будет заполнять посредством электронного средства платежа в том или ином платежном интерфейсе.

Можно также представить и некоторые злоупотребления. Например, представим такую договоренность, когда банк обязывается не зачислять поступающие для владельца счета денежные средства при наличии картотеки к счету. Для клиента это условие может быть выгодно, если он предпочитает использовать денежные средства не на погашение требований кредиторов, числящихся в картотеке, а иным образом (например, в пользу других кредиторов). Для банка это может быть выгодно, если поступающие денежные средства будут использованы клиентом к выгоде банка или его аффилированных лиц, минуя требования из картотеки. Вместе с тем такая договоренность может быть квалифицирована как злоупотребление по отношению к тем кредиторам, требования которых находятся в картотеке к счету. Ранее

судебная практика квалифицировала такие действия, особенно направление на уклонение от уплаты налогов, в качестве «искусственного создания отсутствия денежных средств на счете».

Статья 849. Сроки операций по счету

Банк обязан зачислять поступившие для клиента денежные средства не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если более короткий срок не предусмотрен законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами или договором банковского счета.

Банк обязан по распоряжению клиента выдавать или списывать со счета денежные средства клиента не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если иные сроки не предусмотрены законом, изданными в соответствии с ним банковскими правилами или договором банковского счета.

Комментарий

(а) Срок зачисления. Основные операции, совершаемые по банковскому счету, удовлетворяют интерес владельца счета в использовании денежных средств. Клиент нуждается в определенности не только в отношении размера собственных средств, но и в сроках удовлетворения его потребности в их использовании. Поэтому правовое регулирование этих отношений устанавливает достаточно короткий срок для совершения соответствующих операций.

До 1 июня 2018 г. редакция абз. 1 комментируемой статьи содержала нелогичное правило о том, что банк обязан зачислить поступившие *на счет* клиента денежные средства не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа. Между тем очевидно, что уже поступившие на счет клиента денежные средства не нуждаются в каком-либо зачислении на его счет, ибо выражения «поступление на счет» и «зачисление на счет» обозначают одно и то же. Судебная практика, несмотря на неудачную редакцию комментируемого положения, истолковывала его в соответствии с действительным положением вещей: согласно ст. 865 ГК РФ 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 дого-

воре банковского счета с получателем средств, по зачислению суммы на счет последнего (п. 1 ст. 845 ГК РФ) (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5). Указанный недостаток исправлен в действующей редакции таким образом, что банк обязан зачислить на счет поступившие *для клиента* денежные средства не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа.

(б) Ограниченная диспозитивность срока зачисления. Договором названный срок не может быть увеличен. Более короткий срок, напротив, может быть определен как договором, так и законом, а также установленными в соответствии с законом банковскими правилами. Ограничение диспозитивности нормы предусмотрено в интересах владельца счета. На практике зачисление денежных средств на счет клиента осуществляется в более короткие сроки, и современные расчеты зачастую бывают мгновенными.

До 1 июня 2018 г. диспозитивность срока зачисления денежных средств могла реализовываться, по букве комментируемой нормы, только договором, тогда как на практике более короткие сроки могли устанавливаться законом и принятыми в соответствии с ним банковскими правилами. Действующая редакция исправлена, и, как указывалось выше, более короткий срок может быть предусмотрен не только договором, но и законом и принятыми в соответствии с ним банковскими правилами.

(в) Сроки списания и выдачи наличных со счета. Абзац 2 комментируемой статьи устанавливает максимальные сроки для двух операций: выдачи владельцу счета наличных денежных средств и списании денежных средств. Срок для этих операций установлен по такой же модели, как и в предыдущей части, — не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если иные сроки не предусмотрены законом, изданными в соответствии с ним банковскими правилами или договором банковского счета. Отличие заключается в том, что для выдачи денег и списания денежных средств может быть предусмотрен и более продолжительный срок, а не только более короткий.

На практике с учетом высокой чувствительности клиентов к задержкам в списании денег со счета и выдаче наличных банки проводят эти операции без какой-либо задержки. Например, клиент получает деньги в банкомате со своей карты немедленно, а не на следующий день; то же и при снятии наличных со своего счета в банке. В этом

вопросе конкуренция заставляет банки обеспечивать максимальную оперативность.

Иные сроки списания, как указано выше, могут устанавливаться законом, причем любой отраслевой принадлежности. Так, например, согласно п. 6 ст. 46 НК РФ поручение налогового органа на перечисление налога исполняется банком не позднее одного операционного дня, следующего за днем получения им указанного поручения, если взыскание налога производится с рублевых счетов; не позднее двух операционных дней, если взыскание налога производится с валютных счетов, если это не нарушает порядок очередности платежей, установленный гражданским законодательством Российской Федерации, и не позднее двух операционных дней, если взыскание налога производится со счетов в драгоценных металлах.

Согласно ч. 5 ст. 70 Закона об исполнительном производстве банк или иная кредитная организация, осуществляющие обслуживание счетов должника, незамедлительно исполняют содержащиеся в исполнительном документе или постановлении судебного пристава-исполнителя требования о взыскании денежных средств, о чем в течение трех дней со дня их исполнения информируют взыскателя или судебного пристава-исполнителя.

Согласно ч. 5.1 ст. 8 Закона о национальной платежной системе банк при выявлении им операции, соответствующей признакам осуществления перевода денежных средств без согласия клиента, обязан до осуществления списания денежных средств с банковского счета клиента на срок не более двух рабочих дней приостановить исполнение распоряжения о совершении операции, соответствующей признакам осуществления перевода денежных средств без согласия клиента. Признаки осуществления перевода денежных средств без согласия клиента устанавливаются Банком России и размещаются на его официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». Оператор по переводу денежных средств в рамках реализуемой им системы управления рисками определяет в документах, регламентирующих процедуры управления рисками, процедуры выявления операций, соответствующих признакам осуществления переводов денежных средств без согласия клиента, на основе анализа характера, параметров и объема совершаемых его клиентами операций (осуществляемой клиентами деятельности). Согласно ч. 5.2 той же статьи банк должен незамедлительно запросить у клиента подтверждение операции. Согласно ч. 5.3 при получении от клиента подтверждения, указанного в п. 2 ч. 5.2 ст. 8 указанного Закона, банк обязан незамедлительно возобновить исполнение распоряжения. При

неполучении от клиента подтверждения банк возобновляет исполнение распоряжения по истечении двух рабочих дней после того, как он запросил у клиента подтверждение.

(г) Списание или перечисление. До 1 июня 2018 г. закон оперировал не термином «списание», а термином «перечисление». В связи с этой прежней редакцией нормы на практике возникала неопределенность в вопросе о том, какой круг операций охватывает понятие «перечисление»: включает ли оно только операции по списанию средств со счета клиента, либо списание также со счета банка, обслуживающего клиента-плательщика, либо включает в себя также и операции по зачислению средств на счет получателя.

Судебная практика по большей части основывалась на втором варианте, признавая, что банк обязан в указанный срок (при межбанковских расчетах) провести операции по своим счетам у банка-корреспондента. Одной из причин такого толкования явилось то, что в столь короткий срок перечислить по назначению денежные средства, как правило, было невозможно.

При ином варианте толкования правило ст. 849 ГК РФ в части срока перечисления денежных средств вступало бы в коллизию с ранее действовавшей ст. 80 Закона о Банке России, которая устанавливала, что срок осуществления платежа по безналичным расчетам составляет два дня для расчетов в пределах субъекта Российской Федерации и пять дней для расчетов в пределах Российской Федерации. В настоящее время согласно ч. 5 ст. 5 Закона о национальной платежной системе перевод денежных средств, за исключением перевода электронных денежных средств, осуществляется в срок не более трех рабочих дней начиная со дня списания денежных средств с банковского счета плательщика.

Перевод денег со счета начинается со списания денежных средств со счета клиента, но заканчивается в момент зачисления денег на счет получателя, открытый в том же банке, или в момент зачисления денег на корреспондентский счет банка, обслуживавшего получателя (если получателя обслуживает иной банк). Эти правила следуют из положений ч. 9–11 ст. 5 Закона о национальной платежной системе, а также из п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. На осуществление такого перевода, как было показано выше, Закон о национальной платежной системе дает банку три рабочих дня, но на практике это происходит, как правило, намного быстрее.

Некорректное применение понятия «перечисление» вызывало также вопрос о возможности распространения данного правила на случаи

проведения банком операций в интересах клиента, но не по его поручению, например при списании на основании инкассовых поручений. На практике встречались случаи, когда участники гражданского оборота не учитывали, что при проведении расчетов в форме инкассо банки выполняют ряд действий, не связанных с самим перечислением денежных средств: по направлению платежных требований к месту платежа, предъявлению их к акцепту и т.п. Судебная практика исходила из того, что при определении соблюдения срока, установленного комментируемой статьей, необходимо учитывать сроки пробега документов, направляемых банку плательщика, а также сроки, установленные банковскими правилами для акцепта этих документов плательщиком (п. 16 Информационного письма ВАС РФ от 15 января 1999 г. № 39). В настоящее время сроки совершения соответствующих действий при переводе денежных средств по требованию получателя установлены ст. 6 Закона о национальной платежной системе.

Этот недостаток закона был исправлен заменой термина «перечисление» на термин «списание». Не позднее дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа (если иные сроки не предусмотрены законом, банковскими правилами или договором банковского счета), банк клиента должен именно и только списать деньги со счета клиента; сроки же перевода денег на счета клиента или третьих лиц в этом же банке или ином банке регулируются вышеуказанными нормами Закона о национальной платежной системе.

(д) Коллизия с положениями Закона о банках и банковской деятельности. В соответствии с ч. 2 ст. 31 Закона о банках и банковской деятельности кредитная организация, Банк России обязаны осуществить перечисление средств клиента и зачисление средств на его счет не позже следующего операционного дня после получения соответствующего платежного документа, если иное не установлено федеральным законом, договором или платежным документом. Эта норма коллидирует со ст. 849 ГК РФ по двум параметрам: в части использования более узкого понятия «операционный день», а также в части допустимости установления более продолжительных сроков законом, договором или платежным документом.

Судебная практика не имеет пока устоявшейся правовой позиции по разрешению данного противоречия, видимо, по той причине, что оно не возникает на практике. Исходя из того, что намерение законодателя по ограничению диспозитивности заключалось в защите интересов слабой стороны отношения — клиента банка, предпочтение

при разрешении коллизии следует отдавать ГК РФ, а не отраслевому закону. Кроме того, ГК РФ в данном аспекте является более поздним законом: комментируемая статья в своей изначальной редакции, в которой фигурировали обычные, а не операционные дни и ограничивалось право на установление более длительных сроков зачисления, вступила в силу в 1996 г., в то время как отмеченная норма Закона о банках и банковской деятельности — на несколько лет ранее.

Это касается и использованного в указанной норме Закона о банках и банковской деятельности понятия «операционный день». Продолжительность операционного дня устанавливается самим банком. Внедрение современных банковских технологий и электронных средств платежа постепенно позволяет банкам переходить на режим «операционного времени», которое предусматривает проводку банковских операций в реальном режиме времени, а операционное время, по существу, равняется суткам. В связи с этим уместно заметить, что использование понятия «операционный день» не должно превращаться по факту в «операционные часы», поскольку это расходилось бы с намерением законодателя обеспечить оперативность распоряжения клиентом своими денежными средствами. Так, например, если кредитная организация установит операционный день до 14 часов, а соответствующее распоряжение от клиента поступит после 14 часов, то неправильно считать распоряжение поступившим на следующий день, а его исполнение, соответственно, отодвигать еще на один день. Едва ли такое положение дел соответствует ожиданиям участников гражданского оборота в отношении банковской системы в современном обществе.

(е) Ответственность. При нарушении банком названных в комментируемой статье сроков он может быть привлечен к ответственности (см. комментарий к ст. 856 ГК РФ).

Статья 850. Кредитование счета

1. 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 с момента осуществления такого платежа.

2. Права и обязанности сторон, связанные с кредитованием счета, определяются правилами о займе и кредите (глава 42), если договором банковского счета не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Понятие овердрафта. По общему правилу владелец счета имеет возможность осуществлять платежи со счета в пределах остатка денежных средств на нем. Платежное поручение клиента на сумму, превышающую остаток счета, банком не исполняется.

Вместе с тем клиенты банков часто нуждаются в осуществлении платежа при отсутствии на счете необходимых денежных средств. Для таких случаев комментируемая норма предусматривает возможность кредитования счета, т.е. овердрафт (*overdraft*). Такая возможность устанавливается договором; при отсутствии соответствующего условия кредит не предоставляется.

На практике такие условия иногда включаются в договоры, заключаемые с гражданами. Хотя их включение в договоры счета, заключаемые с юридическими лицами, не исключено, на практике задачу обеспечения кредитования заемщика при возникновении у него потребности в этом обычно реализуют за счет заключения договора кредитной линии.

Чаще всего условие об овердрафте включается в договор счета, к которому привязана выпущенная банком для физического лица банковская карта. Банк России считает, что овердрафт может предоставляться по дебетовым (расчетным) банковским картам, т.е. картам, основное назначение которых состоит в учете денежных средств самого клиента и проведения расчетных операций с такими средствами (п. 1.5 Положения об эмиссии платежных карт и об операциях, совершаемых с их использованием (утв. Банком России 24 декабря 2004 г. № 266-П)). Овердрафт является дополнительным условием, своего рода дополнительной финансовой услугой банка, которую он оказывает владельцу такой дебетовой карты. Проведение операций кредитования при использовании владельцем кредитной карты к овердрафту (т.е. кредитованию счета), если следовать терминологии, закрепленной в указанном Положении Банка России, не относится. Кредитная карта как электронное средство платежа используется исключительно для целей востребования у банка кредитных ресурсов в форме снятия кредитных средств наличными или предоставления банку распоряжения о перечислении кредитных средств в пределах кредитного лимита по карте третьим лицам (например, при проведении платежа по такой кредитной карте в магазине).

Выражение «кредитование счета» является техническим, поскольку, конечно, кредитуются клиент, а не счет. Лингвистически комментируемая норма устанавливает фикцию («банк считается предоставившим

клиенту кредит»). Операция по зачислению денежных средств на счет или тем более выдача наличных денежных средств заемщику не производится. Здесь может возникать вопрос для тех случаев, когда по счету имеется картотека или арест, поскольку такое кредитование, по существу, удовлетворяет интерес клиента в ущерб интересам тех лиц, чьи требования учтены в картотеке по счету или в интересах которых арестован счет. Впрочем, та же проблема возникает в случае выдачи банком кредита посредством перевода денег напрямую на счета кредиторов заемщика в погашение обязательств заемщика перед ними; это не помешало законодателю ту же возможность указать в п. 5 ст. 807 ГК РФ.

Несмотря на то что закон оперирует понятием «отсутствие денежных средств» на счете, судебная практика обоснованно распространяет действие данной нормы не только на случаи полного отсутствия каких-либо денежных средств на счете, но и на их недостаточность для проведения соответствующей расходной операции (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 марта 2014 г. № 16326/11).

Такое же понимание демонстрирует и регулятор данных отношений по поводу расчетных (дебетовых карт). Расчетная (дебетовая) карта как электронное средство платежа используется для совершения операций ее держателем в пределах расходного лимита — суммы денежных средств клиента, находящихся на его банковском счете, и (или) кредита, предоставляемого кредитной организацией — эмитентом клиенту при *недостаточности или отсутствии* на банковском счете денежных средств (овердрафт) (п. 1.5 Положения об эмиссии платежных карт и об операциях, совершаемых при их использовании).

Размер предоставленного кредита (соответствующая сумма) определяется разницей между остатком на счете и размером платежа, который необходимо провести в рамках расходной операции по счету. Обычно кредит на основании договора банковского счета предоставляется при осуществлении платежа по инициативе клиента. В каких-то случаях клиент, давая банку распоряжение о платеже, может и не знать, что денежные средства на счете отсутствуют или их недостаточно. Его волеизъявление на кредитование счета в данном случае фингируется на основании того, что клиент должен знать об отсутствии достаточных средств на своем счете, когда он выдает платежное распоряжение банку. Несмотря на эти соображения, клиент все же должен предупреждаться о кредитовании его банком (см. п. 2.5 комментария к настоящей статье).

На основании принципа свободы договора стороны вправе включить в договор условие об овердрафте и для случаев поступления

к счету платежных требований или инкассовых поручений от третьих лиц. Они могут сформулировать это положение глобальным образом (все платежные требования или инкассовые поручения) или избирательно (требования или поручения, поступающие от тех или иных лиц). В принципе, клиент может выразить такое волеизъявление и в виде отдельного распоряжения. Но если соответствующее положение в договор не включено или воля клиента на возможность навязывания ему кредитования счета при поступлении платежных документов от третьих лиц не выражена, такое принудительное кредитование счета невозможно, поскольку противоречит природе кредитных отношений. Лицо не может быть принуждено к получению кредита даже для исполнения своих обязательств перед третьими лицами (включая налоговые недоимки и случаи поступления на инкассо исполнительных листов). По этой причине, например, пристав, как представляется, не может требовать списания денег с дебетовой карты с условием об овердрафте за счет кредитования счета.

1.1. Момент предоставления кредита. До 1 июня 2018 г. редакция комментируемого пункта предусматривала, что кредит считается предоставленным *со дня* осуществления платежа. В настоящее время редакция изменена, и кредит считается предоставленным *с момента* осуществления платежа. Указание на момент, а не на день предоставления кредита терминологически совпадает со стилистикой гл. 42 ГК РФ, в которой применительно ко времени получения кредита используется термин «момент», а не термин «день». Темпоральный аспект кредитования главным образом имеет значение для начисления процентов. Замена выражения «со дня» на выражение «с момента» формально-юридически открывает возможность установления такого условия о процентах за овердрафт, которое учитывает не только полные или неполные дни, но и часы (или минуты). Вместе с тем широкой практики использования столь дробного подхода к начислению процентов не наблюдается. Не сложилась она и на основании положений гл. 42 ГК РФ, которая и ранее, используя термин «момент предоставления займа (кредита)», открывала возможность для использования ультракоротких процентных периодов. Возможно также, что изменение редакции преследует цель устранить споры для тех случаев, когда платеж осуществляется в один день, а полученным он оказывается, например, на следующий день. Здесь мог бы возникнуть вопрос о том, какой день следует считать отправной точкой получения клиентом кредита.

1.2. Запреты на овердрафт. Для отдельных видов счетов законом может предусматриваться запрет кредитования счета. Например, такой

запрет установлен по публичному депозитному счету п. 1 ст. 860.12 ГК РФ.

2. Природа договора счета с условием об овердрафте. Включение в договор банковского счета условия об овердрафте преобразует этот договор. Указанный договор должен рассматриваться как смешанный (п. 3 ст. 421 ГК РФ). Отношения по обслуживанию счета являются элементом, привнесенным в договор из конструкции договора банковского счета, а отношения по кредитованию (обязательства кредитовать, обязательства погасить кредит, проценты и т.п.) — из конструкций договоров займа или кредита. При этом в указанный смешанный договор кредитный элемент привносится в его опционном варианте (т.е. в формате опционной конструкции кредитования с учетом правил ст. 429.3 ГК РФ). В рамках такого опционно-кредитного элемента заемщик не берет на себя обязанность затребовать кредитование, а вместо этого получает секундарное (преобразовательное) право в течение определенного срока затребовать выделение кредитного финансирования по частям или целиком в рамках установленного кредитного лимита при возникновении потребности (затребование кредитования в данном случае происходит в форме направления платежного документа в банк при отсутствии достаточного остатка по счету или снятия наличных в такой ситуации); корреспондирующая обязанность банка — поддерживать готовность кредитовать заемщика при поступлении соответствующего требования (об опционной модели кредитования см. комментарий к ст. 807 ГК РФ).

Смешанная природа такого договора признается и в судебной практике (определения ВС РФ от 6 февраля 2018 г. № 67-КГ17-26, от 7 марта 2017 г. № 7-КГ16-6; п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1990 г. № 5).

2.1. Специфика комбинированного регулирования. Поскольку договор банковского счета, предусматривающий кредитование счета, является смешанным договором, к отношениям сторон, связанным с кредитованием счета, в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ подлежат применению правила о займе и кредите (гл. 42 ГК РФ, ряд положений о кредите из Закона о банках и банковской деятельности), а к остальным отношениям по обслуживанию счета — правила ГК РФ, других законов и банковских правил о банковских счетах.

Так как оба договора — договор банковского счета и кредитный договор — являются консенсуальными, правила о смешанном договоре подлежат применению к договору банковского счета, предусматривающего овердрафт, независимо от того, осуществлено кредитование

счета или еще нет. Обязательство банка кредитовать счет возникает с момента заключения договора банковского счета с условием об овердрафте и созревает в момент формирования соответствующего условия – поступления платежного документа, направленного на списание денег со счета клиента, при отсутствии достаточного остатка на нем.

Применение норм о займе и кредите к овердрафту означает, в частности, что клиент, являющийся физическим лицом, чей счет был прокредитован в связи с операциями, не связанными с его коммерческой деятельностью, может погасить свой долг досрочно полностью или по частям, игнорируя графики, которые были установлены в договоре. Если же кредитование было связано с коммерческой деятельностью клиента, досрочное погашение по общему правилу без согласия банка невозможно, если иное не установлено в договоре. Эти выводы следуют из применения п. 2 ст. 810 ГК РФ.

В силу ст. 820 ГК РФ договор кредита должен быть оформлен письменно под страхом ничтожности договора. Это положение, видимо, может применяться и к договору счета, содержащему условие об овердрафте.

В силу применения ст. 821 ГК РФ банк вправе отказаться от кредитования счета полностью или частично при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная клиенту сумма не будет возвращена в срок.

Применимы к кредитному элементу договора и положения ст. 811 и 813 ГК РФ о праве банка требовать досрочного погашения долга при просрочке или при отпадении обеспечения.

2.2. Исключения. Буквальное толкование комментируемой нормы может привести к ошибочному выводу о том, что *все* правила о займе и кредите (гл. 42 ГК РФ) применяются к правам и обязанностям сторон при овердрафте. Системное толкование дает иной результат. Поскольку договор банковского счета с условием об овердрафте является смешанным договором, в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ к отношениям по овердрафту применяются правила названной главы, если иное не вытекает из соглашения сторон или *существования смешанного договора*. Ряд положений о займе и кредите, которые применяются к договору банковского кредита, не могут быть применены к отношениям по овердрафту в силу особенностей характера обязательственных отношений по кредитованию счета.

Например, это касается, норм о праве заемщика, не являющегося коммерсантом, отказаться от получения кредита до его получения (п. 3 ст. 807 ГК РФ). Данная норма не применяется, так как здесь кредито-

вание происходит автоматически по факту поступления платежного документа при отсутствии достаточного остатка по счету.

Более того, и некоторые нормы о банковских счетах, видимо, могут не применяться к договору счета с условием о кредитовании счета, если такие нормы вступают в конфликт с существом такого договора.

2.3. Совместные счета. В отношении совместного счета (п. 5 ст. 845 ГК РФ) может возникать вопрос о субъекте, обязанном по овердрафту перед банком. Этот вопрос пока не имеет ответа ни в доктрине, ни в судебной практике. Совместный счет открывается несколькими физическим лицам, в том числе супругам. Сам факт открытия совместного счета имплицитно обозначает наличие общего интереса на стороне владельца счета. Отсюда допустимо вывести презумпцию, что в случае кредитования счета обязанными по кредиту перед банком являются все лица на стороне владельца счета. Что касается размера обязанности, то согласно п. 5 ст. 845 ГК РФ по общему правилу она является долевой.

Для совместного супружеского счета при разделе общего имущества долги супругов по овердрафту определяются на основании п. 3 ст. 39 СК РФ, который предусматривает, что общие долги супругов при разделе общего имущества супругов распределяются между супругами пропорционально присужденным им долям от общего имущества.

2.4. Процент. Банковский кредит предполагается всегда процентным, так как начисление процента является квалифицирующим признаком банковского кредита. Если банк предоставляет заемщику беспроцентное финансирование, такой договор будет считаться займом (подробнее см. комментарий к ст. 819 ГК РФ). При этом кредитование по счету нередко предусматривает так называемый льготный период (*grace period*), в течение которого проценты за пользование кредитом не уплачиваются. Соответственно, в данном случае заемно-кредитный элемент такого смешанного договора активизируется с момента исполнения банком своего обязательства по кредитованию счета (проведения операции по перечислению соответствующей суммы со счета клиента), но в льготный период в договоре смешиваются элементы счета и беспроцентного займа, а впоследствии, по истечении льготного периода, заемный элемент трансформируется в кредитный.

2.5. Извещение о наличии условий для кредитования счета. В отношениях с клиентами банки иногда вуалируют факт предоставления овердрафта, никак специально не информируя клиента о предоставлении ему кредита.

Конечно, клиент, «случайно» получивший кредит, сам действует неосмотрительно, ибо он должен знать об отсутствии необходимого

для платежа остатка по счету и, как правило, легко может проверить размер остатка до осуществления платежа. Вместе с тем предоставление кредита по овердрафту не должно быть неожиданным для владельца счета, и в силу общих положений о добросовестности при исполнении обязательств (п. 3 ст. 307 ГК РФ) банк обязан предупреждать клиента до совершения платежа, что последний будет осуществлен за счет кредитных средств. Некоторые участники гражданского оборота в схожих отношениях применяют такую добросовестную практику. Например, при покупке (продаже) ценных бумаг брокеры часто предупреждают своих неквалифицированных клиентов о предоставлении «кредитного плеча». Такую практику следует не только всячески приветствовать, но и рассматривать как общий стандарт добросовестности, в особенности по отношению к неквалифицированным участникам соответствующих отношений.

2.6. Условия овердрафта. Условия овердрафта определяются договором банковского счета. Обычно эти условия определяют максимальную сумму овердрафта, размер процентов, сроки погашения кредита, безакцептное списание задолженности по овердрафту и т.д. Судебная практика также фиксирует наличие таких позиций в договорах. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 18 марта 2014 г. № 16326/11 было указано, что кредитование банком банковского счета клиента-заемщика при недостаточности или отсутствии на нем денежных средств осуществляется при установленных лимите (т.е. максимальной сумме, на которую может быть проведена указанная операция по кредитованию в пределах срока действия договора о кредитовании счета) и сроке, в течение которого должны быть погашены возникающие кредитные обязательства клиента банка. При этом в погашение задолженности по договору кредитования банковского счета направляются все суммы, поступившие на счет клиента и оставшиеся на счете после исполнения платежных документов, предъявленных к счету (свободный остаток).

Возникает интересный вопрос о том, может ли договор банковского счета с условием об овердрафте содержать положение о праве банка в одностороннем порядке изменять процентную ставку за пользование кредитом. В отношении счетов, открытых коммерческим организациям или индивидуальным предпринимателям, такая опция в договоре может быть предусмотрена (в силу положений ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности и п. 2 ст. 310 ГК РФ). В отношении счетов, открытых некоммерческим организациям, ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности такое условие договора также допускает. Но ситуация оказывается иной в отношении счетов, открытых простым

гражданам, не являющимся предпринимателями. Согласно положению закона (п. 2 ст. 310 ГК РФ и ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности) банк не может установить в договоре право на увеличение ставки по кредиту, если кредит предоставляется гражданину, не являющемуся индивидуальным предпринимателем.

В то же время специфика договора банковского счета с условием об овердрафте состоит в том, что отношения по банковскому счету могут являться сколь угодно продолжительными, тогда как экономически стоимость кредита всегда изменчива. Поэтому установление неизменной процентной ставки для обязательств банка по кредитованию на неопределенно долгий период экономически неразумно и несправедливо.

Эту проблему можно было бы решить двумя путями. Во-первых, само условие об овердрафте может устанавливаться на определенный срок, по прошествии которого стороны могут заключить новое соглашение о дополнении режима открытого банковского счета условием об овердрафте. Тот факт, что счет открывается без указания срока его действия, сам по себе не обязывает фиксировать столь же бессрочные обязательства банка по кредитованию счета при возникновении соответствующего дефицита ликвидности на счете.

Во-вторых, можно было бы пойти по пути отсечения указанных императивных норм п. 2 ст. 310 ГК РФ и ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности в контексте смешанного договора. Как уже отмечалось, согласно п. 3 ст. 421 ГК РФ правила о соответствующих поименованных договорах применяются к смешанному договору, если иное не вытекает из существа смешанного договора. О какой-либо устоявшейся судебной практике по данному вопросу нам неизвестно. В любом случае, даже если допустить право банка в одностороннем порядке менять процентную ставку, в том числе в договорах с гражданами-некоммерсантами, такое право можно реализовать путем уведомления клиента лишь в отношении будущих случаев предоставления овердрафта; на случай, когда к моменту изменения ставки овердрафт на ту или иную сумму уже был предоставлен, договор с участием гражданина-некоммерсанта допускать право банка менять ставку в отношении уже выданного овердрафта в любом случае не может.

2.7. Диспозитивность. Комментируемая норма в силу прямого указания закона является диспозитивной. При овердрафте правила о займе и кредите применяются к отношениям сторон, если договором банковского счета не предусмотрено иное. Эта диспозитивность может пониматься двояко. Во-первых, стороны вправе изменить в договоре те применимые правила гл. 42 ГК РФ, которые являются

диспозитивными. Во-вторых, условия договора банковского счета в отношении осуществления платежа со счета при отсутствии или недостаточности на нем денежных средств могут отступать и от императивных правил гл. 42 ГК РФ. Первое не вызывает никаких сомнений. Последнее же требует пояснения. В п. 3 ст. 421 ГК РФ также указано на то, что нормы о соответствующих поименованных договорах, элементы которых привнесены в смешанный договор, применяются к смешанному договору, если иное не следует из условий такого договора. Но вполне очевидно, что норма, которая является императивной в контексте материнской договорной конструкции, не может автоматически превращаться в диспозитивную при ее применении в контексте смешанного договора, в который привнесен соответствующий элемент данной материнской договорной конструкции. Иначе возникал бы элементарный способ освободиться от действия установленных в законе ограничений договорной свободы: было бы достаточно заключить смешанный договор.

Теоретически можно предположить, что иногда императивная норма может преобразовываться в диспозитивную, оказавшись применимой в контексте смешанного договора, если те политико-правовые соображения, которые обосновывали ее императивность в контексте структуры прав и обязанностей «материнской» договорной конструкции, теряют свое значение в контексте новой специфической структуры правоотношения, которая возникает в контексте смешанного договора. Но это отпадение императивной природы нормы не происходит автоматически, а требует учета существа конкретных отношений. Беглый анализ норм гл. 42 ГК РФ пока не позволяет обнаружить подобные примеры. Те императивные нормы гл. 42, которые в целом применимы к договору счета с условием об овердрафте, должны, видимо, оставаться таковыми и в контексте договора счета с условием об овердрафте.

В принципе, теоретически возможна и трансформация некоторых императивных норм о банковских счетах в диспозитивные при их применении к договору счета с условием об овердрафте. Судя по отдельным актам ВС РФ, это, в частности, относится к норме о праве клиента в одностороннем порядке отказаться от договора (п. 1 ст. 859 ГК РФ). Такое право, императивно закрепленное законом для обычных счетов, по мнению ВС РФ, может быть исключено условиями договора счета с овердрафтом на случай, если счет был прокредитован, а долг еще не погашен. Вместе с тем в отношении такого подхода могут быть выдвинуты содержательные возражения (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 859 ГК РФ).

2.8. Комиссии. Широкая банковская практика по взиманию со своих клиентов различных комиссий не обошла стороной и условие договора банковского счета об овердрафте. Несмотря на все особенности такого кредитования, как овердрафт, он все же остается разновидностью договора кредита. Последнему, как известно, присуща возмездность в виде обязанности заемщика уплачивать проценты за пользование кредитом (регулятивные проценты). Однако банки не останавливаются на этом модусе определения своего вознаграждения за предоставление кредита. В договорах банковского счета нередко фигурирует условие об уплате владельцем счета комиссии за возможность кредитования расчетного счета. Арбитражная практика признает такое условие законным (п. 4 Информационного письма ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Попытки клиентов банка оспорить соответствующие нормы ГК РФ, допускающие, помимо прочего, взимание комиссии за овердрафт, в конституционном ключе пока не имели успеха (Определение КС РФ от 24 апреля 2018 г. № 997-О).

Подобная комиссия представляет собой своеобразную опционную премию (ст. 429.3 ГК РФ), плату за асимметрию правомочий и издержки банка, связанные с необходимостью поддерживать свою готовность кредитовать счет клиента по первому требованию и вызванной этим неопределенностью правоотношений.

2.9. Применение Закона о потребительском кредите (займе). Особенности открытия и ведения счетов, специально открываемых для целей кредитования потребителя, предусматриваются Законом о потребительском кредите (займе). Так, согласно п. 17 ст. 5 данного Закона все операции по такому счету, связанные с исполнением обязательств по договору потребительского кредита (займа), включая открытие счета, выдачу заемщику и зачисление на счет заемщика потребительского кредита (займа), должны осуществляться кредитором бесплатно.

Статья 851. Оплата расходов банка на совершение операций по счету

1. В случаях, предусмотренных договором банковского счета, клиент оплачивает услуги банка по совершению операций с денежными средствами, находящимися на счете.

2. Плата за услуги банка, предусмотренная пунктом 1 настоящей статьи, может взиматься банком по истечении каждого квартала из денежных средств клиента, находящихся на счете, если иное не предусмотрено договором банковского счета.

Комментарий

1. Оплата услуг банка. Реформа ГК РФ 2018 г. не затронула содержания комментируемой статьи. Договор банковского счета является разновидностью договоров по оказанию услуг. Общим правилом гражданского права в отношении договоров является их возмездность. Банк оказывает услуги клиенту по управлению денежными средствами. Эта предпринимательская деятельность банка приносит банку определенную выгоду. Последняя может выражаться для банка двояким образом. Во-первых, привлекаемые на счета денежные средства клиентов с учетом определенных нормативов резервирования позволяют банку проводить активные операции по выдаче кредитов в определенной пропорции. Иными словами, чем большая сумма денежных средств имеется на счетах клиентов банка, тем большее число активных операций может совершать банк и тем больший доход банк может извлекать в виде процентов по таким кредитам. В таком случае возмездность по договору банковского счета проявляется не прямым, но косвенным образом: клиент расплачивается за услуги по проведению соответствующих операций не в форме отдельной платы, а тем, что его денежные средства размещены в банке, обеспечивая банк необходимой ликвидностью для проведения активных операций по кредитованию. Этим объясняется то обстоятельство, что некоторые банки в конкурентной борьбе за привлечение клиентов не предусматривают платы за свои услуги или предусматривают ее в относительно незначительном размере. Во-вторых, по договору банковского счета может быть предусмотрена плата за отдельные услуги банка. В этом случае возмездность договора банковского счета проявляется непосредственным образом. При таких обстоятельствах встречное предоставление клиента за оказываемые ему услуги по расчетному обслуживанию состоит не только в предоставлении банку заимствований в пределах остатка по счету, но и в оплате отдельных банковских операций.

Пункт 1 комментируемой статьи предусматривает, что плата за услуги банка взимается с клиента, только если это предусмотрено договором банковского счета. Размер оплаты услуг банка обычно определяется договором, поэтому необходимости в применении п. 3 ст. 424 ГК РФ не имеется. В тех же гипотетических случаях, когда договор банковского счета предусматривает оплату, но не содержит ее размер, данная общая норма может применяться к такому договору банковского счета. Из этого следует, что услуги банка должны оплачиваться в размере, который при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги.

В тех случаях, когда договор предусматривает оплату отдельных, но не всех услуг (например, за услугу о немедленном сообщении о совершенной операции, комиссия за снятие наличных в банкомате), выведение размера оплаты остальных услуг на основании п. 3 ст. 424 ГК РФ неправомерно. Последнее обосновывается тем обстоятельством, что указание в договоре платы за одну или несколько услуг обозначает, что стороны, скорее всего, имели в виду оказание других услуг бесплатно. Нередко банки сами определяют в договоре, что соответствующий перечень услуг предоставляется бесплатно.

В судебной практике случаи взимания платы за услугу или за отдельные услуги, когда их оплата не была предусмотрена договором, выявить не удалось.

1.1. Оплата дополнительных услуг. Несмотря на то что из буквального текста закона ясно следует, что оплате подлежат услуги банка по совершению операций с денежными средствами, это положение следует толковать расширительно. Банк оказывает услуги клиенту не только по совершению операций с денежными средствами, но и другие сопутствующие услуги, которые могут подлежать оплате, если это предусмотрено договором. Например, уже упомянутое и весьма распространенное на практике оперативное оповещение клиента о совершенной операции по счету, строго говоря, не относится к операции с денежными средствами, поскольку эта услуга связана с предоставлением информации по поводу операций с денежными средствами. В силу принципа свободы договора в соглашении владельца счета с банком могут быть предусмотрены различные сопутствующие услуги, если только они не попадают под те виды деятельности, которые банки осуществлять не вправе. Соответственно, такие услуги оплачиваются клиентом в размере и порядке, которые предусмотрены договором.

На практике банки устанавливают множество различных услуг и, соответственно, тарифы за их оказание: плату за выдачу наличных; плату за сам факт открытия, закрытия или переоформления счетов; плату за выдачу справок; плату за расчетное обслуживание; плату за выдачу выписки по счету; плату за оформление чековых книжек; плату за выдачу банковской карты; плату за выдачу наличных или определенные перечисления свыше определенной границы и т.д. Некоторые комбинации названных тарифов приводят к замешательству (например, сочетание тарифа за расчетно-кассовое обслуживание с тарифом за ведение счета).

Целый ряд тарифов, имеющих характер абонентской платы, предусматривается банками в том числе по мотиву обнуления пассивных или минорных счетов, для того чтобы по специальным основаниям,

предусмотренным ст. 859 ГК РФ, получить правовую возможность их закрытия без излишних издержек, включая судебные издержки. В этих случаях плата по условиям договора взимается независимо от наличия или отсутствия операций по счету (например, плата за ведение счета, СМС-сообщения или пуш-уведомления), что при длительной пассивности владельца счета может привести к обнулению счета и дать банку право на расторжение договора по правилам ст. 859 ГК РФ.

Особую категорию составляют так называемые заградительные тарифы, которые применяются за те или иные действия, невыгодные банку с финансовой точки зрения, с тем чтобы отвлечь клиента от их совершения. Например, уже названная плата за превышение суммы определенных операций (снятие наличных, перечисление на счета в другие банки). Нередко размер заградительного тарифа говорит сам за себя, поскольку его уплата настолько не соответствует получаемой от банка услуге, что ни один разумный субъект не согласился бы платить столько за данную услугу.

В последнее время стали встречаться случаи установления банками заградительных (карательных) тарифов в размере свыше 10% от суммы операции для операций, которые банк признает подозрительными (в основном снятие наличных со счета или перечисление на счета некоторых «подозрительных» третьих лиц) с точки зрения критериев, установленных в Законе о противодействии легализации доходов и внутренних документах банка. Иначе говоря, банк проводит подозрительную операцию, но взимает невообразимый по размеру комиссионный сбор.

В любом случае у судов имеются основания для оценки соответствующих условий с позиций добросовестности и недопустимости несправедливых условий договоров.

1.2. Порядок взимания платы. На практике плата за услуги банка устанавливается по-разному. Это может быть периодически уплачиваемая твердая сумма за все операции по счету и за все сопутствующие услуги банка. Размер платы может определяться в виде процента от той или иной операции с денежными средствами. Оплате могут подлежать услуги по операциям с денежными средствами при достижении их общего размера некоторой пороговой величины (например, уплата определенного договором процента по переводу денежных средств на счета в сторонних банках). Плата иногда устанавливается в негативном смысле: она не подлежит взиманию, если, например, клиент совершит определенное число операций по счету, превышающих в сумме предусмотренную договором величину в течение определенного периода. Современные банковские интерфейсы нередко предоставляют клиенту

возможность подключать и отключать те или иные услуги, регулируя таким образом правоотношения по оплате услуг.

1.3. Ограниченная рациональность. В некоторых случаях банки устанавливают обширную линейку различных комиссий за совершение тех или иных операций по счету. При этом также устанавливаются границы по объему, количеству и способам действий клиента, в зависимости от которых взимается или, наоборот, не взимается соответствующая плата, либо эти параметры могут определять размер комиссии. Для многих владельцев счета, являющихся простыми гражданами, удержать в памяти все эти, порой весьма запутанные, а иногда двусмысленные условия при повседневных обычных операциях достаточно сложно. Проверять же каждый раз такую систему тарифов достаточно неудобно, поскольку это может занимать много времени, а также требовать математических расчетов.

В этих условиях представляется соответствующим принципу добросовестности заблаговременное предупреждение клиента, являющегося простым гражданином, о том, что за определенную операцию взимается комиссия. Если такого напоминания клиенту не было, взимание комиссии не должно допускаться. При этом предупреждение о комиссии должно быть организовано таким образом, чтобы владелец счета имел возможность без каких-либо финансовых издержек отказаться от соответствующей операции. Если банк прибегает к услугам иных небанковских организаций, он продолжает нести ответственность за исполнение своих обязательств по договору банковского счета надлежащим образом и поэтому в силу ст. 403 ГК РФ несет ответственность за таких лиц. Соответственно, комиссия, взимаемая такими посредниками, не может взиматься с клиента, если он не был согласен на ее уплату.

Применительно к случаям снятия наличных с карты посредством банкомата обязанность такого предупреждения о применении комиссии установлена в ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности. При этом кажется очевидным, что такой же охраняемый законный интерес владельцев счетов должен защищаться правопорядком при любой банковской операции независимо от того, каким техническим средством она осуществляется и для каких целей производится. Каждый имеет право знать, к чему он обязывается при совершении того или иного действия, а обыватель, совершая платежи со своего счета, должен иметь право получить автоматическое напоминание о применимой комиссии. Впрочем, технические аспекты реализации этой идеи применительно к различным способам распоряжения средствами на счете (например, при оплате покупок на сайте интернет-магазина,

при оплате покупок по карте с использованием терминала) и возможные исключения могут обсуждаться.

1.4. Одностороннее изменение банком условий о плате за отдельные операции и дополнительные услуги. Комментируемая статья не устанавливает никаких правил в отношении определения размера платы, что означает ее определение по соглашению сторон. На практике для типизированных видов счетов банки не согласовывают размер платы в каждом конкретном случае, объявляя публично о применяемых тарифах в отношении того или иного вида счета. Заключая соответствующий договор, клиент банка тем самым соглашается и на установленные тарифы за счет включения в договор соответствующей отсылки к перечню тарифов. При этом возникает вопрос о допустимости изменения платы за те или иные услуги банка в одностороннем порядке с распространением измененных тарифов на уже заключенные договоры, если право на соответствующее изменение законом не предусмотрено, но предусмотрено договором. Коль скоро в законодательстве не содержится специального регулирования на сей счет, применению, казалось бы, подлежит общий правовой режим изменения условий обязательства (п. 1–2 ст. 310 ГК РФ). Применение этих правил ГК РФ означает, что одностороннее изменение условий договора об оплате услуг банка по общему правилу не допускается. Включение же в договор условия, дающего банку право менять тарифы, в отношениях с гражданами, не осуществляющими предпринимательскую деятельность, а также некоммерческими организациями и публичными образованиями не допускается, тогда как в отношении счетов, открытых индивидуальным предпринимателям и коммерческим организациям, такое условие может быть предусмотрено договором.

В то же время, учитывая делящийся и потенциально бессрочный характер отношений по договору банковского счета, а также отсутствие у банка по общему правилу возможности произвольно отказаться от договора, представляется, что жесткий запрет изменения платы по некоторым услугам может привести к объективному противоречию между издержками банка на оказание услуг с учетом изменения тех или иных обстоятельств, с одной стороны, и зафиксированным в договоре неизменным размером оплаты услуг — с другой. Например, известны случаи, когда изменение законодательства влечет существенное увеличение издержек в соответствующей отрасли экономики. Современные банковские технологии широко используют электронные базы данных. Известные изменения правового регулирования в данной области привели к существенному возрастанию издержек компаний, которые работают с этими базами данных. То же касается и возло-

жения на банки все большего числа публично-правовых функций, связанных с применением Закона о противодействии легализации доходов. Связанность прежними условиями договоров в отношении тарифов может нарушать объективно обоснованные экономические потери банка по операциям. При этом, наверное, далеко не всегда такие случаи подпадут под правовой режим ст. 451 ГК РФ, который дает в предусмотренных в ней случаях право требовать по суду, в частности, изменения соответствующих условий договоров.

В этом плане можно обсуждать вопрос о допустимости признания в отношении договоров с любым субъектным составом законности условий договора о праве банка на одностороннее изменение тарифов, применимых к конкретным договорам банковского счета, если а) клиент был оповещен о таком изменении заблаговременно и получил реальную возможность оценить адекватность новых тарифов и закрыть счет до начала применения новых ставок и б) повышение тарифов соответствует требованиям разумности и добросовестности (п. 4 ст. 450 ГК РФ). Даже если банк заблаговременно известил клиента о применении нового тарифа, такое повышение тарифов применительно к п. 4 ст. 450 ГК РФ должно быть признано ничтожным, если банк вдруг решил установить, по сути, запретительную комиссию за снятие денег со счета наличными или за перевод на счета клиента или третьих лиц в другие банки в размере, скажем, 10% от суммы снятия.

2. Порядок взимания платы. Если договором предусмотрена плата за услуги банка по договору банковского счета, необходимость в определенности отношений сторон договора требует установить, когда она уплачивается и каким способом она подлежит уплате клиентом. Чаще всего время и модус оплаты услуг банка определяются самим договором. Обычно в договорах предусматривается, что плата взимается ежемесячно посредством безакцептного списания денежных средств со счета клиента. Некоторые виды банковской комиссии взимаются при совершении соответствующей операции (например, комиссия за осуществление платежа на счет в стороннем банке).

В тех, видимо, весьма редких случаях, когда ни темпоральный аспект платы, ни его модус договором не предусмотрены, комментируемая норма устанавливает, что плата за услуги банка уплачивается ежеквартально за счет денежных средств клиента, находящихся на счете.

Вопрос о том, представляет ли такое списание со счета клиента его долга по оплате услуг банка зачет, в нашем праве и судебной практике в полной мере не разрешен (подробнее см. комментарий к ст. 853 ГК РФ).

Если договором предусмотрен овердрафт, при недостаточности денежных средств на счете комиссия не может быть взыскана за счет кредита банка, если иное не предусмотрено договором.

Статья 852. Проценты за пользование банком денежными средствами

1. Если иное не предусмотрено договором банковского счета, за пользование денежными средствами, находящимися на банковском счете клиента, банк уплачивает проценты в размере, определяемом договором банковского счета, сумма которых зачисляется на счет.

Сумма процентов зачисляется на счет в сроки, предусмотренные договором, а в случае, когда такие сроки договором не предусмотрены, по истечении каждого квартала.

2. Если в договоре банковского счета не определен размер процентов, указанных в пункте 1 настоящей статьи, проценты уплачиваются в размере, обычно уплачиваемом банком по вкладам до востребования (статья 838).

Комментарий

1. Процент. Банки извлекают выгоду из остатков по банковским счетам своих клиентов. Данные остатки служат основанием для определения суммы кредитов, которые может выдавать банк. Чем больше сумма остатков на счетах клиентов, тем большую сумму кредитов может выдать банк (с учетом нормативов резервирования). Это положение вещей определяется банковскими нормативами, которые устанавливает на основании закона Банк России, регулируя тем самым не только финансовую стабильность банков, но также эмиссию безналичных денежных средств. Этот и целый ряд других экономических факторов побуждают банки к максимально широкому привлечению клиентов. Одним из факторов в конкурентной борьбе банков за клиента является установление в договоре банковского счета условия о выплате банком в пользу владельца счета процентов.

Несмотря на то что закон оперирует понятием «пользование денежными средствами, находящимися на счете», в действительности в юридико-техническом смысле никакого пользования не происходит. Денежные средства, отражаемые на счете клиента, фиксируют обязательства банка перед клиентом. Пользование денежными средствами следует понимать в экономическом, а не в юридическом смысле: имеется в виду получение банком правовой возможности кредитования

третьих лиц за счет соответствующих средств, привлеченных от клиентов, а также финансирования своей обычной деятельности.

1.1. При каких условиях начисляются проценты? Проектом концепции реформы ГК РФ предполагалось изменить как название, так и содержание редакции комментируемой нормы исходя из следующего. Из ст. 852 ГК РФ следует, что проценты за пользование денежными средствами банк уплачивает только в случае, когда соответствующая денежная сумма находится на счете. При этом в тех случаях, когда банк, исполняя поручение клиента, списывает необходимую сумму со счета, но не перечисляет ее по назначению, в том числе ввиду недостаточности денежных средств на корреспондентском счете, указанные проценты не начисляются. Из этого исходит судебная практика (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5), имея в виду необходимость буквального применения закона. Между тем с экономической точки зрения такое положение вещей тождественно несвоевременному возврату займа (ст. 811 ГК РФ), при котором предусматривается взимание процентов как за пользование денежными средствами, так и за просрочку по ст. 395 ГК РФ или неустойки. Сохранение различного правового положения для займодавца при просрочке возврата займа и для клиента при неисполнении поручения о перечислении денежных средств не имеет под собой каких-либо оснований. Это может быть квалифицировано как недопустимое нарушение принципа равенства. Поэтому предполагалось изменить ст. 852 ГК РФ, с тем чтобы при несвоевременном перечислении средств со счета банк уплачивал не только установленную законом или договором неустойку (ст. 856 ГК РФ), но и проценты за пользование денежными средствами за период с момента их списания со счета клиента и до их перечисления на счет банка получателя (регулятивные проценты). Для этих целей в первоначальном Проекте реформы ГК РФ¹ предусматривалось изменение наименования данной статьи, а именно исключение из ее названия указания на то, что проценты начисляются на денежные средства, *находящиеся на счете*. Кроме этого, предлагалось в тексте данного пункта прямо указать на то, что проценты начисляются также на суммы, несвоевременно зачисленные банком на счет клиента или несвоевременно перечисленные со счета.

С 1 июня 2018 г. наименование и редакция данной нормы действуют в измененном виде, однако названные выше предложения были воплощены в законе недостаточно последовательно.

Из названия статьи исключено указание на то, что она посвящена начислению процентов на денежные средства, находящиеся на счете.

¹ См. также Проект концепции реформы ГК РФ.

Однако в тексте самой статьи отсутствует указание на начисление процентов также и на суммы, несвоевременно зачисленные банком на счет клиента или несвоевременно перечисленные со счета. Таким образом, законодатель расчленил нормативный материал, преследующий установление ясности в отношениях сторон.

Поскольку в тексте комментируемого пункта осталось указание на то, что проценты начисляются на денежные средства, находящиеся на счете, название статьи оказалось не соответствующим ее содержанию. На первый взгляд изложенное позволяет сделать вывод, что законодатель не воспринял предлагаемые реформой изменения, и регулятивные проценты за пользование не должны начисляться на суммы, несвоевременно зачисленные банком на счет клиента или несвоевременно перечисленные после списания с его счета. Однако это не так. Систематическое толкование норм гл. 45 ГК РФ позволяет прийти к обратному выводу. В новой редакции ст. 856 ГК РФ указано на то, что в случаях несвоевременного зачисления банком на счет клиента поступивших клиенту денежных средств либо их необоснованного списания со счета, а также невыполнения или несвоевременного выполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета банк обязан уплатить на эту сумму проценты в порядке и в размере, которые предусмотрены ст. 395 ГК РФ, независимо от уплаты процентов, предусмотренных п. 1 ст. 852 ГК РФ. Хотя данная редакция несвободна от различного ее истолкования (см. комментарий к данной статье), с учетом изложенного выше, а также на основании систематического и телеологического методов толкования следует заключить, что регулятивные проценты (проценты за пользование), если их начисление не исключено договором, подлежат начислению как на суммы остатка по счету, так и на суммы, несвоевременно зачисленные банком на счет клиента или несвоевременно перечисленные после списания с его счета.

1.2. Диспозитивность. Пункт 1 ст. 852 ГК РФ является диспозитивным. Соответственно, согласно общему правилу проценты по счету подлежат начислению и зачислению на счет. Размер процентов определяется либо договором, либо в соответствии с п. 2 данной статьи. Но договором банковского счета может быть предусмотрено, что проценты по счету не начисляются вовсе. Пользуясь этим, некоторые крупные банки именно такое условие и включают в свои стандартные проформы договоров счета, предлагаемые клиентам. В некоторых других случаях на практике договоры банковского счета предусматривают минимальную и максимальную суммы остатка по счету, которые обуславливают возникновение (прекращение) обязанности банка по процентам.

1.3. Порядок уплаты процентов. Уплата процентов является денежным обязательством банка. Формально-юридически проценты начисляются ежедневно, следовательно, число притязаний клиента к банку равно числу дней процентного периода. Поэтому закон оперирует понятием «сумма процентов», т.е. результат сложения всех притязаний клиента за процентный период. Практическое проявление этого правового режима проявляется при расторжении договора. В данном случае, если иное не предусмотрено договором, банк обязан исчислить проценты за неполный процентный период и уплатить их клиенту, причислив к выдаваемому (перечисляемому) остатку по счету.

Согласно комментируемому пункту начисленные проценты по общему правилу подлежат зачислению на тот же счет, в связи с остатком по которому они были начислены, что, по сути, означает капитализацию процентов. После причисления процентов к счету они преобразуются в остаток по счету, утрачивая свой особый характер дополнительного притязания клиента. Но договором может быть предусмотрен иной порядок уплаты процентов (например, перечисление их на некий иной счет клиента).

После зачисления начисленных процентов на счет (капитализации процентов) на будущее новые проценты по счету начисляются уже с учетом увеличенного остатка на счете.

С учетом того, что проценты рассчитываются за каждый день, сумма начисленных за соответствующий день процентов производна от остатка на банковском счете, имевшем место в этот конкретный день.

1.4. Срок зачисления процентов на счет. Срок уплаты (зачисления на счет) начисленных процентов не является существенным условием, хотя на практике он обычно устанавливается в договоре и чаще всего бывает месячным, т.е. проценты зачисляются на счет (или, если это указано в договоре, выплачиваются клиенту в ином порядке) в конце каждого месяца или в начале следующего месяца. По условиям договора банки нередко используют две модели уплаты процентов для вновь заключенных договоров. Первая модель основана на определении месячного срока от даты заключения договора. Вторая модель использует календарный месяц. Следовательно, когда договор заключен не с первого числа месяца, проценты уплачиваются в размере части месячного объема за остаток месячного срока, а на следующий месяц — в полном объеме.

2. Диспозитивная ставка процента. С 1 июня 2018 г. п. 2 ст. 852 ГК РФ действует в измененной редакции, однако это изменение совершенно не затрагивает существо установленного здесь правила, являясь,

скорее, стилистическим. Трудно предположить, какие мотивы были положены в обоснование необходимости такого изменения.

Чаще всего договоры банковского счета содержат условие о том, что проценты по счету не уплачиваются, либо в договоре устанавливается их размер. Если же стороны не установили проценты в договоре и при этом не указали, что они не уплачиваются, действует презумпция процентности, а в силу диспозиции данной нормы проценты подлежат уплате в размере, обычно уплачиваемом банком по вкладам до востребования (ст. 838 ГК РФ) (Постановление Президиума ВАС РФ от 2 октября 2012 г. № 3065/12).

Упоминание об обычно уплачиваемых процентах по вкладам до востребования может вызывать вопрос о том, какие именно проценты имеются в виду. Этот вопрос инспирируется добавлением слова «обычно». Если законодатель имел в виду, что размер процентов должен определяться в соответствии с заключенными договорами банковского вклада до востребования, то употребление слова «обычно» представляется излишним. Если законодатель имел в виду, что «обычный размер процентов» обозначает среднюю величину процентов за весь период вкладных операций, то такой подход разошелся бы с экономической сутью данных процентов. Возможно, законодатель с помощью использования обсуждаемого слова предполагал решить такую ситуацию, когда в соответствующий момент времени заключения договора банковского счета в данном банке не имеется ни одного договора банковского вклада до востребования; тогда берется обычный процент, который банк взимал ранее.

Если же банк вовсе не привлекает и не привлекал ранее денежные средства во вклады до востребования, то, видимо, имеются основания для применения той ставки процента, которую взимают другие банки. Данные рассуждения в значительной степени не представляют собой практической проблемы, поскольку банки как профессиональные и квалифицированные субъекты редко забывают установить такое центральное условие договора, как ставка процентов по счету, или прямо исключить начисление процентов.

Статья 853. Зачет встречных требований банка и клиента по счету

Денежные требования банка к клиенту, связанные с кредитованием счета (статья 850) и оплатой услуг банка (статья 851), а также требования клиента к банку об уплате процентов за пользование денежными

средствами (статья 852) прекращаются зачетом (статья 410), если иное не предусмотрено договором банковского счета.

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

Комментарий

(а) Право банка на зачет и его ограничения. Как и во многих других случаях, взаимоотношения сторон в гражданском обороте вообще и по договору в частности могут приводить к возникновению у сторон встречных однородных требований. В таких случаях по общему правилу каждая из сторон вправе прекратить свое обязательство зачетом встречного однородного требования, срок по которому наступил (ст. 410 ГК РФ).

Абзац 1 комментируемой статьи выделяет отдельные встречные требования со стороны банка и со стороны клиента. На стороне банка указываются два требования к владельцу счета:

- требование, связанное с кредитованием счета (ст. 850 ГК РФ);
- требование, связанное с оплатой услуг банка (ст. 851 ГК РФ).

На стороне клиента выделяется только одно требование — требование об уплате процентов за пользование денежными средствами (ст. 852 ГК РФ).

Указание в норме некоторых требований, которые прекращаются зачетом, может быть истолковано в том смысле, что другие требования зачетом прекратиться по инициативе банка не могут. Статья 411 ГК РФ предусматривает, что в законе могут быть предусмотрены случаи недопустимости зачета требований. Соответственно, при таком толковании комментируемая статья превращается в ограничитель свободы зачета за рамками указанных в ней случаев.

Судебная практика исходит именно из такого толкования данной нормы. Более того, она настаивает на том, что указание в абз. 1 комментируемой статьи на возможность согласовать иное должна пониматься ограничительно: стороны не могут в договоре расширить список требований, способных к зачету, а могут лишь еще сильнее ограничить возможности зачета, запретив зачет в отношении тех требований, которые в комментируемой норме указаны. ВАС РФ в свое время закрепил, что договором банковского счета не может быть дополнен перечень

встречных требований банка и клиента, в отношении которых в силу п. 1 названной статьи допускается зачет. Однако в соответствии с данной нормой договором банковского счета может быть исключен зачет и этих требований. В то же время ВАС РФ установил, что, если договор банковского счета расторгнут, в силу общих положений ГК РФ о зачете (ст. 410) может быть применен зачет требований клиента к банку о возврате остатка денежных средств и требований банка к клиенту о возврате кредита и исполнении иных денежных обязательств, срок исполнения которых наступил (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Насколько данную норму в ее вышеуказанном жестком истолковании следует понимать буквально? Так, например, может возникнуть вопрос о допустимости зачета в отношении тех требований клиента к банку, которые, строго говоря, не являются процентами за пользование банком денежными средствами на счете клиента (ст. 852 ГК РФ). Например, у клиента имеется требование к банку о причислении к счету сумм накопленного кэшбэка или каких-либо иных денежных бонусов, а у банка имеются требования о возврате сумм овердрафта и процентов на него. Если придерживаться строго буквального толкования закона, зачет по инициативе банка здесь невозможен, так как не соответствует тем случаям, которые указаны в комментируемом пункте.

Как бы то ни было, из этих разъяснений ВАС РФ однозначно следует, что Суд не допускает возможность заявления банком зачета с целью погашения своего долга в пределах остатка по счету (до расторжения договора), банк может производить зачет только в отношении своих дополнительных требований по оплате услуг банка и погашению овердрафта и встречных требований клиента о выплате процентов. Средства на счете (т.е. основной долг банка перед клиентом) зачетом погашены быть не могут. Это ограничение в целом следует признать разумным. Во-первых, оно обеспечивает надежность остатка на банковском счете. Во-вторых, этот подход догматически оправдан, ибо требование вкладчика по счету носит характер «до востребования». Осуществление в таких условиях банком зачета принуждает клиента принять досрочное погашение им своего требования, что некорректно.

Все эти ограничения, возможно, не столь драматичны с учетом двух соображений.

Во-первых, закон в ряде случаев допускает право банка осуществить безакцептное списание средств со счета клиента в счет его долга перед банком. Например, п. 2 ст. 851 ГК РФ устанавливает, что плата за услуги банка может взиматься банком по истечении каждого

квартала из денежных средств клиента, находящихся на счете, если иное не предусмотрено договором банковского счета. А это погашение денежного требования банка к клиенту за счет дебетования счета клиента в одностороннем порядке представляет собой своего рода аналог зачета.

Во-вторых, в соответствии с договором у банка, как правило, имеется право на безакцептное списание денежных средств со счета в целях погашения тех или иных требований банка к клиенту (например, по овердрафту или иному выданному кредиту). При этом возможность согласования в договоре такого списания или даже выражения клиентом своего согласия на такое списание допускается законом (п. 3 ст. 845 и п. 2 ст. 854 ГК РФ), что фактически позволяет игнорировать выводимый ВАС РФ из толкования комментируемой статьи запрет на расширение договором свободы совершения зачета для случаев, когда зачитываемое требование клиента к банку представляет собой «тело» остатка по счету.

Вопрос о том, действительно ли безакцептное списание банком со счета клиента в счет его требований к клиенту есть форма зачета или институт особого рода, близкий, но не идентичный зачету, может вызывать дискуссии. Они носили бы в основном чисто теоретический характер, если бы не действующий в России запрет на зачет в банкротстве. Сейчас в судебной практике встречаются споры, в которых встает вопрос о том, вправе ли банк в свете упомянутого запрета на зачет в банкротстве воспользоваться своим правом на безакцептное списание со счета клиента-заемщика денежных средств в счет кредитного долга последнего после того, как банк попал под процедуры банкротства, но однозначная картина пока не сложилась. В одном определении Суд признал такое списание зачетом и подвел под запрет зачета в банкротстве, в другом исходил из обратного подхода (см. определения КГД ВС РФ от 31 июля 2018 г. № 7-КГ18-13 и от 5 июня 2018 г. № 11-КГ18-5; подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 810 ГК РФ).

(б) Право или обязанность. Комментируемая статья может создавать видимость того, что для банка осуществление зачета является обязанностью. Впрочем, статья отсылает к правилам ст. 410 ГК РФ, а общие правила о зачете не обязывают никого заявлять о нем, а лишь предоставляют сторонам такое секундарное (преобразовательное) право. Вопрос является не вполне разрешенным. В пользу варианта обязанности совершить зачет могут быть приведены определенные аргументы, связанные с тем, что клиент (особенно если это простой

гражданин) может не знать о возможности заявить зачет, и можно обсуждать некую фидуциарную обязанность позаботиться о клиенте и заявить зачет самому.

(в) Уведомление о зачете. Редакция абз. 2 данной статьи может привести к выводу о том, что зачет по соответствующим требованиям в рамках отношений по договору банковского счета обладает некоторой спецификой по сравнению с зачетом, предусмотренным ст. 410 ГК РФ. Дело в том, что по общему правилу право на зачет, является вторичным (преобразовательным) правом, которое может реализовываться посредством односторонней сделки. Причем, по доминирующему воззрению, данная сделка относится к такой разновидности односторонних сделок, которые для наступления правового эффекта требуют восприятия волеизъявления адресатом зачета. Это подтверждается и судебной практикой (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

При этом в комментируемой норме указано на обязанность проинформировать клиента о *произведенном* зачете. Согласно данной норме информирование осуществляется в порядке и сроки, предусмотренные договором, а если эти положения в договоре отсутствуют, информирование о зачете производится одновременно с предоставлением информации о состоянии счета.

Указание в законе на то, что о произведенном зачете банк обязан информировать клиента в определенные сроки, может натолкнуть на мысль, что зачет происходит и до доставки клиенту заявления о зачете: банк просто уменьшает остаток по счету клиента на сумму, соответствующую однородным требованиям банка к клиенту, и обязан лишь довести до последнего информацию о таком списании в сроки, которые обычно установлены для извещения клиента о состоянии счета и операций по нему. Впрочем, острота проблемы в какой-то степени устраняется тем, что современные банковские технологии (в том числе мобильные) в настоящее время, по существу, предоставляют информацию клиенту в реальном времени (в режиме онлайн).

При этом следует учитывать, что согласно ст. 410 ГК РФ для заявления зачета необходимо, чтобы срок требования заявителя зачета к адресату зачета уже наступил (или не был указан либо был определен моментом востребования). Если по условиям договора у клиента срок оплаты услуг банка или погашения овердрафта еще не наступил, банк не может заявить зачет. Требование наступления срока понимается ВС РФ как необходимость наступления просрочки по указанному требованию (Определение КГД ВС РФ от 27 марта 2018 г. № 38-КГ18-4).

Соответственно, если срок оплаты услуг банка определен в виде периода времени с момента оказания услуг, и этот срок еще не истек, банк не может заявить зачет. Такое понимание условий допустимости зачета небесспорно, так как не вполне согласуется с грамматическим толкованием понятия «наступление срока» (ибо в случае выражения срока в виде периода времени «наступление срока» означает начало исчисления этого периода и должно отличаться от понятия «наступление просрочки»), а также с системным толкованием (ибо указание в ст. 410 ГК РФ на возможность заявления зачета в ситуации, когда по требованию заявителя зачета срок установлен в виде срока до востребования, предполагает, что для заявления зачета не требуется вначале заявлять о востребовании, выждать семь установленных в п. 2 ст. 314 ГК РФ льготных дней и начала просрочки). Впрочем, в пользу позиции ВС РФ также могут быть приведены определенные аргументы (в первую очередь связанные с тем, что заявление о зачете до истечения срока для исполнения обязательства в каком-то смысле лишает адресата зачета возможности воспользоваться согласованным в договоре периодом кредитования в виде отсрочки платежа). Как бы то ни было, данная проблема выходит за рамки настоящего комментария.

В общем и целом наличие или отсутствие специфики у банковского зачета по договору банковского счета требует дополнительного исследования, которое пока не имеет эмпирической базы для его реализации.

(г) Заявитель зачета. Также следует отметить и такую особенность, как указание в законе на то, что зачет осуществляется банком, тогда как при наличии встречных однородных требований, срок по которым наступил, по общему правилу о зачете может заявить (осуществить зачет) каждая сторона. Более того, как уже отмечалось, редакция комментируемой нормы может давать определенные основания полагать, что банковский зачет является не правом, а обязанностью банка.

Как к этому стоит относиться? Даже если признать специфичность правил о банковском зачете, клиент не должен лишаться права на зачет, если по каким-либо причинам банк его не осуществил. Комментируемая норма направлена на защиту интереса не только банка, но и клиента, и ее толкование не должно умалять интерес последнего в ущерб общим правилам ГК РФ о зачете. Нет никаких политико-правовых оснований ставить банк и клиента в данном аспекте в неравное положение и умалять права клиента как должника по денежному обязательству в сравнении с правами иных должников по таким обязательствам. Буквальное толкование данной нормы представляется

просто неконституционным. Поэтому, возможно, имеются основания толковать ее в этом аспекте *contra legem* и исходить из того, что указание в ней на то, что зачет производит банк, не исключает и право клиента заявить зачет в силу общих правил ст. 410 ГК РФ. В последней ситуации, если зачет затрагивает требование клиента к банку в пределах остатка по счету, банк после получения заявления о зачете от клиента обязан отразить по счету клиента результаты зачета на соответствующую сумму.

Клиент может заявить зачет как в отношении своего дополнительного требования к банку (по уплате процентов и т.п.), так и в отношении своего основного денежного требования в пределах остатка по счету. Данному толкованию не противоречит и то, что по договору банковского счета обязательство банка перед клиентом в отношении остатка на счете, по сути, носит характер обязательства до востребования. Ведь ст. 410 ГК РФ дает кредитору по обязательству до востребования права заявлять зачет, не производя предварительно то самое востребование.

В судебной практике имеются примеры, когда суд соглашался с правомерностью зачета, который осуществлен клиентом после расторжения договора банковского счета (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 января 2002 г. № 308/01), однако по мотивам, указанным выше, оснований для ограничения прав клиента для зачета при действующем договоре банковского счета не имеется.

Так, например, если у клиента возникла некая денежная задолженность перед банком (по возврату кредита, по оплате каких-либо услуг и т.п.), а у самого клиента имеются денежные средства на счете в том же банке (т.е. обязательственное денежное требование к такому банку в пределах остатка по счету), клиент может заявить о зачете, и банк тогда должен уменьшить остаток по счету на соответствующую сумму. Впрочем, куда проще клиенту просто осуществить распоряжение своими средствами на счете, направив их на погашение своей задолженности перед банком.

(д) Арест счета. Еще одно ограничение к зачету выявлено в судебной практике для случая ареста денежных средств на счете. В силу ч. 3 и 6 ст. 81 Закона об исполнительном производстве арест может быть наложен как на денежные средства, находящиеся в банке или иной кредитной организации на имеющихся банковских счетах (расчетных, депозитных) и во вкладах должника, так и на средства, которые будут поступать на счета и во вклады должника в будущем (накопительный характер ареста). В этом случае исполнение постановления судебного

пристава-исполнителя об аресте денежных средств осуществляется по мере их поступления на счета и вклады, в том числе открытые после получения банком данного постановления.

При этом согласно п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 арест денежных средств на банковских счетах должника означает запрет их списания в пределах суммы, указанной в исполнительном документе, а также запрет банку (кредитной организации) заявлять о зачете своего требования к должнику, являющемуся его клиентом. Иначе говоря, по мысли ВС РФ, указывать прямо на запрет зачета в постановлении об аресте нет нужды, поскольку такой запрет подразумевается.

С учетом цели ареста денежных средств на счете, а также принимая во внимание предлагаемое выше в п. «Г» комментария к настоящей статье толкование данной нормы, допускающее и право клиента на заявление зачета, запрет зачета должен быть адресован не только банку, но и клиенту.

Последствие нарушения такого вытекающего из ареста подразумеваемого запрета, видимо, должно состоять в ничтожности заявления о зачете. Применение здесь крайне неудачной нормы п. 2 ст. 174 ГК РФ о судьбе сделок, совершенных в нарушение установленных судом ограничений по распоряжению имуществом, невозможно, так как телеологическое толкование п. 2 ст. 174 ГК РФ подсказывает, что гипотеза данной нормы охватывает только сделки, направленные на перенос права на некое имущество (сингулярное правопреемство), а не на сделки, влекущие исключительно правопрекращающий эффект. В условиях, когда здесь не вполне применимо и положение п. 1 ст. 174 ГК РФ, логично признавать такой зачет ничтожным по правилам п. 2 ст. 168 ГК РФ.

В то же время может быть поставлен вопрос о целесообразности допущения зачета с учетом ретроактивного его действия в том случае, когда основания для зачета возникли до наложения ареста (в том числе учитывая обеспечительную функцию зачета). Однако данный вопрос, видимо, можно обсуждать, скорее, теоретически, поскольку судебная практика пока не признает обеспечительной функции зачета. Признание допустимости ретроактивного зачета при аресте денежных средств на счете в современной практике, видимо, пока нереалистично.

(е) Возможность заблокировать право зачета. Как и общее правило о зачете (ст. 411 ГК РФ), комментируемая статья устанавливает возможность согласовать в договоре счета невозможность заявить зачет. При наличии такого условия зачет как односторонняя сделка просто

не будет влечь правовых последствий (п. 50–51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Статья 854. Основания списания денежных средств со счета

1. Списание денежных средств со счета осуществляется банком на основании распоряжения клиента.

2. Без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается по решению суда, а также в случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и клиентом.

Комментарий

1. Распоряжение клиента. В силу принципа автономии воли распоряжение денежными средствами, находящимися на счете, осуществляется по общему правилу самим клиентом, по его воле и в его интересе. Денежные средства на счете не являются вещью, но отражают размер обязательственного требования одного лица (клиента) к другому лицу (банку). В силу принципа относительности обязательств третье лицо по общему правилу не может вторгаться в эти отношения, поскольку это нарушило бы свободу и приватность сторон обязательства. В этом смысле притязание владельца счета в отношении действий банка в известном смысле имеет некоторые черты абсолютности. Последние понимаются в таком аспекте, который по общему правилу исключает списание денежных средств со счета помимо воли (без распоряжения) клиента. Более того, списание денежных средств без распоряжения владельца, опять же по общему правилу, запрещено и самому банку, поскольку он связан законом и заключенным на его основании договором банковского счета. Юридическая судьба денежных средств определяется только клиентом, за исключением случаев, когда на основании закона или договора допускается списание денежных средств помимо воли владельца счета.

Термин «списание денежных средств» в контексте комментируемой статьи следует понимать широко. Общее правило таково, что банк по общему правилу не вправе совершать никаких действий с денежными средствами помимо воли владельца счета. И напротив, по его воле он обязан совершать все те действия, совершение которых следует из закона и условий договора.

Широкое понимание позволяет заключить, например, что и выдача наличных денег со счета не может производиться без распоряжения

клиента. В противном случае пришлось бы прийти к очевидно ошибочному суждению, что списание денежных средств со счета можно произвести по распоряжению клиента, а выдать деньги наличными можно кому угодно. Ясно, что последнее немыслимо. Другой пример – это конвертация денежных средств по мультивалютным счетам. Такая операция, независимо от того, учитываются ли денежные средства на одном счете или на нескольких, также недопустима без распоряжения клиента.

Распоряжение клиента тоже следует понимать широко. За этим термином стоят всякие волеизъявления клиента по счету, которые предусмотрены законом и договором. Для реализации своих прав клиенту надлежит выдавать распоряжения в предусмотренном законом и договором порядке.

Распоряжение по счету может иметь разное название в зависимости от характера осуществляемой банковской операции или применяемой формы безналичных расчетов (ч. 1 ст. 5 Закона о национальной платежной системе). Например, юридическое лицо перечисляет другой организации безналичные денежные средства, как правило, на основании платежного поручения, распоряжения организации о снятии наличных денег в кассу со своего банковского счета нередко облакаются в форму чека и т.п. Общие правила о порядке оформления, приема и исполнения распоряжений клиента о переводе денежных средств содержатся также в ст. 8 Закона о национальной платежной системе.

В современных условиях подавляющее большинство распоряжений по счету клиенты совершают посредством электронных средств платежа (например, прописывая данные своей банковской карты на сайте интернет-магазина и кликая «оплатить», прикладывая карту к платежному терминалу на кассе супермаркета, снимая наличные в банкомате, производя перевод денег на счет третьего лица через специальное приложение на смартфоне или в системе «банк – клиент»). Возможность использования таких средств обычно предусматривается в договоре между банком и клиентом (п. 3 ст. 846 ГК РФ).

1.1. Распоряжение с отложенным механизмом реализации. Распоряжение может касаться конкретной операции по снятию наличных со счета, перечислению их третьим лицам или в пользу самого банка. Оно должно быть исполнено в сжатые сроки, речь о которых идет в ст. 849 ГК РФ (на практике в большинстве случаев немедленно, но по общему правилу на следующий день).

Но такое распоряжение может быть сделано и заранее и касаться множества операций по списанию денег в пользу банка или указанных

в нем третьих лиц на будущее с отложенным механизмом реализации. Здесь возможны три варианта таких распоряжений.

Во-первых, это может быть распоряжение о списании денег со счета при поступлении от указанных в распоряжении третьих лиц платежных документов (инкассового поручения или платежного требования). К распоряжению клиента по счету, на основании которого допускается списание денежных средств, судебная практика относит заранее данный акцепт клиента, предусмотренный ст. 6 Закона о национальной платежной системе (Определение КГД ВС РФ от 11 октября 2016 г. № 59-КГ16-14). Это распоряжение о безакцептном списании в будущем может предполагать обязанность банка списать соответствующую сумму при поступлении платежного документа от третьего лица (например, организации ЖКХ).

Во-вторых, под таким заранее данным акцептом может пониматься и распоряжение, дающее самому банку право безакцептно списывать со счета суммы, составляющие задолженность клиента перед этим банком (например, по оплате услуг банка или погашению овердрафта). При этом такое распоряжение может быть выражено и в виде условия в кредитном договоре в случае, когда банковский счет открыт в том же банке, в котором получен кредит (Определение КГД ВС РФ от 11 октября 2016 г. № 59-КГ16-13).

В-третьих, это распоряжение может быть направлено на возложение на банк обязанности осуществлять автоматическое перечисление со счета клиента в адрес указанного третьего лица или списание денег в пользу самого банка по некоему графику определенной суммы (например, фиксированной ежемесячной оплаты за Интернет). В таких ситуациях нередко говорят об опции «автоплатеж». В современных банковских интерфейсах клиент часто может сам настроить автоматическое периодическое перечисление денежных средств в адрес самого банка (например, при погашении кредита) или в адрес третьих лиц.

Эти варианты распоряжений клиента могут быть указаны как условие договора банковского счета или иного договора между клиентом и банком или выражены в виде отдельного волеизъявления, сделанного в адрес банка (в том числе посредством электронного средства платежа). С указанными распоряжениями не следует путать условия договора между клиентом-плательщиком и неким конкретным получателем перевода. Такой договор (например, договор поставки) может содержать условие о праве поставщика предъявлять к счету покупателя платежные требования или инкассовые поручения. Наличие данного условия, по сути, обязывает покупателя выразить своему банку распоряжение (тот самый «заранее данный акцепт») с указанием соот-

ветствующего поставщика и поручить банку в дальнейшем исполнять поступающие от данного поставщика платежные требования в пределах той или иной суммы. Но само по себе включение в договор между поставщиком и покупателем таких условий еще не означает выражение поставщиком (клиентом банка) того самого распоряжения по счету, поскольку распоряжение — это уже плоскость отношений клиента и банка. Клиент (в нашем примере — поставщик) в силу своего договора с контрагентом может быть обязан такое распоряжение сделать, но если он его не сделает, банк не вправе списывать со счета клиента деньги на основании платежных документов, пришедших от третьих лиц, при отсутствии установленных в законе оснований. В такой ситуации клиент будет нести ответственность перед своим кредитором за нарушение договора, но не более того.

Иными словами, банк не вправе списывать денежные средства со счета клиента только на том основании, что в договоре клиента со своим контрагентом, претендующим на списание, имеется условие о безакцептном списании. Такое условие должно быть в договоре банковского счета или изъявлено клиентом в адрес банка в виде отдельного распоряжения с действием на будущее. При этом надо заметить, что и в этом последнем случае контрагент клиента не имеет гарантии безакцептного списания со счета, поскольку в силу принципа автономии воли клиент может отозвать свое заранее данное распоряжение, допускающее безакцептное списание (подробнее см. п. 1.2 комментария к настоящей статье).

Именованное списание со счета клиента во исполнение таких заранее данных распоряжений самого клиента в отношении будущих операций «безакцептным списанием» можно. Этот термин, возможно, не самый удачный, но лучше нередко используемого в нормативных правовых актах (например, ч. 3 ст. 6 Закона о национальной платежной системе) для описания подобной конструкции термина «заранее данный акцепт», так как акцепт есть согласие на оферту, и выражать акцепт до получения оферты несколько странно. В любом случае «безакцептность» не должна затмевать того факта, что банковская операция осуществляется на основе распоряжения клиента, т.е. во исполнение его волеизъявления. В момент совершения банковской операции по внешней видимости непосредственного изъяснения воли владельца счета не наблюдается, но очевидно, что оно было сделано ранее. Учитывать этот аспект необходимо не только для доктринальной стройности квалификации данного явления — он может иметь вполне практический выход. Например, если клиент банка допустит ошибку в настройках программы в отношении тех или иных параметров будущего списания

денежных средств с его счета, он не вправе возместить свои потери за счет банка, возникшие из-за неверного платежа, поскольку такой платеж был осуществлен по его воле. Банк может быть привлечен к ответственности, если ошибочный платеж произошел не вследствие действий клиента, а по причине сбоя в программе системы «банк – клиент».

Эту ситуацию следует отличать, во-первых, от тех случаев, когда третьи лица не в силу заранее выраженного распоряжения клиента, а в силу закона имеют право осуществлять «беспорное» списание средств со счета клиента в свою пользу. Под беспорным списанием обычно понимают случаи, когда в соответствии с законом то или иное лицо имеет право списать денежные средства без обращения в суд (без предварительного судебного контроля, который выражается в рассмотрении спора). Например, закон предоставляет налоговым органам право беспорного списания налоговой недоимки организаций с открытых последними счетов. Во-вторых, списание во исполнение заранее сделанного распоряжения следует отличать от тех случаев, когда списание осуществляется на основании судебного акта о взыскании денег в порядке процедуры исполнения такого акта.

Таким образом, комментируемую норму метод телеологического толкования позволяет понимать следующим образом: всякие операции по счету осуществляются на основании волеизъявления клиента в форме того или иного его распоряжения (в том числе и выраженного заранее). Исключение из этой максимы установлены в следующем пункте.

1.2. Отзыв распоряжения. В силу природы «власти» клиента над своими средствами на счете и характера отношений клиента и банка клиент всегда может отозвать свое распоряжение о списании денег со счета до момента самого списания.

Эвентуальное право на отзыв своего распоряжения представляет собой секундарное (преобразовательное) право, которое может быть реализовано односторонней сделкой владельца счета, т.е. изъявлением воли в адрес банка.

Применительно к перечислению денег со счета клиента на счета третьих лиц на основании платежных поручений клиента это право прямо предусмотрено в п. 5 ст. 864 ГК РФ. В данной норме указано, что «платежное поручение может быть отозвано плательщиком до наступления момента безотзывности перевода денежных средств, определяемого в соответствии с законом». В силу же ч. 7 ст. 5 Закона о национальной платежной системе безотзывность перевода наступает с момента списания денег со счета клиента. Эта последняя норма каса-

ется не только расчетов платежными поручениями, но и применяется по умолчанию в отношении иных форм безналичных расчетов, если обратное не следует из применяемой формы безналичных расчетов или из положений закона (в качестве исключения см. ч. 2 ст. 117 Федерального закона от 27 ноября 2011 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»). Порядок отзыва распоряжения предусмотрен п. 2.14 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П).

Как представляется, тот же подход должен применяться в отношении распоряжений о снятии наличных средств со счета или перевода денег с одного счета клиента на другой счет того же клиента в том же банке. Другое дело, что на практике такие операции сейчас совершаются почти мгновенно, и необходимый для отзыва распоряжения разрыв во времени зачастую обнаружить не удается.

Но вопрос об отзыве распоряжения оказывается актуальным в ситуации, когда распоряжение сделано клиентом на будущее и касается безакцептного списания со счета клиента средств по требованиям третьих лиц или самого банка, а также так называемого автоплатежа. Здесь между совершением такого распоряжения и возможным списанием может пройти достаточно времени, чтобы вероятность того, что клиент передумает, оказалась отнюдь не гипотетической.

Право отозвать свое распоряжение о безакцептном списании со своего счета в будущем не ставится под сомнение тем, что у клиента имеется обязательство перед предполагаемым получателем сделать такое распоряжение и обеспечить ему возможность списывать деньги со счета клиента на основании, например, платежных требований. Различие двух различных кругов правоотношений (между клиентом и банком, с одной стороны, и клиентом и получателем перевода — с другой) предполагает и то, что клиент, даже сделав необходимое распоряжение, свободен впоследствии отменить свое распоряжение и заблокировать тем самым безакцептное списание со своего счета. В то же время клиент в такой ситуации будет обязан возмещать убытки предполагаемому получателю, если тот является кредитором по денежному обязательству, исполнение которого предполагалось за счет безакцептных списаний, или уплатить согласованную неустойку.

Иначе говоря, банк, не имея собственного интереса в безакцептном списании, не может воспрепятствовать клиенту в его стремлении отозвать свое распоряжение, легитимирующее безакцептное списание в пользу третьих лиц.

В то же время, как представляется, в случаях, когда подобное распоряжение на списание в будущем денежных средств со счета клиента

является частью договора банковского счета и дает право на безакцептное списание самому банку (например, условие договора счета с условием об овердрафте о праве банка списывать деньги в погашение овердрафта) или иного договора, заключенного между клиентом и банком (например, когда в кредитном договоре было закреплено право осуществлять безакцептное списание со счета клиента в целях погашения задолженности клиента по кредиту), произвольный отзыв распоряжения невозможен, так как это повлекло бы нарушение договора и подорвало разумные ожидания банка. То же следует сказать и о ситуации, когда такое распоряжение фактически содержится в договоре, заключенном клиентом с банком и неким третьим лицом в целях обеспечения интересов последнего. Это, в частности, касается эскроу-счета: естественно, депонент не может отозвать свое волеизъявление на списание денег с открытого эскроу-счета, поставленное под согласованное в договоре об открытии эскроу-счета.

1.3. Бремя доказывания наличия оснований для списания. Обязанность доказать правомерность списания денежных средств (в частности поступление соответствующего распоряжения именно от клиента) лежит на банке (определения КГД ВС РФ от 28 апреля 2015 г. № 18-КГ15-48, от 7 февраля 2017 г. № 5-КГ16-228). Эта правовая позиция вполне обоснована, поскольку в тех случаях, когда клиент утверждает, что он не совершал распоряжения, на основании которого осуществлено списание денежных средств со счета, возложение бремени доказывания на него означало бы существенную тяжесть доказывания отрицательного факта. Вопреки распространенному заблуждению, отрицательные факты доказывать можно, но в некоторых случаях настолько затруднительно, что несправедливо возлагать это бремя на соответствующее лицо. Банк же, напротив, вполне может защищать свой интерес, предъявив суду доказательство совершения владельцем счета надлежащего распоряжения. Если банк не может доказать, что списание денежных средств со счета клиента было надлежащим (т.е. произошедшим на основании распоряжения клиента), клиент вправе требовать привлечения его к ответственности (ст. 856 ГК РФ).

2. Списание денег со счета в силу закона или судебных актов. Из комментируемого пункта в его системном истолковании с предыдущим пунктом и последовательного расположения правил следует, что списание денежных средств со счета производится либо по воле владельца счета, либо на основании закона помимо его воли, в том числе на основании решения суда.

Такая система оснований для списания денежных средств пре-
дetermined не только принципами гражданского права, но и кон-
ституционными положениями. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 35 Кон-
ституции РФ никто не может быть лишен своего имущества иначе
как по решению суда. Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права
и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федераль-
ным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях
защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья,
прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны
и безопасности государства.

2.1. Судебное решение. Списание денег со счета на основании су-
дебного акта о взыскании денег является самым типичным случаем
конституционного ограничения прав по счету. Такое списание осу-
ществляется в случае взыскания с клиента денежных средств по ини-
циативе судебного пристава-исполнителя в порядке, предусмотренном
ст. 70 Закона об исполнительном производстве, либо по инициативе
самого взыскателя в порядке, предусмотренном ст. 8 того же Закона.
Согласно ч. 5 ст. 70 Закона об исполнительном производстве банк или
иная кредитная организация, осуществляющие обслуживание счетов
должника, незамедлительно исполняют содержащиеся в исполнительном
документе или постановлении судебного пристава-исполнителя
требования о взыскании денежных средств, о чем в течение трех дней
со дня их исполнения информируют взыскателя или судебного при-
става-исполнителя. Согласно ч. 7 ст. 70 Закона об исполнительном
производстве в случае получения банком или иной кредитной органи-
зацией постановления судебного пристава-исполнителя исполнение
содержащихся в исполнительном документе требований о взыскании
денежных средств осуществляется путем их перечисления на депозит-
ный счет подразделения судебных приставов; в случае же получения
банком или иной кредитной организацией исполнительного документа
непосредственно от взыскателя исполнение содержащихся в испол-
нительном документе требований о взыскании денежных средств осу-
ществляется путем их перечисления на счет, указанный взыскателем.

2.2. Закон как основание для списания. Современный законодатель
и судебная практика исходят из того, что списание денежных средств
со счета помимо воли может допускаться как на основании решения
суда, так и в иных случаях, указанных в законе.

Так, законодательство допускает списание со счета клиента не толь-
ко на основании решения суда, но и на основании ряда иных испол-
нительных документов, предусмотренных ст. 12 Закона об испол-
нительном производстве и направленных на присуждение к уплате

денег (например, исполнительных надписей нотариуса; удостоверений комиссии по трудовым спорам, выдаваемых на основании ее решений; удостоверений, выдаваемых уполномоченными по правам потребителей финансовых услуг в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 4 июня 2018 г. № 123-ФЗ «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг»). Могут выносить постановления, имеющие силу исполнительного документа и дающие право на списание денег со счета, и сами приставы-исполнители (например, постановления о взыскании расходов по совершению исполнительных действий согласно ч. 3 ст. 117 Закона об исполнительном производстве).

Многие органы государственной власти наделены компетенцией назначать административные штрафы, в случае добровольной неуплаты которых они взыскиваются судебными приставами-исполнителями (опять же без соблюдения судебной процедуры в силу того, что постановления таких органов признаются исполнительными документами на основании ст. 12 Закона об исполнительном производстве). В качестве примера можно привести штрафы ГИБДД, которые взыскиваются в случае их добровольной неуплаты во внесудебном порядке через службу судебных приставов.

Другой пример: ст. 47 НК РФ также допускает взыскание денег со счета клиента, являющегося юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, на основании постановления судебного пристава-исполнителя, выносимого во исполнение постановления налогового органа и государственных социальных фондов о взыскании недоимки и пеней по налогам или страховым взносам. При этом в силу прямого указания в данной статье штрафы за неуплату налогов по общему правилу, если иное не указано в законе, во внесудебном порядке не взыскиваются.

Количество случаев, когда в силу закона те или иные государственные органы (а также нотариусы) получают право инициировать процедуру внесудебного обращения взыскания на денежные средства и иное имущество граждан и организаций, постоянно нарастает, что связано с соображениями процессуальной экономии и желанием разгрузить суды. Достаточно представить себе, чем бы закончилось для судебной системы возложение на нее функции вынесения миллионов судебных актов о взыскании незначительных сумм административных штрафов за нарушение ПДД.

Если списание денег со счета лица (равно как лишение иного имущества) на основании судебного акта вполне соответствует Конституции РФ, то списание денег на основании исполнительных документов, выданных несудебной институцией (например, акта иного государст-

венного органа), примирить с Конституцией РФ куда сложнее. Последняя в ч. 3 ст. 35 закрепляет важнейшую гарантию прав человека: «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как *по решению суда*» (курсив мой. — С.С.). Никакие исключения законом устанавливаться не могут без вступления в конфликт с данным положением Конституции РФ, если только установление таких исключений законом не predetermined целями защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Применение принципа балансирования конституционных интересов и ценностей возлагает на сторонников допущения внесудебного лишения индивида собственности (и прав на деньги на банковских счетах в частности) очень серьезное бремя доказывания. Каждый такой случай установления в законе механизма внесудебного списания денег со счета без воли клиента требует отдельного серьезного анализа.

Как бы то ни было, конституционность установления в законе случаев допустимого списания денежных средств со счетов организаций и индивидуальных предпринимателей на основании акта государственного органа и без решения суда признается КС РФ и обосновывается все той же ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, которая допускает ограничение прав ради достижения обозначенных в ней целей (постановление КС РФ от 17 декабря 1996 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 года «О федеральных органах налоговой полиции»»). Достаточно распространенной является поддержка допустимости внесудебного ограничения права в отношении притязаний государственной власти, касающихся административных штрафов, налоговой недоимки и недоимки по страховым сборам. Обычно это обосновывается тем, что большинство актов государственной власти должны быть законными (это требование Конституции РФ (ч. 2 ст. 15, ст. 18, ч. 2 ст. 46, ч. 1 ст. 115)), часто не обжалуются в суде, нередко касаются незначительных сумм (например, штрафы за неправильную парковку или превышение скорости), а также часто в их отмене суды отказывают на основании закона. Отсюда делается вывод, что общественные издержки на судебную процедуру взыскания в пользу казны (бюджетные издержки на оплату труда сотрудников соответствующих государственных органов, которым придется сопровождать миллионы судебных процессов о взыскании, а также издержки на необходимость кратного увеличения судейского корпуса во избежание коллапса судебной системы от перегрузки, вызванной необходимостью рассмо-

трения незначительных по суммам исков) слишком велики для того, чтобы соблюдать принцип, согласно которому никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. В результате все чаще законодатель решает переложить на частные лица, которые подвергаются взысканиям, бремя оспаривания соответствующих актов государственных органов о взыскании, если они с ними не согласны. Расчет делается на то, что в подавляющем большинстве случаев с учетом презумпции законности действий государственных органов такие взыскания обоснованны и частное лицо будет тратить силы и средства на обжалование соответствующего акта только тогда, когда осознает наличие поводов усомниться в его законности. В итоге через судебный фильтр проходит лишь крайне малая доля случаев обращения взысканий на имущество индивида во исполнение актов государственных органов. В каком-то смысле издержки и риски судебной защиты своих прав перекладываются с государства на частное лицо, чьи денежные средства списаны со счета вопреки его воле.

Тем не менее отступление от принципа неприкосновенности собственности, закрепленного в ч. 3 ст. 35 Конституции РФ, даже во имя благих целей, — очень опасный путь, поскольку это приводит к эрозии самих основ права как такового и представляет собой опасность для всего общества. Если можно поступиться одним принципом по соображениям целесообразности, то сложно найти аргументы, почему нельзя поступиться в некоторой степени и другими принципами по мотивам экономической выгоды или иным соображениям, отражающим благие намерения. Можно предложить другие решения, которые, не отрицая принципа, могут смягчить негативные экономические и иные последствия для всего общества: развитие упрощенных судебных процедур; экономическое стимулирование в отношении своевременной уплаты в казну соответствующих сумм; более полное перенесение издержек по судебной процедуре взыскания на проигравшую сторону и т.п. К сожалению, текущее законодательство и судебная практика, в том числе позиции высших судов, все больше и больше разрушают конституционный принцип неприкосновенности собственности, а число случаев ограничений или иного ущемления конституционных прав, в том числе в банковской сфере, все ширится. Далекое не все из таких случаев могут пройти тест на обоснованность ограничения конституционного права.

2.3. *Случаи, установленные договором.* Из буквального толкования п. 2 ст. 854 ГК РФ следует, что списание денежных средств со счета клиента допускается, в частности, в случаях, установленных договором клиента и банка. Как уже отмечалось, с теоретической точки зрения это не может быть отнесено к случаю списания денежных

средств без распоряжения клиента, поскольку его воля на такой модус распоряжения (безакцептное списание денежных средств) выражена в договоре банковского счета. Поэтому положение о том, что в случаях, предусмотренных договором банковского счета, допускается списание денежных средств, находящихся на счете, без распоряжения клиента, следует понимать в том смысле, что отдельной распорядительной сделки в момент списания от клиента не требуется, ибо он уже выразил свою волю и тем самым распорядился своим правом заранее (в соответствующем условии договора банковского счета) (подробнее о безакцептном списании см. комментарий к п. 1 настоящей статьи).

2.4. Ответственность банка. Нарушение банком требований п. 2 ст. 854 ГК РФ влечет гражданско-правовую ответственность банка перед владельцем счета по правилам ст. 856 ГК РФ (см. комментарий к данной статье). В спорах с потребителями судебная практика признает допустимым возмещение морального вреда владельца счета (Определение КГД ВС РФ от 6 марта 2018 г. № 66-КГ17-15). В то же время включение банком в договор с потребителем условия о безакцептном списании само по себе признается правомерным (Определение КАД ВС РФ от 9 августа 2016 г. № 307-АД16-9324).

В случае безакцептного списания денежных средств со счета клиента по инициативе третьего лица, которому такое право предоставлено договором, при отсутствии к тому материально-правовых оснований (например, поставщик товара получает списанную сумму без предварительной поставки товара, предусмотренной договором поставки) клиент вправе требовать возврата необоснованно полученной суммы от получателя перевода, но не от банка.

Если право безакцептного списания предоставлено банку и он производит такое списание без материально-правового основания (например, задолженности по кредиту не было, но банк списал сумму со счета), клиент вправе требовать возврата необоснованно списанной суммы на свой счет или перевода на свой счет в другом банке.

Статья 855. Очередность списания денежных средств со счета

1. При наличии на счете денежных средств, сумма которых достаточна для удовлетворения всех требований, предъявленных к счету, списание этих средств со счета осуществляется в порядке поступления распоряжений клиента и других документов на списание (календарная очередность), если иное не предусмотрено законом.

2. При недостаточности денежных средств на счете для удовлетворения всех предъявленных к нему требований списание денежных средств осуществляется в следующей очередности:

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

во вторую очередь по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими или работавшими по трудовому договору (контракту), по выплате вознаграждений авторам результатов интеллектуальной деятельности;

в третью очередь по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору (контракту), поручениям налоговых органов на списание и перечисление задолженности по уплате налогов и сборов в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации, а также поручениям органов контроля за уплатой страховых взносов на списание и перечисление сумм страховых взносов в бюджеты государственных внебюджетных фондов;

в четвертую очередь по исполнительным документам, предусматривающим удовлетворение других денежных требований;

в пятую очередь по другим платежным документам в порядке календарной очередности.

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

Комментарий

1. Календарная очередность. В гражданском обороте существуют многочисленные ситуации, когда обязанное или управомоченное лицо соответственно обязано или вправе совершить одно из нескольких действий. Теория гражданского права в стремлении установить справедливое регулирование применяет для этих целей разную методологию. Одним из таких методов выступает принцип старшинства (*prior tempore potior jure*).

В отношениях по банковскому счету применение этой методологии, в частности, необходимо для разрешения обозначенной в гипотезе ситуации. Экономическая активность владельца счета неминуемо приводит к таким случаям, когда к счету предъявляются несколько

требований и (или) несколько поручений клиента о списании денежных средств (или снятия наличных). Здесь действует принцип старшинства: при достаточности денежных средств для исполнения всех требований и поручений банк по общему правилу обязан исполнять их в порядке поступления, т.е. в порядке календарной очередности. Например, если в понедельник поступило распоряжение клиента на перечисление денежных средств своему контрагенту по договору, а во вторник – инкассовое требование на уплату в адрес другого контрагента, банк обязан сначала исполнить платежное поручение и лишь затем инкассовое поручение. Последнее более чем естественно, так как если поручение, поданное в понедельник, не будет исполнено, банк впадет в просрочку. Причем в обычной ситуации в понедельник банк не может знать, какие поручения поступят во вторник. Поэтому было бы противно обычному ходу дел, если бы банк, не исполняя поручение, поступившее в понедельник, зачем-то дожидался бы вторника, с наступлением которого появилась бы конкуренция двух поручений, для разрешения которой необходимо было бы применить принцип *prior tempore potior jure*. Поручения к счету исполняются по мере их поступления последовательно.

Термин «календарная очередность» следует толковать расширительно. В обыденном смысле календарная очередность имеет шаг в один день, одну неделю, один месяц и один год, в чем легко может убедиться каждый, взглянув на свой календарь. Современные банковские технологии давно продвинулись дальше, и банковские операции зачастую совершаются в режиме онлайн. Соответствующее требование или поручение к счету отражаются в интерфейсе как исполненные в течение нескольких минут или даже нескольких секунд.

Комментируемая норма может не применяться, если иные правила предусмотрены законом. Однако таких правил пока не обнаруживается.

Несмотря на то что данная норма не содержит реквизита диспозитивности, каких-либо политико-правовых или логических причин исключить действие принципа свободы договора для данного вида правоотношений не имеется в той степени, в которой договором меняется очередность исполнения распоряжений самого клиента, речь не идет о списании денежных средств помимо воли владельца счета на основании закона, и права третьих лиц не нарушаются. Например, стороны могут договориться, что банк обязан отойти от принципа календарной очередности, отдав приоритет тем платежным поручениям клиента, которые обозначены в договоре (допустим, платежей определенного характера, платежей в адрес определенного лица

и т.п.). Другое дело, что существующая практика не обнаруживает в этом потребности участников гражданского оборота, равно как и нет широкого применения комментируемой нормы. Пока денежных средств на банковском счете достаточно для исполнения всех поручений к счету, коллизии не возникает, и в этом случае юрист может заняться чем-то еще. При этом абсолютно однозначно, что договор счета не может содержать отступления от принципа календарной очередности в ущерб правам третьих лиц на предъявление требований по списанию средств со счета.

2. Ситуация недостаточности денег на счете. Экономическая деятельность субъектов гражданского оборота нередко приводит к образованию дефицита ликвидности, т.е. недостаточности денежных средств для погашения всех имеющихся долгов. Дефицит ликвидности может быть следствием надвигающейся несостоятельности или простым кассовым разрывом, когда вследствие тех или иных причин доходы еще не поступили, а по долгам уже нужно рассчитываться. Кассовые разрывы достаточно часто покрываются должником за счет кредита в целях избежания просрочек, но в тех случаях, когда этого не происходит, между кредиторами возникает конкуренция в отношении очередности удовлетворения их требований.

Применительно к банковскому счету в условиях, когда владелец счета не прибегает к кредитованию и в отношении него не возбуждено дело о банкротстве, конкуренция кредиторов регулируется п. 2 ст. 855 ГК РФ. Данная норма является императивной — об иной очередности списания денежных средств владелец счета не может договориться ни с банком, ни со своими контрагентами — получателями платежей. Такая договоренность недопустима в силу принципа относительности обязательств, согласно которому обязательство не может возлагать обязанности на третьих лиц, не являющихся участниками обязательства.

Из п. 2 ст. 855 ГК РФ, казалось бы, следует, что при недостаточности денежных средств на счете (включая полное их отсутствие) для удовлетворения требований, предъявленных к счету, соответствующие требования не должны возвращаться, а должны помещаться в очередь для целей исполнения (так называемую картотеку). В силу п. 2.10 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П) такая картотека (за рядом распоряжений) образуется по счетам юридического лица, индивидуального предпринимателя, а также физического лица, занимающегося в установленном законодательством Российской Федерации порядке частной практикой. Но обратная ситуация имеет место в от-

ношении счетов физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями и не занимающихся частной практикой: при недостаточности денежных средств на банковском счете таких лиц распоряжения, если иное не предусмотрено законодательством или договором, не принимаются банком к исполнению и возвращаются (аннулируются) не позднее рабочего дня, следующего за днем поступления распоряжения. Очередь не исполненных в срок распоряжений к банковским счетам указанных лиц не ведется. Данный подход представляется в корне неверным, так как влечет юридически порочное неравенство и противоречит Конституции РФ.

2.1. Очередность списания. При недостаточности денежных средств на счете законодатель предусматривает пять очередей для различных классов платежей. При этом требования каждой последующей очереди удовлетворяются после удовлетворения требований предыдущей очереди в полном объеме.

Установленная законом очередность кредиторов сложилась под сильным воздействием социального фактора.

(а) *Первая очередь* образована ввиду защиты такой конституционной ценности, как право на жизнь и здоровье (требование о возмещении вреда жизни и здоровью), а также обеспечение средствами к существованию в форме уплаты алиментов.

Вместе с тем необходимо заметить, что в эту очередь удовлетворяются только такие требования потерпевших или получателя алиментов, которые подтверждены исполнительными документами. Следовательно, если по обязательству владельца счета о возмещении соответствующего вреда сторонами достигнуто соглашение о размере возмещения, при недостаточности средств на счете потерпевший не сможет получить первоочередное удовлетворение, поскольку такое требование отнесено в пятую очередь. Это решение может казаться не вполне логичным, равно как и соответствующим принципу равенства. Получается, если причинитель вреда не готов добровольно удовлетворить требование потерпевшего, последний получает лучшую защиту, нежели такой кредитор по указанным требованиям, который договорился с владельцем счета добровольно. Последнее может привести к такому негативному эффекту, как нежелание потерпевших договариваться о возмещении вреда вне суда. Впрочем, возможно, установление фильтра в виде судебного решения о взыскании вреда жизни и здоровью предопределено опасениями в отношении представления к счету распоряжений клиента о перечислении третьим лицам сколь угодно больших сумм якобы под видом возмещения вреда здоровью без какого-либо правового основания.

Этот вопрос неактуален для соглашений об уплате алиментов, которые должны оформляться в нотариальной форме (ст. 100 СК РФ), поскольку такой договор относится к исполнительным документам (п. 3 ч. 1 ст. 12 Закона об исполнительном производстве) и, следовательно, требование попадает в первую очередь и без решения суда.

(б) Ко *второй очереди* отнесены требования по исполнительным документам, удовлетворяющим требования по выплате выходных пособий и оплате труда лицам, работающим или работавшим по трудовому договору (контракту), а также по выплате вознаграждений авторам результатов интеллектуальной деятельности.

Данная норма может вызывать сомнения в ее социальной справедливости, поскольку она не делает различий между субъектами с высоким и низким уровнем дохода. Например, требование уволенного директора организации (включая предусмотренные договором и порой весьма высокие бонусы («золотые парашюты»)) не отличается в этом аспекте от требований низкооплачиваемых работников. Аналогичное сомнение может вызывать и такой случай, когда к одной очереди относятся все те же требования низкооплачиваемых работников и требования, например, по выплате крупного гонорара (роялти) автору результата интеллектуальной деятельности. Известно, что в некоторых случаях роялти могут достигать весьма существенных значений.

Здесь стоит обратить внимание на то, что, как и в отношении первой очереди, здесь речь идет только о требованиях, подтвержденных исполнительными документами. Обычные начисления по оплате труда, в отношении которых нет исполнительного документа о взыскании, не исполняются банком в рамках второй очереди. Цель такого фильтра, видимо, как и в случае с требованиями первой очереди, состоит в предотвращении злоупотреблений владельца счета.

(в) В *третью очередь* соединены платежные поручения самого владельца счета (не подтвержденные исполнительным документом) на оплату труда его работников и требования налоговых органов и пенсионных фондов соответственно по недоимке и страховым взносам (санкции не включаются и подлежат списанию по исполнительным документам в четвертую очередь). Такое объединение частных и публичных требований (т.е. добровольных и принудительных) в одну очередь может вынуждать работников к обращению в суд (при отсутствии спора между сторонами), поскольку при наличии существенной недоимки по налогам платежные поручения на выплату заработной платы не будут исполняться банком. Удовлетворение судом требований работника переведет их притязания из третьей очереди во вторую.

Единственное, что может оправдать такой подход законодателя к требованиям работников (необходимость обращения в суд при отсутствии спора), – это опять же предотвращение злоупотреблений, когда работодатель специально завышает причитающиеся работникам суммы выплат, чтобы вывести данные средства из-под публичных притязаний (налоги, таможенные сборы, страховые взносы). При этом следует отметить, что подтвержденные удостоверением комиссии по трудовым спорам требования работника относятся ко второй очереди, поскольку названные удостоверения в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 12 Закона об исполнительном производстве относятся к исполнительным документам. Отнесение к исполнительным документам решений комиссий по трудовым спорам выглядит архаичным, доставшимся современности от времен социалистического строя.

Действующая редакция не исключает злоупотреблений со стороны владельца счета. Так, например, ожидая предъявления к счету документа о списании недоимки, владелец счета может подать платежное поручение на выплату зарплаты, несмотря на отсутствие денежных средств на счете. Тем самым образуется календарный приоритет в отношении поступившего позднее требования об уплате недоимки. Представляется, что все эти девиации должны устраняться *ex post* судебным контролем.

Действующая редакция норм, посвященных второй и третьей очередям, является следствием признания ранее действовавших (формально до 14 декабря 2013 г.) положений закона противоречащими Конституции РФ (Постановление КС РФ от 23 декабря 1997 г. № 21-П). Комментарий закона в прежней редакции не приводится.

(г) В *четвертую очередь* сгруппированы все другие требования по исполнительным документам (требования о взыскании денег, подтвержденные решением суда, требования по административным штрафам, наложенные во внесудебном порядке, и т.п.).

(д) *Пятая очередь* характеризуется любыми иными платежными распоряжениями владельца счета или платежными документами, поступившими от третьих лиц или самого банка. В нее не включаются никакие притязания, подтвержденные исполнительным документом.

2.2. Календарный приоритет внутри одной очереди. Общим правилом для всех очередей является внутригрупповая календарная очередность. Иными словами, платежные документы одной очереди исполняются по мере их поступления. Например, требование по налоговой недоимке помещено в картотеку к счету в начале недели, а требование на выплату заработной платы поступило в банк в конце недели. При отсутствии на счете средств для полного погашения недоимки на конец недели выплата зарплаты откладывается до полного погашения недоимки.

Теоретически календарный принцип исполнения требований к счету внутри одной очередности не является самым справедливым подходом разрешения конкуренции кредиторов владельцев счета. Представляется, что внутри очереди мог бы действовать принцип пропорционального удовлетворения требований.

2.3. Несколько счетов. Правила ст. 855 ГК РФ подлежат применению к каждому счету клиента в отдельности.

2.4. Обеспечительные меры. В судебной практике возник вопрос о применении комментируемой нормы в тех случаях, когда в отношении находящихся на счете денежных средств приняты обеспечительные меры, тогда как другие кредиторы, имеющие привилегированную очередность, претендуют на списание заблокированных денежных средств в свою пользу.

Принятие мер по обеспечению иска не означает, что в случае его удовлетворения присужденная сумма будет взыскана в первоочередном порядке, т.е. принятие указанных мер не может нарушать очередности списания денежных средств со счета, установленной ст. 855 ГК РФ.

При наличии у ответчика кредиторов, которым в соответствии с законом предоставлено право на получение денежных средств со счета ответчика до взыскания задолженности в пользу истца и отсутствии на соответствующем счете ответчика иных средств, кроме арестованных сумм, такие кредиторы вправе обратиться в арбитражный суд с ходатайством о разрешении списать определенные суммы в порядке установленной законом очередности. Арбитражный суд рассматривает указанные ходатайства и при подтверждении изложенных в них фактов удовлетворяет их.

Если же на счете ответчика имеется бóльшая сумма, чем арестованная арбитражным судом, списание с данного счета производится банком в обычном порядке до той суммы, которая арестована.

Обеспечение иска не должно препятствовать исполнению документов в соответствии с очередностью, установленной законом (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 июля 1996 г. № 6).

Таким образом, общий принцип заключается в том, что арест счета очередности списания не меняет. Норма п. 5 ст. 334 ГК РФ о возникновении залога на арестованное имущество применительно к денежным средствам, согласно практике ВС РФ, не дает привилегии лицу, в чью пользу наложен арест¹.

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 250–259 (автор комментария к ст. 334 ГК РФ – *Р. С. Бевзенко*).

2.5. Соотношение с Законом об исполнительном производстве. Очередность, установленная комментируемым пунктом, не в полной мере совпадает с очередностью распределения денежных средств, предусмотренной ч. 1 ст. 111 Закона об исполнительном производстве при буквальном ее толковании. Этот Закон устанавливает следующую очередность распределения взысканных с должника денежных средств между несколькими взыскателями в исполнительном производстве.

В случае, когда взысканная с должника денежная сумма недостаточна для удовлетворения в полном объеме требований, содержащихся в исполнительных документах, указанная сумма распределяется между взыскателями, предъявившими на день распределения соответствующей денежной суммы исполнительные документы, в следующей очередности:

1) в первую очередь удовлетворяются требования по взысканию алиментов, возмещению вреда, причиненного здоровью, возмещению вреда в связи со смертью кормильца, возмещению ущерба, причиненного преступлением, а также требования о компенсации морального вреда;

2) во вторую очередь удовлетворяются требования по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, работающих (работавших) по трудовому договору, а также по выплате вознаграждений авторам результатов интеллектуальной деятельности;

3) в третью очередь удовлетворяются требования по обязательным платежам в бюджет и во внебюджетные фонды;

4) в четвертую очередь удовлетворяются все остальные требования.

При этом согласно ч. 2–3 названной нормы при распределении каждой взысканной с должника денежной суммы требования каждой последующей очереди удовлетворяются после удовлетворения требований предыдущей очереди в полном объеме. Если взысканная с должника денежная сумма недостаточна для удовлетворения требований одной очереди в полном объеме, то они удовлетворяются пропорционально причитающейся каждому взыскателю сумме, указанной в исполнительном документе.

Однако данные правила не подлежат применению к исполнению исполнительных документов банками в случае исполнения требований, содержащихся в исполнительных документах; в таком случае очередность списания денежных средств со счетов должника определяется ст. 855 ГК РФ (ч. 4 ст. 111 Закона об исполнительном производстве).

Установление законодателем различной очередности удовлетворения требований в зависимости от того, идет ли речь о списании со счета должника в банке или о распределении взысканной приставом суммы между различными взыскателями, имеющими в отношении должника

исполнительные документы и предъявившими их приставу для взыскания, представляется не вполне логичным.

Статья 856. Ответственность банка за ненадлежащее совершение операций по банковскому счету

В случаях несвоевременного зачисления банком на счет клиента поступивших клиенту денежных средств либо их необоснованного списания со счета, а также невыполнения или несвоевременного выполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета банк обязан уплатить на эту сумму проценты в порядке и в размере, которые предусмотрены статьей 395 настоящего Кодекса, независимо от уплаты процентов, предусмотренных пунктом 1 статьи 852 настоящего Кодекса.

Комментарий

(а) Ответственность. Несвоевременное зачисление поступивших для клиента денежных средств на его счет, несвоевременные их списание или выдача клиенту, равно как необоснованное их списание, влекут негативные экономические последствия для владельца счета. Это требует от законодателя установления в законе ответственности банка за нарушение обязательств по договору банковского счета, а также сбалансированного распределения рисков между сторонами.

(б) Проект реформы. До 1 июня 2018 г. комментируемая статья действовала в иной редакции. Ее предполагалось изменить для более сбалансированного регулирования ответственности банка, а также с целью уточнения некоторых понятий. Статья 856 ГК РФ и ранее предусматривала уплату банком процентов в установленных ею случаях. В судебной практике возникала неопределенность при выявлении природы данных процентов, что привело к различной правоприменительной практике (п. 21 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). Доминирующие подходы в доктрине и судебная практика исходили из того, что указанные проценты являются установленной законом неустойкой, хотя и не поименованной должным термином в законе (вместе с тем в доктрине представлена и иная точка зрения, согласно которой названные в данной статье проценты неустойкой не являются и установлены за неисполнение денежного обязательства).

Кроме того, при применении судами данной нормы возникали вопросы об ответственности банка в тех случаях, когда списание денежных средств со счета было осуществлено по распоряжению неуполномоченных лиц в обстоятельствах, при которых банк с использованием предусмотренных банковскими правилами и договором процедур не мог установить (по визуальным признакам) факта выдачи распоряжения неуполномоченными лицами. Судебная практика исходила из того, что, если иное не установлено законом или договором, банк несет ответственность и в таком случае; при этом размер его ответственности специально не ограничен, но может быть снижен, если будет установлено, что клиент своими действиями способствовал поступлению в банк указанных распоряжений (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5; Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2014 г. № 716/14). Такой подход вызывал определенные негативные последствия — как для банков, так и для их клиентов. Во-первых, банки распространили широкую практику договорного ограничения своей ответственности для случаев несанкционированного списания денежных средств со счета клиента, что приводит к нарушению их прав и законных интересов. Во-вторых, неограниченный размер ответственности банка влечет для него слишком высокие риски, поскольку банкам затруднительно предвидеть, какие убытки могут возникнуть у клиента в результате несанкционированного списания денежных средств помимо самой незаконно перечисленной суммы.

Кроме того, ст. 856 ГК РФ в прежней редакции предусматривала ответственность банка за невыполнение указаний клиента о перечислении денежных средств со счета, однако не устанавливала ответственность за несвоевременное выполнение данных указаний, что вступало в противоречие со ст. 866 ГК РФ и вызывало неопределенность в судебной практике (п. 22 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

В связи с этим предлагалось следующее регулирование. В ст. 856 ГК РФ предполагалось поименовать подлежащие уплате проценты неустойкой. Планировалось дополнить данную статью императивным положением, согласно которому банк несет ответственность за списание денежных средств со счета по распоряжению неуполномоченных третьих лиц и в тех случаях, когда с использованием предусмотренных банковскими правилами и договором процедур банк не мог установить факта выдачи распоряжения неуполномоченными лицами. Вместе с тем считалось, что требуется ограничить размер ответственности банка размером несанкционированно списанной суммы и процентов

с момента списания и до момента восстановления списанной суммы на счете или уплаты ее клиенту. При этом, согласно Проекту концепции реформы ГК РФ, при наличии вины банка он обязан возместить клиенту причиненные убытки свыше пределов необоснованно списанной суммы, а суд получает право уменьшить размер возмещаемых убытков, если банк докажет, что клиент не действовал с необходимой осмотрительностью и заботливостью, чтобы не допустить распоряжения денежными средствами неуполномоченными лицами.

Кроме того, предлагалось установить ответственность банка за несвоевременное выполнение указаний клиента о перечислении денежных средств со счета, приведя данную норму в соответствие со ст. 866 ГК РФ.

Помимо нормы об ответственности банка, в Проекте реформы ГК РФ предлагалось дополнить ГК РФ специальной статьей (ст. 856.1), посвященной распределению рисков убытков банка и клиента, который является физическим лицом, при использовании по счету электронного средства платежа. Предусматривались следующие положения.

В случае если банк не исполнил обязанность по информированию клиента-гражданина о совершенной операции с использованием электронного средства платежа в соответствии с п. 7 ст. 847 ГК РФ (в ред. Проекта реформы ГК РФ), риск убытков от совершения такой операции несет банк.

Риск убытков от совершения операции с использованием электронного средства платежа после получения банком уведомления клиента в соответствии с п. 7 ст. 847 ГК РФ (в ред. Проекта реформы ГК РФ) несет банк.

В случае если банк исполнил обязанность по информированию клиента о совершении операции с использованием электронного средства платежа, а клиент не уведомил банк по правилам п. 7 ст. 847 ГК РФ (в ред. Проекта реформы ГК РФ) о компрометации электронного средства платежа (утрате, предполагаемом использовании его неуполномоченным лицом), риск убытков от совершения такой операции несет клиент.

В случае если банк исполнил обязанность по информированию клиента о совершении операции с использованием электронного средства платежа, а клиент уведомил банк по правилам п. 7 ст. 847 ГК РФ (в ред. Проекта реформы ГК РФ), клиент несет риск убытков от совершения такой операции до момента направления банку уведомления, предусмотренного названным пунктом, в размере не более 10% от суммы денежных средств, списанных при совершении операции

с использованием электронного средства платежа, если докажет одно из следующих обстоятельств:

- клиент лишился электронного средства платежа не по своей воле;
- направление уведомления клиентом в срок, указанный в п. 7 ст. 847 ГК РФ (в ред. Проекта реформы ГК РФ), было невозможно по причинам, не зависящим от клиента;
- в момент совершения операции с использованием электронного средства платежа клиент не находился и не мог находиться в месте совершения операции или не утратил владения электронным средством платежа.

Банк обязывался по требованию клиента предоставить ему все имеющиеся у банка доказательства, подтверждающие наличие указанных выше обстоятельств, а также запросить такие доказательства у третьих лиц.

Большая часть новелл не была поддержана законодателем, который ограничился лишь редакционной правкой комментируемой статьи. Что же касается распределения риска, то все регулирование по этому поводу было закреплено не в ГК РФ, а в отраслевом Законе о национальной платежной системе.

(в) Фактические изменения в ст. 856 ГК РФ: общий обзор. Далеко не все эти предложения в итоге были поддержаны законодателем. Изменение редакции ст. 856 ГК РФ с 1 июня 2018 г. сводится в основном к трем моментам.

Вместо выражения «в случаях несвоевременного зачисления на счет» используется выражение «в случаях несвоевременного зачисления *банком* на счет». Тем самым это уточнение указывает на то, что ответственность наступает за несвоевременное зачисление на счет денежных средств именно банком. Данное уточнение едва ли было вызвано необходимостью, поскольку систематический метод толкования не позволял прийти к какому-либо иному выводу, ведь было бы противоестественным считать, что банк должен нести ответственность за несвоевременное зачисление денежных средств на счет, произошедшее из-за действий какого-либо другого лица.

Другая новелла уточнила не вполне удачную редакцию действовавшей ранее нормы. При определенном ее прочтении можно было бы прийти к парадоксальному выводу, что банк несет ответственность за несвоевременное зачисление уже поступивших на счет клиента денежных средств. Действующая редакция тоже неидеальна, но все же несколько лучше прежней. Установлено, что банк несет ответственность в случае несвоевременного зачисления банком *на счет клиента*

поступивших клиенту денежных средств. Более верным выражением является указание на то, что банк несет ответственность в случае несвоевременного зачисления банком поступивших для клиента денежных средств *на его счет*. Именно так и следует толковать действующую норму, поскольку она охватывает случаи, когда соответствующая сумма поступила для клиента на корреспондентский счет банка, но не зачисляется клиенту на его собственный банковский счет (например, на расчетный счет) или зачислена с просрочкой. В этих случаях банк может быть привлечен к ответственности.

Еще одна корректировка направлена на то, чтобы установить ответственность банка не только для случая невыполнения указаний клиента о перечислениях денежных средств, но и для случаев несвоевременного выполнения этих указаний.

И последняя новелла комментируемой статьи направлена на приращение банка не только к уплате процентов, являющихся ответственностью (определяемых по правилам ст. 395 ГК РФ в размере ключевой ставки), но и к уплате процентов за пользование денежными средствами (регулятивных процентов), которые предусмотрены п. 1 ст. 852 ГК РФ.

При этом вопросы об обязанности банка восстановить остаток по счету при неосновательном списании денежных средств со счета, а также возместить иные убытки клиента так и остались за рамками настоящей статьи.

(г) Обязанность восстановить остаток по счету в случае несанкционированного списания со счета. Несмотря на то что текст комментируемой статьи умалчивает об обязанности банка восстановить остаток по счету в случае неосновательного списания денег со счета, имеет смысл обсудить данную обязанность в рамках комментария к настоящей статье, так как в случае необоснованного списания отмеченной в статье неустойки по правилам ст. 395 ГК РФ и договорных процентов по счету в качестве базы начисления возникает именно долг банка по восстановлению остатка на счете.

(i) Общее правило. Банки при несанкционированном списании денег со счета клиента при отсутствии надлежащего распоряжения клиента и иных законных оснований обязаны восстановить остаток по счету. Такая обязанность возникает в случае списания по счету на основании распоряжения, которое клиент не делал (например, на основании подложного платежного поручения или в ситуации хакерского взлома его счета), или вовсе без каких-либо распоряжений клиента касательно данного конкретного списания при отсутствии законных или дого-

ворных оснований для безакцептного списания со счета (например, когда банк безакцептно списывает со счета средства в свою пользу или в пользу третьих лиц после того, как клиент правомерно отозвал свое распоряжение о безакцептном списании, либо когда такого распоряжения в принципе не было).

Наличие такой обязанности вытекает из следующего. В качестве общего правила, распространяющегося и на отношения по договору банковского счета, должник (банк) несет риск исполнения обязательства неуправомоченному лицу (ст. 312 ГК РФ). Поэтому банк остается должным перед клиентом в отношении остатка по счету, если произвел списание (и перечислил деньги третьему лицу, выдал их наличными третьему лицу или списал в счет своего требования к клиенту) без наличия законных или договорных оснований для безакцептного списания или в отсутствие подлинного распоряжения клиента о таком списании. Даже если банк при всей своей осмотрительности не смог распознать, что распоряжение по счету сделано неуправомоченным лицом, это по общему правилу не освобождает его от обязанности восстановить остаток по счету клиента, который распоряжений по счету не давал. Толкование норм гражданского права, из которых следует ответственность банка перед клиентом при списании средств со счета на основании подложных платежных поручений на началах риска (т.е. независимо от вины), еще в конце прошлого века утвердилось в этом подходе (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Насколько такой жесткий режим является оправданным в ситуации отсутствия вины в поведении банка, иногда вызывает споры, но кажется сомнительным, что банк, попавший в описанную ситуацию и, например, по ошибке списавший деньги со счета клиента по подложному платежному документу, должен находиться в лучшем положении, чем любой иной должник-коммерсант, который по ошибке учинил исполнение по договору ненадлежащему лицу, думая, что исполняет кредиторю или по его указанию (например, поставщик, у которого товар со склада украли мошенники, предъявив подложную доверенность от имени покупателя).

Проект концепции реформы ГК РФ, как было показано выше, предлагал дифференцировать правила ответственности банка, установив, что возмещение незаконно списанной суммы должно осуществляться безусловно, если только неосновательное списание произошло не в результате неосторожности самого клиента, а возмещение дополнительных убытков — если не будет доказана невиновность банка.

В итоговом тексте, принятом Госдумой, эта идея отражена буквально не была, а комментируемая статья продолжает упоминать лишь

вопрос о начислении различных процентов. Сама обязанность восстановить остаток по счету подразумевается, поскольку, если начисляются проценты, значит, имеется базовое денежное обязательство, за неисполнение которого эти проценты и начисляются. Таким основным обязательством и является обязательство восстановить остаток на счете, обеспечив доступ к нему клиента.

Как бы то ни было, имеются все основания для применения того же подхода и сейчас. Но здесь следует сделать важную оговорку. Банк должен освобождаться от обязанности возместить остаток по счету в ситуации, когда источник проблемы находится в периметре контроля клиента (например, установлено, что лицом, подделавшим подпись на платежном документе, является некий сотрудник клиента, или лицом, без разрешения клиента списавшим деньги с его карты, был супруг клиента).

В то же время следует заметить, что в современных реалиях подавляющее большинство счетов физических и юридических лиц обслуживается с использованием электронного средства платежа (пластиковой карты, системы «банк — клиент» и т.п.). В отношении этой ситуации в законодательстве появилось специальное регулирование.

(ii) *Специфика использования электронного средства платежа.* Режим восстановления остатка по счету оказался урегулированным Законом о национальной платежной системе. Согласно данному Закону при утрате электронного средства платежа или использовании его без согласия клиента клиент обязан немедленно уведомить банк, но не позднее следующего дня после получения уведомления о спорной операции по списанию средств со счета (ч. 11 ст. 9 Закона о национальной платежной системе). После получения банком такого уведомления банк обязан возместить клиенту сумму операции, совершенной без согласия клиента *после получения указанного уведомления* (ч. 12 ст. 9 Закона о национальной платежной системе), и это вполне логично, поскольку после такого уведомления банк уже не должен был принимать распоряжения, поступающие с соответствующего скомпрометированного электронного средства платежа.

Согласно ч. 13 ст. 9 Закона о национальной платежной системе банк также обязан возместить клиенту сумму операции, о которой клиент не был проинформирован и которая была совершена без согласия клиента. Если проинформированный о совершенной операции клиент не уведомляет банк о том, что он не совершал данной операции, банк не обязан возмещать клиенту сумму операции, совершенной без согласия клиента (ч. 14 ст. 9 Закона о национальной платежной системе).

Если оператор уведомлен клиентом, являющимся физическим лицом, об операции без его согласия, оператор обязан возместить сумму операции, совершенной *до направления* банку уведомления о несанкционированном характере операции, если банк не докажет, что клиент нарушил порядок использования электронного средства платежа, что повлекло совершение операции без его согласия (ч. 15 ст. 9 Закона о национальной платежной системе). Иначе говоря, закон гарантирует клиенту-гражданину, использующему согласно договору с банком электронное средство платежа (в настоящих условиях – практически любому владельцу банковского счета), что, если он после неосновательного списания с использованием такого средства с его счета денежных средств и получения от банка соответствующего извещения о совершенном списании, своевременно заявит банку об этом факте, банк обязан за свой счет восстановить на счете списанную сумму, кроме случаев, когда клиент нарушил порядок использования электронного средства платежа. По смыслу нормы речь идет только о том нарушении, которое спровоцировало ситуацию необоснованного списания (например, клиент сообщил третьему лицу реквизиты своей банковской карты, включая С/С-код; неосторожно хранил карту и информацию о ПИН-коде в кошельке, в результате чего кража карты позволила вору немедленно снять с карты деньги в банкомате; предоставил доступ к системе «банк – клиент» постороннему лицу и т.п.).

Но здесь возникает ряд важных вопросов.

Во-первых, указание на срок в виде одного дня, в течение которого клиент должен сообщить банку о неавторизованном платеже, кажется слишком коротким, если речь идет о физическом лице. Данное правило возлагает на граждан риски малейшего промедления при информировании банка о неавторизованной операции.

Во-вторых, закон при безупречности поведения клиента обязывает банк восстановить остаток после несанкционированного списания, если клиент своевременно уведомил банк о данном факте, только для случаев, когда клиентом является гражданин. Означает ли это, что при несанкционированном списании со счета юридического лица с использованием электронного средства платежа у банка такой обязанности нет? Имел ли в виду законодатель применительно к счетам юридических лиц решительно отойти от закрепленного в практике ВАС РФ подхода о безусловной обязанности банка восстановить остаток после несанкционированного списания при безупречности поведения клиента и перенести данный риск на клиента? Судя по всему, задумка законодателя была именно такой: если речь идет о списании со счета

юридического лица денег не в результате какого-то сбоя в работе банковских систем или поступления бумажного платежного документа с поддельной подписью, а в результате поступления электронного распоряжения с использованием электронного средства платежа (например, корпоративная банковская карта, система «банк – клиент» и т.п.), риск несет клиент. Законодатель, видимо, исходил из того, что доступ к электронному средству платежа, используемому клиентом, находится в периметре контроля клиента, включая случаи кражи корпоративной карты и *СВС*-кода, получения неуправомоченными лицами доступа к ключу электронной подписи и т.п. В качестве некой компенсации нормы ч. 11.1–11.5 ст. 9 Закона о национальной платежной системе закрепляют механизм приостановления зачисления средств на счет получателя, если клиент, с чьего счета средства были несанкционированно списаны, оперативно сообщил об этом своему банку, а тот моментально проинформировал банк получателя о том, что перечисление не было санкционировано отправителем. Тем не менее, если списанная со счета клиента сумма уже оказалась зачислена на счет получателя, клиент-организация будет вынуждена судиться с получателем средств и требовать восстановления остатка от своего банка не может.

В любом случае это правило, не позволяющее клиенту-организации требовать восстановления остатка на счету, относится только к тем ситуациям, когда несанкционированное списание произошло *посредством использования электронного средства платежа* клиента. Если речь идет о подложном платежном поручении на бумажном носителе, подделке подписи на чековой книжке при снятии со счета наличных или списании средств со счета клиента в результате взлома третьими лицами программного обеспечения банка или некоего сбоя в работе такого программного обеспечения, общее правило о безусловной обязанности банка восстановить остаток по счету юридического лица, вытекающее из общих правил обязательственного права (ст. 312 ГК РФ), должно применяться.

В-третьих, из Закона о национальной платежной системе не вполне ясно, обязан ли банк восстановить остаток по счету, если договор счета по умолчанию не устанавливал обязанность банка неким специальным уведомлением информировать клиента о каждом списании средств, а клиент, имея возможность подключить данную опцию за определенную комиссию, решил сэкономить и не делать этого или просто не знал о такой услуге. Подобная ситуация не вполне укладывается в гипотезы описанных норм. Часть 4 ст. 9 данного Закона устанавливает, что банк обязан информировать клиента о совершении каждой операции

с использованием электронного средства платежа путем направления клиенту соответствующего уведомления в порядке, установленном договором с клиентом. Часть 13 ст. 9 названного Закона говорит о том, что банк обязан возместить клиенту сумму операции, о которой клиент не был проинформирован в связи с нарушением банком своей обязанности проинформировать об операции. Можно ли считать, что при неподключении клиентом сервиса мгновенного оповещения о каждой операции, например посредством СМС-сообщения или электронной почты, такая обязанность банка считается выполненной, если данные об операции, согласно договору, были доступны клиенту иным образом (например, в личном кабинете на сайте банка, в приложении на смартфоне, в системе «банк – клиент» и т.п.)? Банк России, видимо, считает возможным ответить на этот вопрос утвердительно. Так, в одном из разъяснений Банка России указано: «Порядок... и способы доведения до сведения клиента указанной информации (например, посредством телефонной связи, СМС-сообщения, электронной почты)... устанавливаются оператором по переводу денежных средств в договоре, заключаемом с клиентом. При этом в договоре с клиентом может быть предусмотрено его информирование о совершенных операциях и (или) предоставление отчета о совершенных операциях при его личном обращении, а также информирование о совершении с использованием электронного средства платежа иных операций, в том числе не связанных с осуществлением перевода денежных средств (например, получение клиентом информации об остатке денежных средств на его банковском счете)» (информация Банка России «Ответы на вопросы, связанные с применением отдельных норм Федерального закона от 27 июня 2011 года № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»»).

Справедливо ли это? Как представляется, на данный вопрос следует ответить положительно как минимум в отношении юридических лиц. Клиент должен в такой ситуации винить себя сам. Юридические лица на практике контролируют свой счет в онлайн-режиме на ежедневной основе, так что их специальное оповещение о каждой из нередко сотен списаний в день просто противоречит логике. Поэтому, даже если банк не предлагал организации сервис уведомлений о каждом списании посредством направления отдельного сообщения, говорить о том, что банк нарушил свою обязанность уведомить клиента, нельзя, если клиенту был обеспечен онлайн-доступ к данным по своему счету. Что же до граждан, вопрос не столь однозначен. С одной стороны, можно исходить из того, что как минимум, если у них была возможность подключить сервис оповещения о списаниях (как правило, через

СМС-сообщения) и банк не пытался взять за этот сервис заградительные комиссии, обеспечение клиенту онлайн-доступа к данным о своем счете может считаться достаточным для того, чтобы признать банк известившим клиента о списании по смыслу ч. 13 ст. 9 Закона о национальной платежной системе. С другой стороны, возможно, стоит пойти и дальше и признать, что для граждан СМС-уведомление о каждом списании со счета или направление отдельного электронного сообщения об этом должно входить в обязанности банка императивно и обеспечиваться бесплатно.

(iii) Судебная практика. Судебная практика ВС РФ в целом продолжает придерживаться строгой линии и вставать на защиту владельцев счетов при списании денежных средств неуправомоченными лицами, если владельцем счета является физическое лицо.

Так, в Определении КГД ВС РФ от 10 января 2017 г. № 4-КГ16-66 можно прочитать следующее: «Неисполнение обязанности по информированию банка о прекращении пользования абонентским номером, к которому подключена система мобильный банк, само по себе не является основанием для возложения обязанности по возврату кредита, полученного по кредитной карте, которого владелец карты не получал (сумма получена неустановленным лицом). Из обстоятельств данного дела усматривалось, что абонентский договор был расторгнут с владельцем карты еще до списания средств по карте неустановленным лицом. У владельца карты технических возможностей дать распоряжение не имелось».

В Определении КГД ВС РФ от 28 апреля 2015 г. № 18-КГ15-48 Суд указал, что банк несет ответственность за выдачу наличных по поддельному расходному ордеру неустановленными лицами и бремя доказывания освобождения от ответственности возложено на банк. При этом данный подход был обоснован законодательством о защите прав потребителей.

Банк может нести ответственность в том случае, когда вследствие выдачи оператором мобильной связи дубликата сим-карты неуправомоченному лицу последнее получило возможность и незаконно списало с банковского счета клиента денежные средства. Особенно обращено внимание на обязанность по надлежащему оказанию услуг, обеспечению их безопасности, по предотвращению несанкционированного доступа к услугам посторонних лиц. При этом в установленной банком системе электронных платежей логином являлся абонентский номер телефона, известный держателю дубликата сим-карты, а пароль мог быть изменен любым лицом, имеющим доступ к услугам связи по данному номеру, без его идентификации и аутентификации

путем выполнения команды «Напомнить пароль?» и подтверждения направленного системой на этот же абонентский номер телефона одноразового пароля (Определение КГД ВС РФ от 24 апреля 2018 г. № 5-КГ18-41).

Такая практика является обоснованной, поскольку по большому счету она переносит риски распоряжения денежными средствами неуправомоченными лицами на банки, которые ближе всего стоят к источнику риска, выполняя соответствующие распоряжения мнимого владельца счета. Только они и могут совершенствовать системы безопасности платежей, тогда как владельцам счета развитие и инвестирование в такие системы недоступно.

В то же время практики применения ВС РФ новых положений Закона о национальной платежной системе к случаям несанкционированного списания средств со счетов юридических лиц посредством электронного средства платежа пока нет.

(iv) Промежуточные итоги. В принципе, отмеченные нормы Закона о национальной платежной системе и практика ВС РФ несколько казуистично реализуют предлагавшееся в Проект концепции реформы ГК РФ общее правило о том, что банк обязан восстановить остаток на счете при необоснованном списании в ситуации отсутствия распоряжения клиента и иных правовых оснований для списания всегда, даже если он невиновен в произошедшем и никак не мог распознать, что распоряжение не исходит от клиента, кроме случаев, когда ситуация была спровоцирована неосторожным поведением самого клиента. Данное решение представляется логичным способом распределения риска. Именно такое правило выводится из общих правил ГК РФ об исполнении обязательств. Но, во-первых, эти положения оказываются закреплены в законе только в отношении списаний, произошедших с использованием электронного средства платежа. Во-вторых же, судя по тексту Закона о национальной платежной системе, эта идея не применяется при списании со счета юридического лица посредством электронного средства платежа.

С учетом всего вышесказанного можно вывести следующие правила.

Во-первых, если речь идет о несанкционированном списании на основании поступления подложного распоряжения на бумажном носителе, банк обязан восстановить остаток по счету безусловно и независимо от вины со своей стороны, кроме случаев, когда источник проблемы находится в периметре контроля клиента. Это правило касается клиентов, являющихся как физическими, так и юридическими лицами.

Во-вторых, та же обязанность банка возникает и тогда, когда списание произошло вовсе по ошибке банка при отсутствии какого-либо распоряжения в принципе или в результате взлома банковского программного обеспечения третьими лицами. Это правило также касается любых категорий клиентов.

В-третьих, если речь идет о несанкционированном списании со счета физического лица посредством использования электронного средства платежа (например, кто-то, получив неустановленным способом информацию о реквизитах карты и *CVC*-коде, списал деньги с карточного счета клиента в Интернете; украл карту у клиента и данные ПИН-кода и расплатился по карте в магазине или снял деньги в банкомате; неправомерно заполучил смартфон клиента и перевел в соответствующем приложении деньги клиента на счет третьего лица; раздобыл логин и пароль в системе онлайн-банкинга и использовал их для списания со счета клиента и т.п.), риск распределяется согласно приведенным выше нормам Закона о национальной платежной системе и выводимых из них общих принципов. Эти принципы таковы. Клиент всегда должен так или иначе уведомляться банком об операции по счету. Уведомленный клиент несет риск утраты денежных средств, если он сам своевременно не заявил банку о том, что соответствующую операцию он не совершал. Если клиент своевременно сигнализирует банку о несанкционированном характере списания, банк обязан восстановить остаток по счету. Если клиент умышленно или по неосторожности сам допустил компрометацию электронного средства платежа, нарушив порядок его использования, риск переходит на него.

В-четвертых, в случае если неуправомоченное лицо списало средства со счета юридического лица посредством электронного средства платежа, используемого юридическим лицом по договору с банком, банк восстанавливать остаток не должен, если своевременно уведомил клиента о данной операции.

(v) Природа обязанности восстановить остаток. Но какова природа этого механизма восстановления остатка на счете? По сути, это не возмещение убытков (так как клиент получает не некую дополнительную компенсацию, а лишь то, на что был вправе претендовать по обязательству, — соответствующий остаток на счете). Этот институт, скорее, ближе к уплате основного долга. Данный механизм не зависит от оснований привлечения должника к ответственности. Даже если в силу какого-то обстоятельства непреодолимой силы (например, масштабной цифровой атаки на российскую банковскую систему) деньги со счета клиента были украдены, банк обязан восстановить остаток по счету. Правила п. 3 ст. 401 ГК РФ здесь буквально неприменимы.

Как уже отмечалось, исключением является только ситуация, когда обстоятельства, спровоцировавшие несанкционированное списание, находились в сфере контроля клиента.

Убытками же будет обязанность банка возместить дополнительные потери клиента, возникшие в связи с неправомерным списанием денег со счета (о таких убытках см. п. «д» комментария к настоящей статье).

Правильная квалификация притязания клиента к банку в подобных случаях имеет весьма важное значение — как с точки зрения доказывания, так и с точки зрения структуры притязания клиентов. Например, если бы обязанность восстановления остатка по счету представляла собой механизм возмещения убытков, то предусмотренная в комментируемой статье неустойка на случай неосновательного списания денег со счета носила бы зачетный по отношению к сумме возмещения характер (в силу общего правила ст. 394 ГК РФ о зачетном соотношении неустойки и убытков), а это явно противоречит целям нормы. Получалось бы, что при неосновательном списании денег со счета с учетом действующих в последние годы показателей ключевой ставки и сроков исковой давности эта неустойка просто не работала бы, ибо она, будучи начислена даже за три года, была бы полностью поглощена суммой долга по восстановлению остатка на счете.

Будь такая сумма убытками, банки бы получили право прописывать в договоре условие об освобождении себя от обязанности восстановления остатка в случаях списания со счета при отсутствии своей вины на основании правила п. 3—4 ст. 401 ГК РФ. Все это представляется не вполне логичным, особенно если клиентом является простой гражданин.

Кроме того, если бы восстановление остатка считалось возмещением убытков, банки по умолчанию освобождались бы от обязанности восстановления остатка по счету при непреодолимой силе (п. 3 ст. 401 ГК РФ), что также вряд ли следует признать разумным.

При этом судебная практика иногда не замечает эту разницу и квалифицирует действия банка по восстановлению необоснованно списанной суммы в качестве гражданско-правовой ответственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 января 2011 г. № 8624/10), что с учетом сказанного выше представляется небесспорным.

(vi) Возможность применения правила о совместной вине. Как мы видим, отечественное право распределяет риски несанкционированного списания в ряде случаев на банк, в ряде случаев на клиента с учетом ряда условий и критериев. Но, возможно, в некоторых случаях более уместным будет являться не принцип «все или ничего», а справедливое распределение между сторонами риска несанкционированного

списания, если оно произошло частично по вине клиента, а частично – в силу тех или иных упущений со стороны банка. Здесь может применяться правило о смешанной вине (ст. 404 ГК РФ). Как уже отмечалось, восстановление остатка на счете не является способом возмещения убытков, но правило о совместной вине из ст. 404 ГК РФ, на основании которого суд может пропорционально уменьшить объем взыскиваемых убытков, может как минимум обсуждаться на предмет применения в рамках спора о восстановлении остатка. Например, если клиент своей неосторожностью способствовал взлому его счета третьими лицами, но часть вины лежит и на банке, который не создал достаточно надежную систему идентификации клиента при поступлении распоряжений, суд может присудить банк к восстановлению остатка на счете частично, определив соответствующую пропорцию на основе принципов справедливости и соразмерности.

(vii) Императивность. Нормативные условия возникновения долга банка перед клиентом в отношении восстановления остатка при несанкционированном списании посредством электронного средства платежа, как они вытекают из правил Закона о национальной платежной системе, следует интерпретировать как полуимперативные, т.е. исключаящие ухудшение положений клиента по сравнению с тем, как оно определено в данном Законе. Может возникать мысль о допущении диспозитивного прочтения данных норм в отношении договоров счета, заключенных с коммерсантами. Однако такой подход может вызывать сомнения, поскольку финансовая власть банков с легкостью позволит им добиться наличия такого условия почти в каждом договоре банковского счета. С уверенностью можно сказать, что допущение здесь договорной свободы приведет к массовому включению в договоры, заключаемые с небольшими коммерсантами, условий о перенесении на клиентов всех возможных рисков несанкционированных списаний. Такое положение дел не будет стимулировать банки развивать системы безопасности сохранности денежных средств на счетах. Между тем слабая защита прав владельцев банковских счетов несет системный риск для экономики вообще и для самой банковской системы в частности.

В то же время следует иметь в виду, что общее правило п. 1 ст. 312 ГК РФ, применяемое для обоснования долга банка по восстановлению остатка на счете при несанкционированном списании во всех иных случаях, не связанных с использованием электронного средства платежа, в силу прямого указания является диспозитивным. Соответственно, предотвращение злоупотреблений договорной свободой в подобных ситуациях возможно здесь лишь на основании правил ст. 10 и 428 ГК РФ.

(д) Дополнительные убытки при необоснованном списании. Все написанное в комментарии выше касалось основного долга банка по восстановлению остатка на счете после несанкционированного списания. В то же время последнее может спровоцировать и дополнительные убытки. В частности, списание со счета организации всех средств может поставить организацию на грань банкротства и повлечь массу расходов, которые она не понесла бы, не произойди такое списание (например, убытки, возникшие у клиента в связи с тем, что после списания со счета всех его средств он не смог исполнить свои обязательства перед третьими лицами и был вынужден уплатить им соответствующие штрафные санкции, или в связи с тем, что он был вынужден срочно получать в другом банке кредит для восполнения образовавшегося кассового разрыва и платить по нему проценты). В силу общих правил договорной ответственности сторона, чье нарушение обязательств причинило убытки, обязана их возместить (ст. 15 и 393 ГК РФ). При этом в силу того, что банк – это коммерческая организация, ответственность за убытки не зависит от вины банка (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Даже если система безопасности у банка была поставлена на высшем уровне, но мошенники смогли ее обойти, обязанность возместить такие убытки лежит на банке, так как банк как коммерческий субъект отвечает даже при отсутствии вины. Исключение – это ситуация непреодолимой силы.

Согласно ст. 404 ГК РФ суд вправе уменьшить размер таких убытков, если клиент умышленно или неосторожно не предпринял разумных мер к их минимизации или содействовал их увеличению. Суд также на основании все той же ст. 404 ГК РФ может уменьшить размер возмещаемых убытков, если частично сам клиент своей неосторожностью способствовал тому, что неосновательное списание произошло.

Такое положение дел, вытекающее из общих положений ГК РФ, может показаться избыточно жестоким по отношению к банкам. В этом плане нереализованное предложение Проект концепции реформы ГК РФ, согласно которому ответственность за такие дополнительные убытки должна зависеть от вины, кажется более сбалансированным. Но остроту ситуации не стоит преувеличивать, поскольку проекты договоров банковского счета составляют банки, и они имеют все возможности включить в договор условие об освобождении от ответственности в случае доказанной невиновности банка. В силу п. 3 ст. 401 ГК РФ такое проявление договорной свободы абсолютно законно. Судебная практика (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2007 г. № 5619/06, п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16) также допускает установление в договоре режима виновной

ответственности коммерсанта, если только нет оснований квалифицировать такое условие как явно несправедливое (что применительно к описанной ситуации никак невозможно). В то же время в рамках действующего законодательства законность такого способа ограничения установленных в законе оснований ответственности банка за убытки клиента применительно к договорам счета, заключенным с гражданами-потребителями, может быть поставлена под сомнение. Но банки нередко идут и еще дальше, устанавливая ограничение ответственности за такие дополнительные убытки еще и по сумме. Формально в силу п. 4 ст. 401 ГК РФ и положений ст. 400 ГК РФ установление таких ограничений в договоре, заключенном с клиентом-коммерсантом, законно, но они могут быть предметом пристального судебного контроля *ex post* на предмет справедливости по правилам ст. 10 и 428 ГК РФ. В силу ст. 400 ГК РФ установление таких ограничений суммы убытков в договоре с клиентом-гражданином, не осуществляющим коммерческую деятельность, незаконно.

(е) Порядок принудительной реализации требования клиента в отношении случая неосновательного списания. Если клиент имеет право требовать восстановления остатка по счету в связи с неосновательным списанием, какой иск ему следует подавать? В принципе, клиент может потребовать восстановления остатка по своему счету, если намеревается после данного конфликта использовать данный счет. В таком случае иск может быть квалифицирован как требование о восстановлении положения, имевшего место до нарушения (ст. 12 ГК РФ). Но, как представляется, ничто не мешает клиенту закрыть счет и потребовать взыскания с банка указанной суммы в обычном порядке взыскания денежного долга. Думается, что клиент должен иметь право потребовать взыскания долга (а не восстановления остатка по счету) и тогда, когда он по тем или иным причинам счет еще не закрыл.

(ж) Проценты годовые по ст. 395 ГК РФ. Комментируемая статья устанавливает следующие три случая начисления на банк неустойки в виде процентов по правилам ст. 395 ГК РФ.

Во-первых, проценты по ст. 395 ГК РФ начисляются в случае несвоевременного зачисления банком на счет клиента поступивших на имя клиента денежных средств. Данная ситуация имеет место, когда деньги для клиента поступили на корреспондентский счет банка, у того имелись все необходимые юридические условия для зачисления денег на счет клиента, но он по какой-то причине нарушил установленные в законе или договоре сроки такого зачисления. Базой для расчета

процентов здесь является сама сумма денег, вовремя не зачисленная банком на счет клиента.

Во-вторых, проценты по ст. 395 ГК РФ начисляются и тогда, когда банк не выполняет или несвоевременно выполняет распоряжения клиента о перечислении денег со счета или об их выдаче (т.е. нарушает установленные сроки осуществления соответствующих платежных операций). Речь идет как о том, что банк не производит списание со счета клиента для выдачи наличных или перевода денег на счета третьих лиц либо иные счета самого клиента в иных банках, так и о том, что банк списывает деньги со счета, но наличные клиенту не выдает или по указанному маршруту безналичного перевода деньги не направляет. В п. 22 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 было установлено, что просрочка банка в перечислении денежных средств является основанием для уплаты неустойки на основании ст. 856 ГК РФ, если при внутрибанковских расчетах средства не были зачислены на счет получателя в том же банке в срок, установленный ст. 849 ГК РФ, а при межбанковских расчетах — если поручения, обеспеченные предоставлением соответствующего покрытия (наличием средств на корреспондентском счете банка-плательщика у банка-посредника), не переданы в этот срок банку-посреднику.

В-третьих, необоснованное списание денег со счета клиента также запускает начисление процентов по ст. 395 ГК РФ. В таком случае проценты начисляются на сумму долга банка по восстановлению остатка на счете и начисляются вплоть до момента, когда банк такой остаток восстановил. Если банк решил добровольно остаток не восстанавливать, считая, например, что неосновательное списание произошло по вине самого клиента, но впоследствии проиграл клиенту суд и был присужден к восстановлению остатка, период начисления таких процентов может быть достаточно долгим. Согласно п. 22 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 при необоснованном списании, т.е. списании, произведенном в сумме большей, чем предусматривалось платежным документом, а также списании без соответствующего платежного документа либо с нарушением требований законодательства, данные проценты начисляются со дня, когда банк необоснованно списал средства, и до их восстановления на счете по учетной ставке Банка России (в настоящее время — по ключевой ставке) на день восстановления денежных средств на счете.

В судебной практике проценты, указанные в комментируемой статье и рассчитываемые по правилам ст. 395 ГК РФ, квалифицируются в качестве неустойки, установленной за нарушение сроков совершения соответствующих операций, предусмотренных ст. 849 ГК РФ, включая

срок восстановления денег на счете клиента при их необоснованном списании. При просрочке банк уплачивает клиенту неустойку за весь период просрочки в размере ключевой ставки Банка России до дня, когда операции по зачислению на счет поступивших для клиента средств, восстановлению суммы, неосновательно списанной со счета, или по выдаче или перечислению со счета клиента, были произведены.

Квалификация в судебной практике названной санкции как неустойки, установленной законом, а не в качестве частного случая установления охранительных процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ) была предпринята ввиду того, что обязательства банка (как минимум в отношении случаев задержек в зачислении или списании) не рассматривались в качестве денежного обязательства. Банк в таких ситуациях оказывает услуги по управлению денежными средствами на банковском счете, что не составляет его обязанности совершить платеж в пользу клиента. Данная неустойка, по мнению высших судов, относится к неустойке, установленной законом (ст. 332 ГК РФ) (п. 20 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

Названная неустойка является зачетной по отношению к убыткам (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5; Постановление Президиума ВАС РФ от 21 сентября 1999 г. № 3767/99). Но здесь следует иметь в виду, что она носит зачетный характер именно по отношению к убыткам, а не к обязанности банка восстановить остаток по счету (если неустойка начисляется в связи с неосновательным списанием), так как данная обязанность к категории убытков не относится (см. п. «г» комментария к настоящей статье).

Являясь текущей (длящейся) санкцией, неустойка, предусмотренная ст. 856 ГК РФ, применяется за просрочку исполнения обязательства. Следовательно, пока банк находится в просрочке по соответствующему обязательству, неустойка подлежит начислению. В судебной практике вставал вопрос о пределах начисления неустойки, в частности, в случае отзыва у банка лицензии. Данный юридический факт лишает юридическое лицо права на осуществление банковской деятельности. Поэтому устанавливалось, что неустойка прекращает начисляться с момента отзыва у банка лицензии (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 марта 2000 г. № 7516/99). Такой подход формально-логически правильный, но с точки зрения компенсации потерь клиента он может вызывать сомнения, особенно в свете впоследствии установленной в практике судебной доктрины в отношении всяких случаев отзыва лицензии. Так, согласно п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104 отзыв лицен-

зии у должника вследствие его неправомерных действий, повлекших неисполнение обязательств, не является основанием для прекращения обязательств должника в результате издания акта государственного органа (ст. 417 ГК РФ). Причем в этом случае сохранение обязательства согласно закону необходимо не для того, чтобы клиент мог требовать исполнения в натуре, а только для того, чтобы логически обосновать возникновение ответственности из-за неисполнения обязательства (см. п. 1 ст. 416 ГК РФ). Впоследствии этот подход был воспринят законодателем, и в п. 2 ст. 417 ГК РФ общим образом установлено правило, согласно которому обязательство не считается прекращенным, если издание акта органа государственной власти или органа местного самоуправления, повлекшее невозможность исполнения обязательства, вызвано неправомерными действиями (бездействием) самого должника. Поскольку отзыв у банка лицензии всегда связан с его неправомерными действиями (иначе он противоправен), банк не вправе ссылаться на прекращение обязательства, что, однако, отнюдь не означает наличие у банка права продолжать осуществлять банковскую деятельность (без лицензии это было бы противоправно — юридическая невозможность исполнения обязательства), но, в свою очередь, также не означает, что банк не несет ответственности, установленной законом или договором.

(з) Договорные проценты. Согласно букве комментируемой статьи во всех случаях, когда закон предписывает начисление неустойки по правилам ст. 395 ГК РФ (невосстановление остатка при необоснованном списании, задержка в перечислении со счета и задержка в зачислении на счет), эта штрафная санкция взыскивается кумулятивно с процентами, начисляемыми на соответствующую сумму по условиям договора счета по правилам п. 1 ст. 852 ГК РФ (если, конечно, договор счета не исключал начисление процентов по остатку на счете).

Причем проценты по счету должны начисляться и после того, как клиент в связи с указанным нарушением расторг договор, если основное денежное требование клиента удовлетворено не было, так как расторжение договора в такой ситуации не трансформирует договорное притязание клиента в отношении долга (например, возмещение суммы остатка по счету при неосновательном списании) в долг из неосновательного обогащения (подробнее см. комментарий к ст. 859 ГК РФ).

(и) Санкции, установленные законодательством о защите прав потребителей. В судебной практике возник вопрос о применении к от-

ношениям сторон договора банковского счета (банковского вклада), заключенного с гражданином, положений законодательства о защите прав потребителя, а именно пеней, предусмотренных п. 5 ст. 28 Закона о защите прав потребителей (в размере 3% от суммы неоказанных услуг за каждый день просрочки в оказании услуг по договору с потребителем). Первоначально ВС РФ дал положительный ответ на этот вопрос: эта законная неустойка подлежит применению к отношениям по банковскому счету (вкладу) (определения КГД ВС РФ от 3 декабря 2013 г. № 56-КГ13-11, от 14 июля 2015 г. № 13-КГ15-3). Однако впоследствии практика была изменена, и ВС РФ последовательно и неоднократно дает отрицательный ответ на этот вопрос. Согласно разъяснениям, содержащимся в п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17, если отдельные виды отношений с участием потребителей регулируются и специальными законами Российской Федерации, содержащими нормы гражданского права (например, договор участия в долевом строительстве, договор страхования как личного, так и имущественного, договор банковского вклада, договор перевозки, договор энергоснабжения), то к отношениям, возникающим из таких договоров, Закон о защите прав потребителей применяется в части, не урегулированной специальными законами (см. также: п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ от 16 февраля 2017 г. № 1 (2017); п. 7 Обзора судебной практики ВС РФ по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг от 27 сентября 2017 г.; определения КГД ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 5-КГ16-112, № 88-КГ16-7, от 26 сентября 2017 г. № 5-КГ17-148, от 17 октября 2017 г. № 11-КГ17-21, от 24 октября 2017 г. № 11-КГ17-23). По логике ВС РФ, поскольку закон в комментируемой статье устанавливает в качестве общего правила ответственность банка в виде неустойки, привязанной к ключевой ставке, это исключает возможность применения законной неустойки, установленной в Законе о защите прав потребителей для потребительских договоров.

Данный подход не является бесспорным, поскольку потребитель не получает повышенной защиты, которая предоставляется ему в других экономических отношениях. Достаточно сложно обосновать, почему защита потребителя, не получившего сполна и своевременно причитающихся ему денежных средств по банковскому счету (вкладу), должна быть меньше той, которая ему предоставляется при неполучении по договору результатов работ или услуг. Если ВС РФ считает неадекватным размер законной неустойки, предусмотренной Законом о защите прав потребителя, то при явной несоразмерности такой неустойки применению подлежит ст. 333 ГК РФ.

Также вызывает сомнение квалификация ст. 856 ГК РФ в качестве специального закона по отношению к Закону о защите прав потребителей. Действительно, есть все основания для обоснования прямо противоположного вывода на основании круга субъектов, подлежащих защите по общим положениям ГК РФ и специального законодательства о защите прав потребителей. Указанная правоприменительная практика неоднократно и безуспешно обжаловалась в КС РФ (определения КС РФ от 28 марта 2017 г. № 583-О, от 27 февраля 2018 г. № 412-О).

Закон о защите прав потребителей также содержит еще одну санкцию, которая установлена в п. 6 ст. 13, и предусматривает взыскание штрафа в размере 50% от суммы, присужденной судом в пользу потребителя при несоблюдении в добровольном порядке удовлетворения требований потребителя. Такой вопрос могут вызывать случаи, когда банк неправомерно отказывается выдать или перечислить остаток по банковскому счету. Судебная практика исходит из того, что данный штраф может быть взыскан с банка, если он в нарушение закона не выдает остаток по счету (Определение КГД ВС РФ от 13 февраля 2018 г. № 81-КГ17-26).

(к) Ответственность в силу Закона о банках и банковской деятельности. В соответствии с ч. 3 ст. 31 Закона о банках и банковской деятельности в случае несвоевременного или неправильного зачисления на счет или списания со счета клиента денежных средств кредитная организация выплачивает клиенту проценты на сумму этих средств по ставке рефинансирования Банка России. Эта норма текстуально не совпадает со ст. 856 ГК РФ. Несмотря на это, едва ли воля законодателя была направлена на установление различного правового режима для сходных отношений. Исторический метод толкования закона показывает, что как часть вторая ГК РФ, так и редакция ст. 31 названного Закона, рассматривались законодателем в одно и то же время, а Закон о банках и банковской деятельности вступил в силу на несколько недель раньше, чем часть вторая ГК РФ. Таким образом, следует заключить, что расхождения в нормах имеют редакционное, а не содержательное значение.

Однако в доктрине представлена и другая точка зрения, согласно которой санкция, установленная в Законе о банках и банковской деятельности, применяется к тем случаям, за которые не установлена санкция ст. 856 ГК РФ (например в случае, когда банк по поручению клиента средства выдал или перечислил, но не отразил эту операцию на счете). Такой же позиции, но без конкретизации нарушений

придерживалась и судебная практика. После введения в действие части второй ГК РФ, было разъяснено, что санкции, установленные ч. 3 ст. 31 Закона о банках и банковской деятельности, применяются в отношении нарушений, за которые ст. 856 ГК РФ ответственности не устанавливает (п. 20 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). При этом следует констатировать, что данное разъяснение не имеет широкого применения на практике, поскольку все нарушения банками своих обязательств подпадают под действие комментируемой нормы, а названная норма Закона о банках и банковской деятельности не находит сферы для применения.

(л) Коллизия ст. 856 и п. 3 ст. 866 ГК РФ. Установление законодателем ответственности банка как в рамках договора банковского счета (ст. 856 ГК РФ), так и в рамках отдельных видов расчетов (ст. 866 ГК РФ) вызывает вопрос о порядке применения этих мер ответственности. Согласно п. 3 ст. 866 ГК РФ, если нарушение правил перевода денежных средств или условий договора повлекло несвоевременный перевод денежных средств, банки обязаны уплатить проценты в порядке и в размере, которые предусмотрены ст. 395 настоящего Кодекса. Проблема в том, что если банк несвоевременно переводит денежные средства, не выполняя распоряжение клиента об их перечислении, то такое действие подпадает под гипотезу как правил ст. 856 ГК РФ, так и п. 3 ст. 866 ГК РФ.

До 1 июня 2018 г. соотношение названных норм об ответственности определялось судебной практикой. Высшие суды указывали, что при рассмотрении споров, связанных с применением к банкам ответственности за ненадлежащее осуществление расчетов, следует учитывать, что если нарушение правил совершения расчетных операций при расчетах платежными поручениями повлекло неправомерное удержание денежных средств, то банк, в том числе и банк, привлеченный к исполнению поручения, уплачивает плательщику проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, на основании ст. 866 ГК РФ. Неправомерное удержание имеет место во всех случаях просрочки перечисления банком денежных средств по поручению плательщика. Клиент-плательщик, обслуживаемый банком по договору банковского счета, в случае неосновательного удержания этим банком денежных средств при исполнении платежного поручения вправе предъявить либо требование об уплате неустойки, предусмотренной ст. 856 Кодекса, либо требование об уплате процентов на основании ст. 866 ГК РФ (п. 22 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

Действующая редакция ст. 395 ГК РФ (п. 4) не допускает по общему правилу выбора средств защиты кредитора по денежному обязательству для случаев, когда за неисполнение денежного обязательства соглашением сторон установлена неустойка. В этом случае кредитор уполномочен по общему правилу только на взыскание неустойки. Однако проблема выбора между ст. 856 и 866 ГК РФ связана не с тем, что в обоих случаях взыскание санкции предусмотрено специальными нормами закона. Таким образом, новая редакция ст. 395 ГК РФ не покрывает настоящего случая, т.е. ситуации, когда за одно и то же действие в специальных нормах закона установлена обязанность уплаты неустойки (ст. 856 ГК РФ) и процентов (п. 3 ст. 866 ГК РФ), причем в обоих случаях санкция рассчитывается по правилам ст. 395 ГК РФ.

Поскольку изменение законодательства никак не повлияло в данном аспекте на установленное регулирование, постольку обоснованным представляется сохранение прежнего подхода, предоставляющего выбор в альтернативных способах защиты (взыскание процентов или взыскание неустойки) кредитору. При этом различие между этими способами номинальны, поскольку и в том, и в другом случае регулирование тождественно. Указанное разъяснение высших судов имеет лишь то значение, что не допускается кумулятивное взыскание санкций, предусмотренных в ст. 856 и п. 3 ст. 866 ГК РФ.

(м) Применение неустойки и начисление договорных процентов после расторжения. В судебной практике возникал вопрос о применении неустойки, предусмотренной комментируемой статьей, к случаю расторжения договора банковского счета. Было установлено, что ответственность, предусмотренная законом (ст. 856 и 866 ГК РФ) или договором, применяется к банку лишь за период до расторжения договора. Если после расторжения договора банк неправомерно удерживает остаток денежных средств на счете, а также суммы по неисполненным платежным поручениям, ответственность банка наступает в соответствии со ст. 395 ГК РФ (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Между тем позднее подходы в судебной практике к общим последствиям расторжения договора изменились. Судебная доктрина стала исходить из того, что расторжение договора далеко не всегда прекращает договорные обязательства, отношения сторон с момента расторжения переходят на свою ликвидационную стадию, но такая не всегда приводит к прекращению договорного обязательства. Применительно к рассматриваемому случаю юридической судьбы

законной неустойки это означает следующее. У банка перед клиентом было договорное обязательство на сумму остатка на счете; расторжение договора это денежное обязательство не прекращает, а направлено просто на закрытие счета и прекращение дальнейшего обслуживания. Обязанность банка вернуть клиенту сумму остатка на счете не превращается в момент расторжения в обязательство из неосновательного обогащения, а сохраняется как договорное с сохранением всех возможных обеспечений. А поскольку базовое обязательство остается, то и санкция, установленная в ст. 856 ГК РФ на сумму долга по данному обязательству в случае просрочки в его погашении, продолжает начисляться вплоть до фактического исполнения этого обязательства. Данный подход вытекает из п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 и применяется не только к вкладу и счету, но и к договорам займа и кредита.

С практической точки зрения в большинстве случаев не имеет принципиальной разницы, будет ли притязание владельца счета при расторжении договора банковского счета опираться напрямую на ст. 395 ГК РФ или на ст. 856 ГК РФ, ссылающуюся для фиксации формулы законной неустойки на правила все той же ст. 395 ГК РФ, в случае просрочки возврата суммы остатка на счете, поскольку уровень ответственности является одинаковым — расчет процентов по ключевой ставке Банка России. Однако в тех, должно быть, редких случаях, когда стороны понизили размер законной неустойки своим соглашением, указанное изменение в квалификации правовой природы обсуждаемых разновидностей гражданско-правовой санкции получит свое практическое воплощение. Суды допускают как увеличение, так и уменьшение сторонами уровня ответственности по ст. 395 ГК РФ, но ст. 332 ГК РФ запрещает понижение уровня установленной законом неустойки. Более правильным мы считаем признание приоритета за правилами ст. 856 ГК РФ и применение именно этой статьи за период после расторжения и до погашения банком своего долга.

Также признание сохранения договорной природы основного долга банка и после расторжения имеет важное значение как основание для сохранения обязанности по уплате процентов за пользование суммой на счете (п. 1 ст. 852 ГК РФ) после расторжения договора. Поскольку, допуская просрочку по возврату денежных средств, банк в экономическом смысле продолжает пользоваться денежными средствами клиента, имеются основания к применению унифицированного подхода: банк обязан к уплате регулятивных и охранительных процентов кумулятивно.

(н) Договорные санкции. В силу принципа свободы договора в соглашении о банковском счете могут быть установлены меры ответственности, в том числе договорная неустойка за нарушение тех или иных обязанностей, не подпадающих под действие ст. 856 ГК РФ. Также стороны свободны в увеличении размера неустойки за нарушения, которые поименованы в данной статье, однако в силу того, что такая неустойка является установленной законом, они не вправе уменьшить ее размер (п. 2 ст. 332 ГК РФ), несмотря на то что норма, определяющая ее размер (ст. 395 ГК РФ), является диспозитивной. Этот подход вызван тем обстоятельством, что банк обычно является более сильной стороной в переговорном процессе и мог бы существенно снизить размер собственной ответственности перед владельцем счета в договоре. Поэтому контроль *ex ante* за несправедливыми условиями в данном случае обоснован.

(о) Убытки при просрочке в осуществлении платежных операций. Задержка в списании и (или) перечислении (выдаче) денег со счета, а также задержка в зачислении поступивших для клиента денег является нарушением договора. Соответственно, в силу общих правил ст. 393 ГК РФ клиент вправе требовать возмещения убытков. В силу положений ст. 394 ГК РФ по общему правилу, если иное не предусмотрено в договоре или законе, такие убытки могут быть взысканы только в сумме, превышающей размер установленной в ст. 856 ГК РФ законной неустойки, рассчитываемой по правилам ст. 395 ГК РФ (или договорной неустойки, согласованной на случай указанных нарушений). Например, если из-за задержки в перечислении денег клиент оказался нарушившим свои обязательства перед неким третьим лицом (например, кредитором, в адрес которого клиент осуществлял платеж в счет погашения своего долга) и в связи с этим с клиента были взысканы в пользу этого третьего лица убытки и (или) неустойка, клиент вправе предъявить такие уплаченные им суммы в качестве своих убытков к возмещению банку.

(п) Требования в отношении остатка по счету в случае уклонения от совершения платежных операций по счету. Как отмечалось в п. «г» комментария к настоящей статье, в случае неосновательного списания со своего счета клиент, помимо законной (или договорной) неустойки и договорных процентов по счету, вправе требовать от банка восстановления остатка по счету в натуре или просто предъявить иск о взыскании основного долга на указанную сумму списанных средств. Но что, если нарушение состоит в нарушении сроков осуществления

платежных операций (задержек в списании и перечислении или задержек в зачислении)? Может ли и в таких ситуациях клиент заявить требование об исполнении банком своего основного обязательства?

Если банк задержал само списание денег со счета или перевод вовремя списанных денег на иные счета клиента или третьих лиц либо задержал выдачу своевременно списанных со счета денег наличными, но все-таки в конце концов совершил требуемые от него действия, вопрос встает лишь о взыскании неустойки по правилам ст. 395 ГК РФ (или договорной неустойки) и договорных процентов по счету, а также убытков в части, превышающей указанные санкции.

Но если банк так и не произвел списание или списал деньги, но так и не выдал их клиенту либо не перевел на указанные им счета? В такой ситуации простое начисление процентов по счету и мораторных штрафных санкций, а также взыскание убытков отнюдь не обеспечивают клиенту полную защиту.

Обязанности банка перед клиентом по списанию и переводу денег со счета клиента в адрес указанных в платежном документе третьих лиц имеют такую специфическую особенность, связанную с осуществлением особой — банковской — деятельности, что в судебной практике считалось недопустимым присуждение банка к исполнению обязательства по переводу денег со счета клиента по тому или иному маршруту платежа в натуре (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 апреля 2000 г. № 7883/99). Сейчас теоретически можно было бы допустить такое присуждение в условиях наличия в правовом порядке судебной неустойки (ст. 308.2 ГК РФ), однако данный способ защиты представляется крайне неэффективным, и широкого его использования на практике не наблюдается. Если деньги остались на счете, а банк так и не произвел списание, клиенту логичнее расторгнуть договор и потребовать перечислить в его пользу остаток по счету посредством обычного иска о взыскании долга. Если же деньги были списаны со счета, но далее банком перечислены со своего корсчета не были, клиент может выбирать: он может отозвать свое распоряжение, заявить требование о восстановлении остатка по счету, как и в случае с неосновательным списанием, но может и потребовать взыскания обычного денежного долга в свою пользу. Более разумным с точки зрения интересов самого клиента и понятным с точки зрения перспектив исполнения решения суда представляется расторжение договора и заявление иска о взыскании основного денежного долга на сумму удерживаемых банком средств.

Если длящееся нарушение банка состоит в том, что он неправоммерно задержал зачисление на счет клиента поступивших для него средств,

клиент может потребовать либо зачисления указанной суммы на свой счет, либо взыскания этой суммы в качестве обычного денежного долга. Последнее куда логичнее, так как разумный клиент, столкнувшись с таким поведением банка, скорее всего, немедленно расторгнет договор, закроет счет и попытается найти новый банк.

(р) Публично-правовые ограничения. В соответствии с Законом о противодействии легализации доходов на банки возложена еще одна функция, несвойственная коммерческим организациям по контролю соответствующих банковских операций, в том числе влекущая отказ в исполнении поручений клиентов. Банки оказались в двусмысленном положении. С одной стороны, общие принципы обязательственного права, деловая этика, принципы конкуренции и т.п. требуют от банка проявления лояльности по отношению к своим клиентам. С другой стороны, публичное право возлагает на них такие контрольные функции, исполнение которых весьма существенно ограничивает имущественные права клиентов банков.

Согласно п. 11 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов банк вправе отказать в выполнении распоряжения клиента о совершении конкретной расходной операции, по которой банку не представлены документы, необходимые для фиксации информации в соответствии с положениями данного Закона, а также в случае, если в результате реализации разработанных самим банком правил внутреннего контроля у работников банка возникают всего лишь подозрения, что операция совершается в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. При этом согласно п. 12 той же ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов такой отказ от выполнения операций не является основанием для возникновения гражданско-правовой ответственности банка перед клиентом за нарушение условий соответствующих договоров.

Оставляя здесь в стороне сомнения в конституционности названного Закона, следует отметить, что в судебной практике отказ в перечислении денежных средств на основании данного Закона признается не противоречащим ст. 856 ГК РФ и не влечет ответственности банка (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 3173/13). С гражданско-правовой точки зрения, видимо, такую ситуацию следует квалифицировать как временную невозможность исполнения банком своего обязательства, за которую он не несет ответственности, по аналогии со ст. 417 ГК РФ. В этом случае банк совершает правомерное действие, выполняя несвойственную ему

публично-правовую функцию, и технически выступает как бы в двух лицах. Принимая соответствующее решение на основании названного закона, он выступает в качестве соответствующего государственного органа, а не исполняя на основании данного решения распоряжений своего клиента в качестве стороны гражданского правоотношения (договора), он подчиняется собственному же публично-правовому решению, которое влечет невозможность исполнения гражданско-правового обязательства с его стороны.

В то же время такая ответственность исключается, только если поведение банка было правомерно и соответствовало положениям Закона о противодействии легализации доходов. При неправомерной задержке в осуществлении переводов со счета или зачислении на счет банк должен нести ответственность.

(с) Обязанность банка при необоснованном списании в соотношении с обязанностью ее получателя. При необоснованном списании денежной суммы со счета клиента возможно выделить две ситуации, которые разнятся в зависимости от прав получателя, которому поступили такие денежные средства. Первый казус общим образом характеризуется тем, что получатель денежных средств имеет то или иное правовое основание на получение от клиента соответствующей суммы (по договору или иной сделке, по недоговорному основанию, например по возмещению вреда и т.п.). В таком случае клиенту открыто только средство защиты своих интересов по отношению к банку, причем, видимо, надо заключить, что требовать восстановления списанной банком на своем счете этой денежной суммы клиент права не имеет, несмотря на то что списание было произведено неправомерно при отсутствии на то волеизъявления клиента. Обратный подход, по существу, позволил бы клиенту обогатиться за счет банка при отсутствии для этого экономических оснований: долг клиента перед своим кредитором был бы погашен за счет списанной банком суммы и такая же сумма поступила бы клиенту за счет имущества банка. В описанной ситуации все, что остается клиенту, — это требовать от банка возмещения убытков, если таковые возникнут из-за одного лишь факта списания денежных средств без волеизъявления клиента.

Вторая ситуация характеризуется тем, что списание средств произведено без волеизъявления клиента и получатель этих средств не имеет правового основания их приобретения. В таких обстоятельствах у клиента имеются конкурирующие средства защиты своих нарушенных прав. Во-первых, они имеют право требовать от банка восстановления неправомерно списанной суммы на своем счете. Такое требование

обосновывается нарушением банком договора банковского счета (договорный иск). Во-вторых, владелец счета вправе требовать возврата неосновательно полученной третьим лицом суммы денежных средств (кондикционный иск). Видимо, есть основания для отнесения такого обязательства к солидарным. Тот факт, что солидаритет возникает из различных правовых оснований (нарушение договора у одного лица (банка) и неосновательное обогащение у другого лица (кондикционный должник)) не является логическим препятствием для квалификации правоотношения в качестве солидарной множественности лиц на стороне должника. Солидарное обязательство может возникать из различных правовых оснований (договорное, кондикционное, деликтное и др.). Однако при таком солидаритете изменяются общие правила разверстки (ст. 325 ГК РФ). Если клиент удовлетворит свое притязание за счет банка, последний имеет регрессное требование в отношении кондикционного должника, причем в полной сумме. Удовлетворение требования владельца счета за счет кондикционного должника не дает ему регресса к банку. Вторая ситуация может иметь более сложную структуру правовых связей, например, когда работник банка действует в сговоре с незаконным получателем денежных средств. В такой ситуации в случае восстановления банком остатка по счету или перевода соответствующей суммы на иной счет клиента разверстка уплаченного клиенту банком может быть осуществлена между работником и незаконным получателем средств, ставшими, в свою очередь, солидарными должниками банка. Анализ всех возможных разновидностей подобного рода казусов выходит за пределы настоящего комментария.

Статья 857. Банковская тайна

1. Банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте.

2. Сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям, а также предоставлены в бюро кредитных историй на основаниях и в порядке, которые предусмотрены законом. Государственным органам и их должностным лицам, а также иным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и порядке, которые предусмотрены законом.

3. В случае разглашения банком сведений, составляющих банковскую тайну, клиент, права которого нарушены, вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков.

Комментарий

1. Общее правило. Одним из конституционных прав является право на личную тайну. Из ч. 1 ст. 23 Конституции РФ следует, что каждый, помимо прочего, имеет право на неприкосновенность частной жизни и личную тайну. Банковская тайна, гарантированная законом владельцам банковских счетов, является производной от конституционного права на неприкосновенность частной жизни и личную тайну.

Позволим здесь пространную цитату из Постановления КС РФ от 14 мая 2003 г. № 8-П: «Из конституционных гарантий неприкосновенности частной жизни, личной тайны и недопустимости распространения информации о частной жизни лица без его согласия вытекают как право каждого на сохранение в тайне сведений о его банковских счетах и банковских вкладах и иных сведений, виды и объем которых устанавливаются законом, так и соответствующая обязанность банков, иных кредитных организаций хранить банковскую тайну, а также обязанность государства обеспечивать это право в законодательстве и правоприменении. Тем самым Конституция Российской Федерации определяет основы правового режима и законодательного регулирования банковской тайны как условия свободы экономической деятельности, вытекающей из природы рыночных отношений, и гарантии права граждан на свободное использование своего имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также как способа защиты сведений о частной жизни граждан, в том числе об их материальном положении, и защиты личной тайны.

Следовательно, по смыслу Конституции Российской Федерации институт банковской тайны по своей природе и назначению имеет публично-частный характер и направлен на обеспечение условий для эффективного функционирования банковской системы и гражданского оборота, основанного на свободе его участников; одновременно данный институт гарантирует основные права граждан и защищаемые Конституцией Российской Федерации интересы физических и юридических лиц. Этим должны предопределяться устанавливаемые федеральным законодателем объем и содержание правомочий органов государственной власти и их должностных лиц, являющихся носителями публичных функций, в их отношениях с банками, иными кредитными организациями и их клиентами, а также объем и содержание прав и обязанностей клиентов в их отношениях как с банками, иными кредитными организациями, являющимися носителями финансовой информации, так и с органами государственной власти и их должност-

ными лицами, могущими лишь в целях реализации указанных функций пользоваться банковской тайной, затрагивая тем самым частную жизнь и личную тайну граждан.

Согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации, конкретизирующему и развивающему приведенные положения Конституции Российской Федерации в соответствии с основными началами гражданского законодательства, в том числе равенством, автономией воли и имущественной самостоятельностью участников гражданско-правовых отношений, недопустимостью произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте; сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям; государственным органам и их должностным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, предусмотренных законом; в случае разглашения банком сведений, составляющих банковскую тайну, клиент, права которого нарушены, вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков (статья 857).

Банковская тайна, таким образом, означает защиту банком в силу требования закона сведений, разглашение которых может нарушить права клиента. Предусматривая обязанность банка обеспечить банковскую тайну и определяя ее основные объекты, включая тайну банковского вклада, субъекты права на банковскую тайну, их обязанности и гражданско-правовую ответственность, Гражданский кодекс Российской Федерации одновременно устанавливает, что пределы возложенной на банк обязанности хранить банковскую тайну определяются законом».

Одним из фундаментальных принципов гражданского права является принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Он проявляется в отдельных институтах и правовых режимах как в вещном праве, так и в обязательственных отношениях. В правоотношениях по договору банковского счета (вклада) его проявление обнаруживается, в частности, в понятии «банковская тайна».

Открытость информации о состоятельности того или иного лица может провоцировать антисоциальные элементы общества на противоправные деяния в отношении как личности, так и ее имущества. Человек может испытывать неудобство того или иного рода от того, что информация о его финансах становится известна третьим лицам. Поэтому правопорядок должен обеспечить приватность в отношениях между банком и его клиентом, а также приватность сведений о финансовой активности самого клиента.

Ни сведения о клиенте, ни его операции по счету не могут быть раскрыты кому-либо, за исключением случаев, предусмотренных законом. Для обеспечения этого интереса владельца банковского счета банк обязан гарантировать сохранность банковской тайны.

1.1. Объект банковской тайны. Согласно буквальному толкованию комментируемой статьи, банковская тайна состоит из трех элементов, которые соответственно охватывают информацию:

- 1) о счете (вкладе);
- 2) об операциях по счету;
- 3) о сведениях о клиенте.

С одной стороны, в данном подходе можно усмотреть некоторые признаки тавтологичности, поскольку информация о счете, как представляется, уже охватывает и сведения о клиенте, и данные об операциях по счету. С другой стороны, установление определения банковской тайны с неизбежностью устанавливает ее содержательные пределы, что может привести к такому негативному результату, как необоснованное ограничительное понимание сведений, составляющих банковскую тайну.

С учетом целей законодателя по охране соответствующего интереса владельцев счетов трехэлементный состав следует толковать расширительно, определяя каждый раз, может ли названный законный интерес оказаться нарушенным вследствие раскрытия той или иной информации. Например, остаток по счету не относится ни к понятию операции по счету, поскольку никакой операции с ним не совершается, ни к понятию клиента, поскольку остаток по счету является результатом арифметического действия и является абстрактной фигурой. Однако, как только сведения об остатке по счету окажутся связанными с конкретным счетом (его номером или принадлежностью соответствующему лицу), такие сведения становятся элементом понятия «банковская тайна».

1.2. Закон о банках и банковской деятельности. Помимо ГК РФ, отношения, связанные с банковской тайной, регулирует ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности. Согласно данной норме кредитная организация, Банк России, организация, осуществляющая функции по обязательному страхованию вкладов, гарантируют тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов. Все служащие кредитной организации обязаны хранить тайну об операциях, о счетах и вкладах ее клиентов и корреспондентов, а также об иных сведениях, устанавливаемых кредитной организацией, если это не противоречит федеральному закону.

Текстуальное несовпадение статьи ГК РФ и статьи названного Закона не вызывает конфликта этих норм. Во-первых, данные пра-

вила имеют не полностью совпадающую сферу регулирования. Если ст. 857 ГК РФ регулирует только отношения по договору банковского счета (вклада), то норма отраслевого закона распространяется на более широкую сферу отношений, причем не только касающихся банковского счета и не только в связи с гражданскими отношениями. Так, например, банк обязан не разглашать сведения о выданном кредите заемщику, хотя бы он и не являлся обслуживающим его банком. Также по запросу компетентного органа банк обязан выдать банковскую тайну в отношении подследственного лица. Во-вторых, использованные в отраслевом законе термины не расходятся по своему значению с терминами ГК РФ.

1.3. Обязанные субъекты. Обязанными субъектами по гарантированию банковской тайны являются не только банки, но и иные кредитные организации, поскольку в соответствии с п. 6 ст. 845 ГК РФ правила комментируемой главы распространены и на другие кредитные организации. Обязанность по гарантированию банковской тайны возникает не только в связи с договором банковского счета, но и в отношениях, связанных с банковским вкладом, поскольку в соответствии с п. 3 ст. 834 ГК РФ к отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются правила о договоре банковского счета (гл. 45), если иное не предусмотрено правилами гл. 44 или не вытекает из существа договора банковского вклада. Кроме того, на обязанность охраны банковской тайны в связи с договором вклада прямо указано в комментируемой норме.

1.4. Характер обязанности банка. На первый взгляд обязанность банка гарантировать банковскую тайну относится к разновидности обязательства типа *praestare* — гарантировать, обеспечить. Это не исключает того, что у банка имеется и классическая обязанность *facere* — сделать (банк обязан совершать соответствующие действия по сохранности релевантной информации), и обязанность *non facere* — не делать (т.е. не совершать действий, которые могут повлечь разглашение банковской тайны). Тот факт, что обязанность банка состоит в гарантировании банковской тайны, означает, что банк несет ответственность и тогда, когда он осознанно не разглашал банковскую тайну третьим лицам и его поведение абсолютно безупречно, но банковская тайна оказалась тем не менее разглашена по обстоятельствам, находящимся в сфере его контроля.

Конечно, если некто взломал или украл смартфон клиента и получил доступ к данным о счете клиента и при этом банк нельзя винить в недостаточно эффективной защите своего приложения для смартфона, то банк не несет ответственности, так как произошедшее нахо-

дится в сфере контроля клиента. Но если система безопасности банка была выстроена на высшем уровне и поведение банка соответствовало всем требованиям, однако некто взломал именно банковскую систему и украл данные о счете клиента, банк будет нести ответственность. Банк как коммерческий субъект отвечает независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

По той же причине, если разглашение произошло в связи с неправомерными действиями правоохранительных органов, без правовых оснований изъявших у банка документацию или сервера, содержащие информацию о счете клиента, а далее эта информация стала публичной по вине сотрудников тех же правоохранительных органов, клиент вправе требовать возмещения убытков от банка. В этом случае банк, возместив убытки клиенту, может компенсировать свои потери, предъявив требование к публично-правовому образованию, правоохранительные органы которого допустили названное нарушение. Если аналогичные неправомерные действия были совершены в отношении документации и серверов самого клиента, банк ответственности не несет, так как произошедшее находится не в сфере его контроля.

Отвечает банк и за такое разглашение, которое произошло по вине третьих лиц, привлеченных банком к исполнению своих обязательств (например, сервисной компании, обслуживавшей сервер банка, или аудитора). Это следует из правил ст. 403 ГК РФ.

Спорный вопрос возникает в ситуации, когда информация оказалась разглашена бывшим сотрудником банка после его увольнения, т.е. в ситуации, когда на момент разглашения данный сотрудник уже не состоял в каких-либо правоотношениях с банком. Как представляется, банк должен отвечать и в такой ситуации, даже если он предпринял все меры для того, чтобы обеспечить охрану банковской тайны бывшими сотрудниками после их увольнения (например, связал их соглашением о неразглашении). Наличие такого соглашения о неразглашении облегчит банку впоследствии после удовлетворения иска клиента об убытках взыскание уплаченных клиенту средств со своего бывшего сотрудника. Но перед клиентом отвечать будет все равно банк, так как поведение бывших сотрудников логичнее отнести к сфере контроля банка. Последнему куда проще предотвратить материализацию такого риска или впоследствии привлечь к ответственности своего бывшего сотрудника, чем клиенту, а принципы справедливости и экономической эффективности требуют возложения данных рисков на тех, кто ближе к их источнику и проще может предотвратить их материализацию или компенсировать последствия.

Ответственность банка исключается, только если информация была распространена самим клиентом или раскрыта банком государственным органам на основании закона.

1.5. Диспозитивность или императивность. Комментируемая норма является императивной в том смысле, что полное устранение обязанности по гарантии банковской тайны ничтожно. В то же время формально не противоречит закону установление в договоре с клиентом, не являющимся потребителем, условий об ограничении ответственности по сумме возмещения (ст. 400 ГК РФ), которое, впрочем, не будет работать в случае умышленного нарушения (п. 4 ст. 401 ГК РФ), а также переключения ответственности банка в режим виновной (в силу диспозитивности п. 3 ст. 401 ГК РФ). Формальная законность данных условий не исключает возможность в конкретных обстоятельствах заблокировать такое условие в силу его явной несправедливости по правилам ст. 10 и 428 ГК РФ (например, когда предел возмещения убытков носит смехотворно низкий уровень).

В контексте потребительских договоров счета любые подобные попытки банка ограничить свою ответственность незаконны *ex ante* в силу того, что они ограничивают права потребителя (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

Если клиент в договоре с банком или на основании отдельного распоряжения выражает свою волю на предоставление информации о счете прямо указанным в договоре третьим лицам (например, своим родственникам, адвокату и т.п.), ответственность банка исключается, так как не происходит само нарушение режима банковской тайны. Соответствующее волеизъявление клиента о допуске к информации о своем счете третьих лиц может рассматриваться как своего рода доверенность, уполномочивающая определенных лиц на получение информации о своем счете.

В качестве примера правомерного предоставления банком информации о банковском счете третьим лицам может выступать правовой режим залогового счета. В соответствии с п. 2 ст. 358.12 ГК РФ банк по требованию залогодержателя, предъявленному в письменной форме, обязан предоставлять ему сведения об остатке денежных средств на залоговом счете, об операциях по указанному счету и о предъявленных по счету требованиях, а также о запретах и об ограничениях, наложенных на указанный счет.

В силу принципа свободы договора стороны соглашения о банковском счете могут расширить круг информации, не подлежащей разглашению банком, если это не противоречит закону.

Кроме того, наличие требования к банку по гарантии банковской тайны не отменяет действия норм других законов, направленных на реализацию конституционного правила тайны личной жизни (например, законодательства о персональных данных).

1.6. Право клиента на распространение информации о своих счетах.

Банковская тайна устанавливается в интересах владельца счета, а не банка. Поэтому сам клиент может сообщать информацию о своих счетах кому угодно и в какой угодно форме и любого содержания. Банк не вправе ограничивать клиента в отношении предоставления им сведений о своих счетах, в том числе с указанием информации о банке.

1.7. Уступка. Охрана банковской тайны получила несколько неожиданную трактовку в аспекте уступки требования. На практике, особенно в коммерческом обороте, при уступке требования цессионарию cedent (который может быть одновременно обслуживающим клиента банком) передает соответствующие документы цессионарию. Тем самым цессионарий получает информацию о банковских реквизитах должника по уступленному требованию. Например, такая ситуация может случиться, когда банк уступает третьим лицам требование к клиенту о погашении предоставленного овердрафта по счету. В такой ситуации цессионарий узнает и сами реквизиты счета клиента, и данные о его овердрафтных операциях. В связи с этим возникает вопрос, не являются ли такие действия нарушением требований комментируемой статьи. Ответ на него должен быть отрицательным. Разумный субъект гражданского оборота, заключая гражданско-правовой договор с указанием своих банковских реквизитов, не может не учитывать, что право требования к нему является оборотоспособным и может быть уступлено. То же касается и данных об овердрафте, о которых может узнать цессионарий при приобретении соответствующего требования. Цессионарий является правопреемником cedenta, которому должник в обязательстве добровольно предоставил информацию, составляющую банковскую тайну. Следовательно, как cedent, так и цессионарий получают информацию, составляющую элемент банковской тайны по воле лица (должника в обязательстве), что означает отсутствие нарушения ст. 857 ГК РФ.

Неопределенность в отношении допустимости передачи сведений, составляющих банковскую тайну, подвигает кредиторов к включению в договор условия о допустимости разглашения информации при уступке требования. Однако такие условия в договорах с гражданами в судебной практике ранее признавались нарушающими права потребителя, в том числе на основании нарушения комментируе-

мой статьи ГК РФ (Постановление КАД ВС РФ от 10 декабря 2014 г. № 307-АД14-1846). Согласно приведенным выше аргументам, такая практика не соответствует смыслу закона и наносит вред оборотоспособности обязательственных требований, что в конечном счете негативно влияет на доступ к кредиту и бьет по интересам тех, кого суд считает необходимым защитить.

В практике арбитражных судов допустимость уступки требований, сопряженной с раскрытием сведений, составляющих банковскую тайну, поддерживается. Уступка требований, вытекающих из кредитного договора, не нарушает нормативных положений о банковской тайне (ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности): ВАС РФ считает, что цессионарий, его должностные лица и работники обязаны хранить ставшую им известной информацию, составляющую банковскую тайну, и эти лица несут установленную законом ответственность за ее разглашение (в том числе и в виде обязанности возместить заемщику причиненный разглашением банковской тайны ущерб) (п. 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146). Кроме того, в Законе о потребительском кредите прямо предусматривается, что при уступке прав (требований) по договору потребительского кредита (займа) кредитор вправе передавать персональные данные заемщика и лиц, предоставивших обеспечение по договору потребительского кредита (займа), в соответствии с законодательством Российской Федерации о персональных данных (ч. 2 ст. 12).

Впрочем, уступка банком своего требования к клиенту (например, по погашению овердрафта или уплате тех или иных комиссий) позволяет признать правомерной передачу цессионарию только той информации о счете клиента, остатке на нем и операциях, которая оправдывается целью совершаемой сделки уступки. Все, что не вписывается в этот критерий, может быть признано неправомерным разглашением банковской тайны.

Но здесь возникает интересный вопрос: если согласно позиции ВАС РФ цессионарий становится обязанным в этом аспекте перед клиентом в отношении охраны банковской тайны, как это соотносится с нормами ГК РФ о перемене лиц в обязательстве? Ведь замена должника требует согласия кредитора, а в отношении обязанности по охране банковской тайны должником является банк. Видимо, судебная практика не считает в данном вопросе интерес в сохранении личности обязанного по охране банковской тайны лица заслуживающим уважения и допускает, что подобная организационная обязанность следует судьбе уступленного обязательственного притязания. Но важный нюанс заключается в следующем: не возникает никаких сомнений в том,

что банк после уступки требования также остается связан банковской тайной. Получается, данная обязанность не переводится на цессионария, а расширяется по кругу обязанных лиц: после уступки охранять банковскую тайну клиента должен уже не только банк, но и цессионарий. И еще один вопрос, который здесь возникает, состоит в том, не стоит ли признать банк ответственным за разглашение банковской тайны, которую банк передал цессионарию? Все эти вопросы в полной мере в российском праве не разработаны.

1.8. Универсальное правопреемство и иные подобные случаи. Не будет считаться нарушением банковской тайны и передача соответствующей информации о клиенте и его счете другому лицу при реорганизации банка в форме слияния, присоединения или выделения.

1.9. Раскрытие информации при судебной защите прав. Телеологическое толкование правил о банковской тайне исключает возможность их применения в случае, когда та или иная информация о банковских операциях клиента оказалась доступной публично в связи с рассмотрением споров банка и клиента, а также банка и третьих лиц (включая государственные органы) в государственных судах. Клиент, заключая договор, должен осознавать, что взаимодействие с банком по данному договору, а также банка и третьих лиц в связи с данным договором может порождать судебные споры, и никакой режим банковской тайны не может заблокировать возможность представления в суд тех или иных доказательств (которыми могут быть при необходимости и данные об операциях клиента), а в силу того, что судебное разбирательство в РФ по общему правилу носит открытый характер, соответствующие данные (например, об отдельных операциях по счету) могут стать публичными и даже попасть в текст судебного решения. Впрочем, данное исключение работает только тогда, когда раскрытие банковской тайны действительно предопределялось логикой судебного спора и было разумно необходимо.

2. Допустимость раскрытия банковской тайны. Поскольку банковская тайна уставлена правопорядком в интересах клиентов банков, ее правовой режим не может обернуться против самого клиента. Сведения, составляющие банковскую тайну, предоставляются клиенту. При этом модальность данной нормы, заключающаяся в том, что данные сведения могут быть предоставлены, не должна вводить в заблуждение. Имеется в виду, что банк не только может, но и обязан предоставить соответствующие сведения клиенту, поскольку это действие входит в содержание его обязанности. Владельцы счетов не могут эффективно управлять своими финансами без соответствующей информации.

Кроме того, они часто нуждаются в подтверждении от банка в действительности тех или иных данных (размер остатка по счету, совершение тех или иных операций и т.п.).

2.1. Предоставление сведений представителю клиента. Сведения, составляющие банковскую тайну, могут предоставляться не только клиенту лично, но и его представителю. Это положение также очевидно, поскольку совершение действий по договору банковского счета не относится к таким, когда личность кредитора (клиента) имеет значение для должника (банка).

Первое предложение комментируемой нормы (в части предоставления сведений клиенту и его представителю), строго говоря, является избыточным, поскольку из существования обязательства следует, что сведения, составляющие банковскую тайну, не могут быть сокрыты от самого клиента. То же самое можно сказать и о предоставлении сведений представителю клиента, поскольку представительство имеет общий характер и не требует всякий раз указания в законе на его допустимость. Включение данной нормы в ГК РФ, видимо, оправдывается тем соображением, что устранение всякой неопределенности в этом отношении видится правопорядку более предпочтительным, чем законодательная экономия.

В отношении предоставления сведений представителю клиента может возникать вопрос о содержании доверенности, которой по семантическому смыслу достаточно, чтобы выдать соответствующие сведения представителю. Иными словами, необходимо ли в доверенности специально устанавливать полномочие на получение сведений, составляющих банковскую тайну, или достаточно общего правомочия на распоряжение счетом, чтобы представитель был уполномочен на получение соответствующих сведений? Представляется верным последнее предположение: правомочие на распоряжение счетом по общему правилу подразумевает и правомочия на получение релевантных сведений по той простой причине, что это обусловлено функционально. Как и сам клиент, его представитель в большинстве случаев не сможет эффективно выполнять свою функцию, не имея достаточной информации о состоянии счета. Поэтому, если содержание доверенности не указывает на иное или в ней прямо не предусмотрен запрет на получение тех или иных сведений, такой представитель уполномочен и на получение соответствующих сведений.

2.2. Взимание платы за предоставление информации о счете. Предоставление клиенту сведений, составляющих банковскую тайну, является частным случаем исполнения банком своих обязательств по договору банковского счета. Предоставление сведений является

услугой, которую банк оказывает клиенту. Возможно ли взимание банком той или иной комиссии за предоставление клиенту доступа к информации о счете?

Как представляется, как минимум один способ получения информации о счете должен банком обеспечиваться безусловно и безвозмездно: иное просто вступало бы в противоречие с природой договора счета. Если речь идет о счете юридического лица, нет особых возражений против установления в договоре отдельной платы за обеспечение доступа организации к информации о счете (например, в рамках программы «банк – клиент»). Но ситуация со счетами граждан выглядит несколько иначе. Логично исходить из того, что как минимум один способ оперативного доступа клиента к информации о состоянии своего счета банк должен обеспечить без взимания дополнительной платы (т.е. эта опция должна входить в минимальный пакет услуг, предлагаемых клиенту). В реальности так оно и происходит (как правило, речь идет о доступе клиента к информации о счете в личном кабинете на сайте банка). На практике банки обычно предусматривают в условиях договоров взимание платы за информирование клиента о каждой отдельной операции отдельным сообщением (например, в виде СМС-сообщений или электронных сообщений за отдельную плату). Может обсуждаться вопрос о том, не следует ли в современных реалиях и с учетом положений Закона о национальной платежной системе о рисках несанкционированных списаний (см. п. «г» комментария к ст. 856 ГК РФ) установить безусловную обязанность банка уведомлять клиента о каждой операции отдельным электронным сообщением бесплатно, если клиент сам не отказывается от такой опции.

2.3. Бюро кредитных историй. Первое предложение комментируемого пункта содержит также указание на то, что банк предоставляет сведения, составляющие банковскую тайну, в бюро кредитных историй. Основания и порядок предоставления такой информации определяются законом, а не договором. Это дополнение, которое не было изначально включено в ГК РФ при его принятии, включено в 2004 г. в связи с принятием Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ «О кредитных историях».

Данное положение нарушает принцип системного расположения законодательного материала. Примечательно, что норма о кредитных историях включена в главу о банковском счете, а не в главу о займе.

Предоставление сведений бюро кредитных историй не представляет собой договорного обязательства между клиентом и банком. Это императивная норма публичного права, поскольку она установлена

в интересах всего общества. В самом общем виде это положение защищает общественный интерес в стабильности банковской системы, поскольку позволяет банкам снижать свои риски при кредитовании. Кроме того, это позволяет применять более справедливые ставки кредитования, поскольку исправные заемщики не должны переплачивать за риски, созданные неисправными заемщиками.

2.4. Раскрытие банковской тайны государственным органам и иным лицам. Второе предложение комментируемого пункта представляет собой установление ограничения права на банковскую тайну клиента. Развитие законодательства последних лет свидетельствует о все большем разрастании соответствующего исключения, банковская тайна все больше и больше сужает свои границы.

На основании закона сведения, составляющие банковскую тайну, предоставляются трем категориям лиц:

- 1) государственным органам;
- 2) должностным лицам государственных органов;
- 3) иным лицам (с 1 июня 2018 г.).

Случаи и порядок предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, устанавливаются законом.

Комментируемая норма указывает на то, что соответствующие сведения предоставляются исключительно в случаях и порядке, которые предусмотрены законом. Юридикто-технически такая модальность исключительна, не имеет собственного предмета действия. Это своего рода политико-правовое предупреждение для самого законодателя. Если закон предусматривает предоставление соответствующих сведений, такая норма будет иметь силу и без добавления о том, что она принята ввиду исключительности случая. Ограничение размывания права на личную тайну весьма уместно, хотя и не очень действенно, судя по разрастающемуся числу исключений.

Всякое ограничение законом права на банковскую тайну может являться основанием для конституционного контроля (Постановление КС РФ от 14 мая 2003 г. № 8-П), поскольку в силу тех или иных политических и бюрократических причин может не соответствовать требованию Конституции РФ о соразмерности и допустимости ограничения конституционных прав (ч. 3 ст. 55).

Перечень случаев и порядок предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, содержится в ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности. Такие случаи могут устанавливаться и в других федеральных законах, но они не могут устанавливаться в нормативных актах субъектов РФ, муниципальных образованиях или в иных правовых актах.

Встречается иногда тезис о том, что никакой другой закон, кроме Закона о банках и банковской деятельности, не может устанавливать исключение из правила о банковской тайне. Этот тезис не выдерживает критики. Другие законы имеют не меньшую юридическую силу. В самой же ст. 857 ГК РФ никакой отсылки именно к Закону о банках и банковской деятельности нет. Употребление в п. 2 ст. 857 ГК РФ термина «закон» в единственном числе никак не указывает на то, что имеется в виду именно Закон о банках и банковской деятельности, и является весьма зыбким и схоластическим основанием для выведения мысли о том, что речь не может идти о ряде законов.

Несмотря на то что, как мы видим, в законодательстве не установлено требование о допустимости предоставления банковской тайны только в случаях, указанных в ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности, судебная практика содержит примеры именно такого подхода. В соответствии со ст. 25 Закона о защите конкуренции антимонопольному органу предоставлено право запрашивать в том числе информацию, составляющую собой охраняемую законом тайну, но в ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности данный орган не назван. Ввиду этого, а также, видимо, из-за противоречивого содержания нормы антимонопольного закона, исходя из регламента его деятельности, судебная практика не признает наличие у названного органа права на получение сведений, составляющих банковскую тайну (Постановление КАД ВС РФ от 20 апреля 2016 г. № 309-АД16-2859). Однако судебная практика непоследовательна, поскольку отсутствие указания в названной ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности на судебных приставов-исполнителей не препятствует признанию правомерности истребования ими сведений, составляющих банковскую тайну, на основании иных федеральных законов (Постановление КАД ВС РФ от 3 февраля 2016 г. № 307-АД15-19026). Помимо непоследовательности в мотивах, она прямо противоречит закону, поскольку начиная со 2 октября 2007 г. согласно ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности органы принудительного исполнения судебных актов прямо названы в числе органов, имеющих право на получение сведений, составляющих банковскую тайну. В практике арбитражных судов такое право судебных приставов-исполнителей тоже признавалось (п. 19 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 июня 2004 г. № 77) (о соответствующем праве судебных приставов-исполнителей см. также Постановление КС РФ от 14 мая 2003 г. № 8-П).

Также следует отметить, что согласно закону информация, содержащая банковскую тайну, передается банками налоговым органам (ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности, п. 1.1 ст. 86 НК РФ).

Кроме того, некоторые государственные органы обязаны раскрывать другим государственным органам информацию, содержащую банковскую тайну. Так, например, раскрыть такую информацию судебному приставу-исполнителю, а также взыскателю, предъявившему исполнительный лист, по их запросу обязаны налоговые органы (ч. 8–9 ст. 69 Закона об исполнительном производстве).

2.5. Объем предоставляемой третьим лицам информации. Помимо вопроса о субъекте, имеющем право требовать предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, на практике возникает вопрос и об объеме информации, которую такие субъекты вправе истребовать.

Судебная практика имеет примеры ограничительного толкования понятия «банковская тайна». Так, по одному из дел было признано, что копии банковских карточек, учредительных документов, выписок и платежных поручений по счету не относятся к той информации, которую вправе истребовать налоговый орган (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июля 2005 г. № 2338/05). Такой подход представляется небесспорным. Соответствующие органы и иные лица, которым законом предоставлено право получать сведения, составляющие банковскую тайну, должны наделяться законодателем такой компетенцией исходя из цели эффективного осуществления соответствующих функций. В противном случае цель, ради достижения которой ограничены права на банковскую тайну (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ), не будет достигаться. Для налогового контроля получение выписок и платежных поручений по счету требуется для осуществления своих функций. Конституционная обязанность каждого платить законно установленные налоги является той целью, ради которой ограничиваются права владельцев счетов, поскольку это необходимо для всеобщего блага, т.е. для всего общества и государства, которое не может осуществлять свои функции без необходимого финансирования за счет уплаты налогов гражданами и юридическими лицами.

В то же время предоставление соответствующего права государственным органам и иным лицам не должно приводить к злоупотреблению этим правом или к незаконным действиям по истребованию нерелевантных документов. В случае если законодательство не ограничивает перечень документов и иной информации, которую вправе истребовать соответствующий субъект, последний обязан доказать, что такая информация необходима для выполнения им своей функции.

3. Ответственность. Возмещение убытков за нарушение субъективного гражданского права является общим правилом (ст. 15 ГК РФ).

Требование правообладателя о возмещении таких убытков является универсальным способом защиты нарушенного гражданского права, поэтому, если законом не установлено специального способа защиты нарушенного права, пострадавший клиент по меньшей мере всегда имеет право на возмещение убытков. Таким образом, законодателю нет необходимости всякий раз при описании того или иного права устанавливать норму о праве кредитора на возмещение убытков при его нарушении. С этих позиций п. 3 ст. 857 ГК РФ может показаться избыточным.

Законодатель, устанавливая это положение, видимо, исходил из того, что не всякое разглашение банковской тайны управомочивает владельца счета на возмещение убытков. Разглашение банковской тайны банком может быть правомерным или противоправным. Соответственно, правомерное разглашение сведений, составляющих банковскую тайну, не является нарушением субъективного гражданского права клиента (см. п. 1–2 ст. 857 ГК РФ). В данном случае – и на это указывает комментируемый пункт – у клиента нет права на сохранение банковской тайны, а потому ее разглашение не нарушает прав клиента.

Право на банковскую тайну клиента, будучи разновидностью конституционного права, защищается не только гражданским, но также административным (ст. 13.14 КоАП РФ) и уголовным (ст. 183 УК РФ) законом.

Один лишь факт разглашения банковской тайны далеко не всегда приводит к образованию убытков у владельца счета. Право клиента может оказаться нарушенным вследствие разглашения банковской тайны, но без возникновения имущественных потерь у владельца счета. Кроме того, доказать возникновение убытков именно вследствие разглашения банковской тайны не очень простое дело. Видимо, наличие этих препятствий является причиной отсутствия большого числа судебных споров о взыскании убытков. Установление в договоре банковского счета неустойки или иного юридического способа, удерживающего банка от разглашения банковской тайны, является мало реалистичным, поскольку банк является «хозяйном» сделки и не согласится на установление такого штрафа. *De lege ferenda* имеются основания для установления адекватной санкции в законе.

3.1. Иные способы защиты. Несмотря на то что комментируемый пункт не содержит указания на другие способы защиты права клиента на сохранение банковской тайны, владельцу счета доступны и другие способы защиты гражданского права. Так, в случае нарушения права владельца счета или возникновения реальной угрозы такого нарушения

в силу п. 6 ст. 393 ГК РФ клиент вправе требовать пресечения неправомерных действий банка.

Право на пресечение разглашения может быть использовано и против третьих лиц, не связанных обязательственными отношениями с клиентами. В данном случае это право может быть обосновано ст. 1065 ГК РФ. Основанием для такого взгляда могло бы являться такое соображение, что права владельца счета на сохранение банковской тайны могут быть нарушены и другими лицами, которые не связаны с ним договором. Другое законодательное основание для вчинения иска о пресечении распространения банковской тайны третьими лицами может быть обнаружено в ст. 150, 152.2 ГК РФ. В целом вопрос о защите права на сохранение банковской тайны мало изучен в российской доктрине и требует дальнейших исследований.

3.2. Сообщение недостоверных сведений. Разглашение банковской тайны, причем как правомерное, так и неправомерное, может быть сопряжено с нарушениями других прав клиента. Если банк сообщает недостоверные сведения, составляющие банковскую тайну, владелец счета может потребовать защиты на основании п. 10 ст. 152 ГК РФ. Например, выдача банком выписки со счета, которая, допустим, содержит недостоверные данные об остатке по счету, может нарушать законные интересы владельца счета. В этом случае он вправе требовать замены недостоверной выписки по счету на достоверную.

Статья 858. Ограничение распоряжения счетом

1. Если иное не предусмотрено законом или договором, ограничение распоряжения денежными средствами, находящимися на счете, не допускается, за исключением наложения ареста на денежные средства, находящиеся на счете, или приостановления операций по счету, в том числе блокирования (замораживания) денежных средств в случаях, предусмотренных законом.

2. Не допускается арест денежных средств на совместном счете по обязательствам одного из владельцев такого счета в размере, превышающем установленную договором или законом долю денежных средств, принадлежащих этому владельцу совместного счета.

В случае, когда договор совместного банковского счета заключен клиентами-супругами, между которыми не заключен брачный договор, арест денежных средств на совместном счете осуществляется в соответствии с правилами семейного законодательства об обращении взыскания на иму-

щество супругов по общим обязательствам супругов и по обязательствам одного из них.

3. Расторжение договора банковского счета не является основанием для снятия ареста, наложенного на денежные средства, находящиеся на счете, или отмены приостановления операций по счету. В этом случае указанные меры по ограничению распоряжения счетом распространяются на остаток денежных средств на счете (пункт 5 статьи 859).

Комментарий

1. Ограничения свободы распоряжения деньгами на счете. Фундаментальными принципами гражданского права являются положения об автономии воли и недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Эти принципы уточняются в отношении по договору банковского счета, проявляясь, в частности, в общем положении о недопустимости ограничения прав владельца счета по распоряжению денежными средствами, находящимися на счете.

Однако необходимость защиты прав третьих лиц и публичных интересов с неизбежностью генерирует исключения из названных принципов.

По общему правилу субъекты гражданского права отвечают перед другими участниками гражданского оборота всем своим имуществом, а денежные средства на счетах являются наиболее ликвидным и универсальным имуществом. Поэтому наиболее распространенным способом удовлетворения притязаний различных кредиторов к владельцу счета является списание с него денежных средств. Для достижения этого результата правопорядок предусматривает специальные юридические средства, которые на предварительной стадии восстановления кредиторами своих нарушенных владельцем банковского счета прав могли бы повысить вероятность удовлетворения их обоснованных притязаний. Такие средства в силу случайно сложившихся причин имеют разные наименования, но, по сути, преследуют одну и ту же цель — забронировать для кредитора на счете должника (владельца счета) релевантную размеру притязания сумму. Речь идет прежде всего об аресте денежных средств на счете. Но иногда в таких же целях закон говорит о приостановлении операций по счету. Другой взгляд на существование этих мер может исходить из того, что арест, в том числе накопительный, не парализует всех операций по счету, тогда как приостановление операций по счету, напротив, приводит именно к этому результату: все операции приостанавливаются. Однако данное разграничение не выдерживается законодателем с должной последовательностью.

Так, например, согласно п. 2 ст. 76 НК РФ приостановление операций производится в пределах суммы, указанной в решении налогового органа, и блокирует в пределах этой суммы лишь расходные операции. Последнее мало чем отличается от ареста конкретной суммы.

В то же время приостановление операций по счету может преследовать не интерес обеспечения возможности последующего обращения взыскания на денежные средства на счете, а некий публичный интерес в блокировании операций по счету конкретного лица.

1.1. Прежняя редакция и Проект реформы ГК РФ. До 1 июня 2018 г. комментируемая статья, провозглашая общий принцип недопущения ограничений прав владельца счета, устанавливала как исключение в императивной норме только два основания для ограничения прав владельца счета по распоряжению денежными средствами:

- 1) арест денежных средств на счете;
- 2) приостановление операций по счету.

Данные ограничения могли быть применены только по основаниям, предусмотренным законом. При этом можно было усмотреть несоответствие между ст. 858 ГК РФ и п. 3 ст. 845 ГК РФ. Если первая не допускала установления иных ограничений договором, то вторая, напротив, предусматривала такую возможность. Можно привести аргументы в пользу согласованности названных норм, если предположить, что ст. 858 ГК РФ ограничивает законом только те меры временного лишения распорядительной власти владельца счета, которые применяются органами власти принудительно, а в п. 3 ст. 845 ГК РФ речь идет об ограничении этой власти в соответствии с принципом автономии воли, т.е. на основании договора.

Первоначальный Проект реформы ГК РФ¹ в отношении к названным нормам (п. 3 ст. 845 и ст. 858 ГК РФ) предлагал устранить указанное несоответствие, причем в пользу интересов клиента банка, с тем чтобы расширение случаев ограничения прав владельца счета по распоряжению денежными средствами допускалось только в случаях, предусмотренных законом, но не договором. Именно такое понимание демонстрировалось на практике. Так, в одном из постановлений Президиум ВАС РФ признал, что распоряжение денежными средствами осуществляется клиентом или уполномоченными им лицами и может быть ограничено только в случаях, предусмотренных законом (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2009 г. № 8079/09). Причем в судебной практике обоснованно считалось, что такое ограничение может допускаться только федеральным законом, а не норма-

¹ См. также Проект концепции реформы ГК РФ.

тивными актами субъекта Российской Федерации (Определение КГД ВС РФ от 17 августа 2005 г. № 44-Г05-23).

Из буквального толкования комментируемого пункта — как в прежней, так и в действующей редакции — следует, что арест накладывается не на счет как таковой, а на денежные средства на счете. Из этого можно было бы заключить, что на поступившие после наложения ареста другие суммы денежных средств арест не распространяется (фиксированный арест). Первоначально судебная практика именно так буквально и применяла данную норму: не может быть наложен арест на сам счет ответчика, а также на суммы, которые в будущем поступят на этот счет (разд. II Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июля 1996 г. № 6; п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 31 октября 1996 г. № 13; Постановление Президиума ВАС РФ от 13 мая 2003 г. № 9985/02). Такой подход соответствовал букве закона, но расходился с назначением ареста, в том числе принимаемого в качестве обеспечительной меры. Поэтому последующее телеологическое толкование в практике арбитражных судов является более обоснованным и соответствующим смыслу закона. ВАС РФ установил, что при рассмотрении заявления о применении обеспечительных мер в виде наложения ареста на денежные средства, принадлежащие ответчику, необходимо иметь в виду, что арест налагается на имеющиеся на его банковских счетах средства, а также на средства, поступившие на корреспондентский счет банка на имя ответчика, в пределах заявленной суммы требований (п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55). С 2011 г. ч. 6 ст. 81 Закона об исполнительном производстве тоже закрепила именно такую модель накопительного ареста.

В первоначальном Проекте реформы ГК РФ¹ предлагалось легализовать сложившийся в практике накопительный арест, когда арестованными являлись не только суммы, находящиеся на счете, но и поступающие на счет в будущем (в пределах подлежащих аресту сумм).

Помимо этого, предлагалось установить регулирование для случая конкуренции арестов в отношении одного и того же счета. Здесь предусматривалось установить регулирование по принципу *prior tempore potior jure* (первый по времени — сильнее в праве), скорректированному на очередность, соответственно установленную в п. 2 ст. 855 и п. 1 ст. 64 ГК РФ.

Все эти предложения законодателем не были приняты.

1.2. Итоговые изменения. С 1 июня 2018 г. комментируемая статья состоит из трех пунктов. Первый пункт, как и ранее, устанавливает

¹ См. также Проект концепции реформы ГК РФ.

в качестве общего правила недопустимость ограничений прав распоряжения денежными средствами. При этом из текста выпало указание субъекта, чьи права ограничиваются. Конечно, речь идет прежде всего о правах владельца счета, хотя косвенным образом соответствующие ограничения могут затрагивать и права банка.

При этом законодатель решил пойти вопреки изначальным предложениям разработчиков первоначального Проекта концепции реформы ГК РФ и прямо легализовал возможность установления неизвестных закону оснований для ограничения свободы клиента в проведении операций по счету. Новая редакция нормы в этом отношении является частично диспозитивной. Частичная диспозитивность состоит в том, что стороны могут установить дополнительные основания ограничения прав клиента по распоряжению деньгами на счете, но не могут исключить применение тех ограничений, которые вытекают из закона.

Превращение нормы в частично диспозитивную устранило несоответствие п. 3 ст. 845 и п. 1 ст. 858 ГК РФ. Причем юридическими бенефициарами этой диспозитивности являются банки. Практика показывает, что даже в условиях противоречивого регулирования, когда императивность комментируемой статьи не была очевидна, коллидируя отчасти с п. 3 ст. 845 ГК РФ, банки активно использовали диспозитивность, устанавливая в договоре разнообразные и порой многочисленные прямые и косвенные ограничения клиента по распоряжению счетом. В условиях действующей редакции такая договорная практика расширится. В связи с этим права клиентов могут защищаться доктриной судебного контроля *ex post* несправедливых условий договора (ст. 10, ст. 428 ГК РФ), а также с помощью принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Частичная диспозитивность нормы позволяет сторонам соглашения о банковском счете установить случаи ограничения прав владельца счета по распоряжению денежными средствами. Поскольку такое ограничение устанавливается в пользу одной из сторон – банка, инициирование таких условий исходит от него самого. Это, помимо прочего, при толковании данных условий договора с учетом широкой практики использования проформ договоров банковского счета дает основания для применения правила *contra proferentem* при возникновении неясности или противоречивости таких условий.

Структура комментируемой нормы крайне несовершенна и за счет двойной отсылки к закону производит логически невозможную конструкцию: если иное не предусмотрено законом, запрет (арест, приостановление, блокирование) допускается в случаях, предусмо-

тренных законом. Между тем ясно, что если один закон устанавливает случаи допустимости запрета, то другой закон не должен предусматривать иное. Если же в законе указано иное, то другой закон не должен устанавливать запрета. Редакция комментируемого пункта, кроме того, стилистически настолько неудачна, что может приводить к искажению семантического смысла. Один из вариантов прочтения нормы заключается в том, что стороны вправе исключить действие ограничений, применяемых на основании закона и действующих в пользу третьих лиц. Естественно, такое прочтение нормы неверное. Обязательство не может порождать обязанностей для третьих лиц, не участвующих в обязательстве, или ограничивать их права. Поэтому в данной части норма императивна. Таким образом, договором банковского счета могут быть установлены иные, помимо названных в норме, случаи ограничения прав владельца счета по распоряжению денежными средствами.

Что же касается закона, то здесь, напротив, может устанавливаться своего рода исключение из исключения, а также особенности тех или иных ограничений прав по счету.

1.3. Арест денег на счете. Арест денежных средств на счете применяется на основании закона судом, судебным приставом и другими властными органами, которым право накладывать арест предоставлено законом в целях обеспечения возможности в дальнейшем списать со счета те или иные средства в интересах лица, которому клиент предположительно или уже точно должен деньги. Согласно АПК РФ и ГПК РФ арест накладывают суд в целях обеспечения иска (ст. 91 АПК РФ, ст. 140 ГПК РФ). В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 64 Закона об исполнительном производстве судебный пристав-исполнитель вправе в целях обеспечения исполнения исполнительного документа накладывать арест на имущество, в том числе денежные средства на счетах. Порядок наложения ареста предусмотрен ст. 81 названного Закона.

Арест может приниматься уполномоченным на то государственным органом не только в частных, но и в публичных интересах (например, в целях обеспечения исполнения постановления о наложении административной ответственности или обеспечения исполнения приговора по уголовному делу согласно ст. 115 УПК РФ).

Арест денежных средств на счете представляет собой запрет производить расходные операции по счету в пределах арестованной суммы. При этом он адресован как владельцу счета, так и банку. В Постановлении КС РФ от 10 декабря 2014 г. № 31-П было дано такое определение: «Арест находящихся на открытом в кредитной организации счете денежных средств, учитывая их правовую природу, представляет собой осно-

ванное на законе и санкционированное судом обращенное к кредитной организации предписание о недопущении совершения операций с этими денежными средствами». Как представляется, следовало бы уточнить, что этот запрет адресуется не только банку, но и тому, чьи денежные средства арестованы. Если до банка информация еще не успела прийти, а лицо, чьи деньги подвергнуты аресту, узнав о соответствующем решении (например, суда), решает как можно скорее обнулить свой счет, поведение такого владельца счета следует признать неправомерным.

Для сотрудников банка совершение действий, влекущих нарушение ареста, может закончиться уголовной ответственностью по ст. 312 ГК РФ, предусматривающей в рамках своего состава «осуществление служащим кредитной организации банковских операций с денежными средствами (вкладами), на которые наложен арест».

Аресту могут быть подвергнуты денежные средства, принадлежащие тому лицу, в целях обеспечения или в целях принудительного исполнения существующих и находящихся в споре денежных обязательств которого арест и наложен.

На практике возник вопрос о допустимости ареста расчетного счета юридического лица при расследовании уголовного дела в отношении физического лица. Судебная практика исходит из недопустимости такого ареста. Статья 115 УПК РФ может быть применена только к имуществу подозреваемого, добытого преступным путем, а не к юридическому лицу (Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ за 2005 г.). В обстоятельствах конкретного дела, возможно, данный тезис был приемлем. Однако нельзя исключать, что денежные средства, добытые преступным путем, могут быть размещены на счетах и вкладах третьих лиц. Например, если похищенные денежные средства вносятся (поступают) на счет юридического лица, которое управляется подозреваемым, данный тезис выглядит ошибочным.

Следует отметить, что согласно ст. 27 Закона о банках и банковской деятельности «на денежные средства... юридических и физических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах... арест может быть наложен не иначе как судом и арбитражным судом, судьей, а также по постановлению органов предварительного следствия при наличии судебного решения». Данная норма пришла в противоречие с рядом других законодательных норм, которые делегируют полномочия на наложение ареста и иным государственным органам (например, приставам-исполнителям или налоговым органам). В силу того, что Закон о банках и банковской деятельности не имеет в этом вопросе какого-то приоритета перед другими законами, содержание данной нормы не может отменить действие любых иных норм закона, в которых законодатель

предоставил полномочия по установлению ареста тем или иным государственным органам.

Порядок наложения различных видов ареста теми или иными государственными органами различается от одного законодательного акта к другому. Подробный разбор этих нюансов выходит за рамки настоящего комментария. Отметим лишь самые общие положения.

Арест денежных средств на счете как юридический факт лишает владельца банковского счета распорядительной власти. Он является временной мерой, после применения которой следуют два исхода: 1) арест снимается (отменяется или признается незаконным) или 2) производится списание соответствующих сумм со счета в целях удовлетворения соответствующих требований лица, в интересах которого арест был введен, или государства в целом (если арест устанавливался в целях обеспечения требований в пользу казны).

Арест может оказывать косвенное воздействие на права и законные интересы третьих лиц (например, банка, претендующего на зачет своего обязательства по требованию клиента или желающего произвести безакцептное списание, скажем, для исполнения обязательств по кредиту).

Арест счета требует указания точной суммы, в отношении которой он действует. Наложение ареста на имеющийся остаток по счету без указания точной суммы, подлежащей аресту, по существу, приводит к полной блокировке распорядительной власти и обычно не допускается в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 декабря 1995 г. № 5670/95).

Арест денежных средств, находящихся на счете в банке, в размере, значительно превышающем сумму, подлежащую взысканию в соответствии с исполнительным документом, противоречит закону (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 июня 2004 г. № 77).

В ГК РФ прямо не закреплен накопительный характер ареста. Но с 2011 г. ч. 6 ст. 81 Закона об исполнительном производстве прямо закрепила именно такую модель ареста. Согласно данной норме, если денежные средства на счете отсутствуют либо их недостаточно, банк или иная кредитная организация приостанавливает операции с имеющимися денежными средствами на счете должника и (или) продолжает дальнейшее исполнение постановления о наложении ареста по мере поступления денежных средств на счет должника до исполнения в полном объеме указанного постановления или до снятия ареста судебным приставом-исполнителем. В принципе, логично предположить, что, если в специальных законодательных актах о тех или иных видах арестов не сказано иное, любой арест по умолчанию носит накопительный

характер, а правила ч. 5 ст. 81 Закона об исполнительном производстве применяются по аналогии закона.

В принципе, косвенно накопительный характер ареста также вытекает из текста ч. 2 ст. 27 Закона о банках и банковской деятельности, согласно которому «при наложении ареста на денежные средства... находящиеся на счетах и во вкладах... кредитная организация незамедлительно по получении решения о наложении ареста прекращает расходные операции по данному счету (вкладу) в пределах денежных средств... на которые наложен арест».

Нормативное регулирование и судебная практика по накопительному аресту воспринимаются в контексте ареста денежных средств по уже открытым клиенту банка счетам к моменту ареста. Однако цели законодательного регулирования диктуют более широкое понимание данной регламентации отношений, с тем чтобы накопительный арест применялся и к вновь открытым счетам клиента банка. Если в банке имеется соответствующий документ об аресте денежных средств на счете, арест должен быть применен и в отношении релевантной суммы денежных средств, имеющейся на банковском счете клиента, который открыт банком после поступления в банк названного документа об аресте. Для достижения названных целей правопорядок должен допускать, что в юридическом акте о наложении ареста может быть не указан конкретный счет, но и указание конкретного счета не должно исключать распространение ареста на иные счета, включая вновь открытые.

Согласно ст. 27 Закона о банках и банковской деятельности банк не несет ответственности за ущерб, причиненный в результате наложения ареста денежных средств их клиентов, за исключением случаев, предусмотренных законом, что следует признать абсолютно очевидным.

1.4. Приостановление операций по счету. Природа такого института, как приостановление операций по счету, не вполне однозначна. Нормы различных законов используют этот институт в своем уникальном значении.

Так, согласно ч. 6 ст. 70 Закона об исполнительном производстве в случае обоснованных сомнений в подлинности исполнительного документа, полученного непосредственно от взыскателя (его представителя), или сомнений в достоверности сведений, представленных им в дополнение к исполнительному листу согласно требованиям того же Закона, банк вправе для проверки подлинности исполнительного документа либо достоверности сведений задержать исполнение исполнительного документа, но не более чем на семь дней. При этом на период проведения указанной проверки банк незамедлительно приостанавливает операции с денежными средствами на счетах должника в пределах

суммы денежных средств, подлежащей взысканию. Как видно, здесь приостановление начинает напоминать арест денег на счете, только вводимый банком и на короткий промежуток времени.

Приостановление операций по счету по смыслу ст. 76 НК РФ не приводит к бронированию конкретной суммы на счете, а временно парализует распорядительную власть владельца счета в отношении всех расходных операций по счету в пределах суммы требований соответствующего органа. Согласно п. 1 ст. 76 НК РФ приостановление операций по счетам в банке применяется на основании акта налогового органа для обеспечения исполнения решения о взыскании налога, сбора, страховых взносов, пеней и (или) штрафа и «означает прекращение банком *всех расходных операций* по данному счету», кроме случаев, указанных в п. 2 той же статьи (курсив мой. — С.С.). Это тотальное приостановление расходных операций по счету происходит в случаях, указанных в п. 3 ст. 76 НК РФ (например, при задержке в сдаче налоговой декларации). Здесь приостановление расходных операций носит карательный характер и имеет целью понудить налогоплательщиков-организации своевременно исполнять ряд налоговых обязанностей.

В то же время согласно п. 2 ст. 76 НК РФ приостановление операций по счету работает несколько иначе, если речь идет о выявлении фактов неуплаты налогов, пеней или штрафов и добровольного неисполнения налогоплательщиком таких требований налогового органа. В данном случае после вынесения решения о взыскании налога по акту налогового органа происходит «приостановление операций по счетам налогоплательщика-организации в банке в случае, предусмотренном настоящим пунктом, означает прекращение банком расходных операций по этому счету *в пределах суммы, указанной в решении о приостановлении операций налогоплательщика-организации по счетам в банке*» (курсив мой. — С.С.). Иначе говоря, здесь приостановление носит обеспечительный характер и начинает напоминать арест денежных средств на счете налогоплательщика.

При этом согласно п. 1 ст. 76 НК РФ «приостановление операций по счету не распространяется на платежи, очередность исполнения которых в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации предшествует исполнению обязанности по уплате налогов, сборов, страховых взносов, а также на операции по списанию денежных средств в счет уплаты налогов (авансовых платежей), сборов, страховых взносов, соответствующих пеней и штрафов и по их перечислению в бюджетную систему Российской Федерации».

Пункт 10 ст. 7 и п. 8 ст. 7.5 Закона о противодействии легализации доходов устанавливают для операций по списанию денег со сче-

та обязанность банка приостановить осуществление конкретной подозрительной операции на пять рабочих дней и немедленно запросить Росфинмониторинг о необходимости пролонгации такого приостановления. Иначе говоря, здесь приостановление конкретной расходной операции осуществляется самим банком в целях предотвращения ситуаций нарушения буквы или целей указанного закона. Далее согласно ст. 8 того же Закона Росфинмониторинг, получив этот сигнал от банка, может издать постановление о приостановлении данной операции с денежными средствами на срок до 30 суток в случае, если информация по результатам предварительной проверки признана им обоснованной. Более длительное (действующее до отмены) приостановление расходных операций может быть установлено по решению суда.

1.5. Блокирование. Новая редакция нормы расширила инструментарий ограничений прав владельца счета еще одним таким случаем. Закон относит к разновидностям приостановления операций по счету такой феномен, как блокирование (замораживание) денежных средств.

Блокирование (замораживание) денежных средств включено в комментируемую норму, видимо, из-за Закона о противодействии легализации доходов. В ст. 3 названного Закона дается понятие этого юридического факта. Согласно данной норме замораживание (блокирование) безналичных денежных средств или бездокументарных ценных бумаг — адресованный владельцу, организациям, осуществляющим операции с денежными средствами или иным имуществом, другим физическим и юридическим лицам *запрет осуществлять операции с денежными средствами* или ценными бумагами, принадлежащими организации или физическому лицу, включенным в перечень организаций и физических лиц, в отношении которых имеются сведения об их причастности к экстремистской деятельности или терроризму, или в перечень организаций и физических лиц, в отношении которых имеются сведения об их причастности к распространению оружия массового уничтожения, либо организации или физическому лицу, в отношении которых имеются достаточные основания подозревать их причастность к террористической деятельности (в том числе к финансированию терроризма) при отсутствии оснований для включения в указанный перечень. Попасть в первый из указанных списков люди могут не только на основании наличия вступившего в силу приговора по тем или иным экстремистским и другим составам УК РФ, но и на основании того, что против таких лиц имеется процессуальное решение о признании лица подозреваемым в совершении ряда подобных преступлений или постановление следователя о привлечении

лица в качестве обвиняемого в совершении преступления (п. 2.1 ст. 6 Закона о противодействии легализации доходов).

Росфинмониторинг, являясь уполномоченным органом (ст. 8 Закона о противодействии легализации доходов), составляет указанные перечни и публикует их. Банки же обязаны при появлении их клиента в таких списках производить замораживание счета (подп. 6 п. 1 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов).

Как мы видим, здесь происходит тотальная блокировка счета, влекущая невозможность совершения любых операций по счету (как списаний со счета, так и зачислений на него) на любые суммы. Физические лица, попавшие в указанные перечни по некоторым основаниям, согласно п. 2.4 ст. 6 Закона о противодействии легализации доходов после заморозки их счетов могут получать на свой замороженный счет и расходовать лишь небольшие суммы для обеспечения своей жизнедеятельности (например, получать и снимать со счета не более 10 тыс. руб. заработной платы в месяц).

Цель тотального замораживания всех счетов индивида, видимо, состоит в отключении человека, подозреваемого или уличенного в ряде преступлений (в том числе экстремистской и террористической направленности) от банковской системы в целях воспрепятствования реализации его возможным антисоциальным планам с использованием безналичных средств. Дополнительная возможная цель — ограничения его допуска к собственным денежным ресурсам.

Соответствие Конституции РФ столь масштабного ограничения прав граждан, особенно в свете того, что в современной все более «безналичной» экономике отсутствие возможности открывать счета и пользоваться ими равнозначно практически полному выпадению человека из нормальных условий жизни, кажется достаточно сомнительным, тем более когда включение человека в указанные списки осуществляется при отсутствии какого-либо приговора суда и на основании лишь возбужденных уголовных дел, которые могут длиться достаточно долго и не закончиться обвинительным приговором. Особенно настораживает такое попрание прав граждан, обвиняемых в экстремистских преступлениях, коими некоторые российские правоохранительные органы и суды считают спорные репосты и шутки в социальных сетях.

Но в целом следует заметить, что сама идея тотальной блокировки счета несколько нелогична. Зачем запрещать по счету поступления средств? Если, допустим, какие-то подельники террориста зачем-то направляют ему на счет средства, не лучше ли зачислить их на счет, но не выдавать? Вполне возможно, к этому человеку могут быть впо-

следствии предъявлены какие-то требования (о взыскании штрафа, возмещении вреда и т.п.). Зачем препятствовать увеличению шансов на удовлетворение таких требований?

Тотальное приостановление операций по банковскому счету нарушает не только права и законные интересы лица, презумпция невиновности которого не опровергнута приговором суда, но и права третьих лиц из самого широкого круга: кредиторов по гражданско-правовым требованиям (кстати сказать, потерпевший от причинения вреда террористическим актом при буквальном подходе также не вправе получить возмещение за счет заблокированных средств на счете террориста), налоговым и иным публично-правовым притязаниям.

1.6. Ограничения, устанавливаемые самим банком в связи с применением законодательства о противодействии легализации и финансированию терроризма. В судебной практике нарастает число дел, связанных с применением комментируемой статьи в контексте отказа банка проводить конкретную расходную операцию по распоряжению клиента, не фигурирующего в указанных в п. 1.6 комментария к настоящей статье списках, на основании лишь подозрений сотрудников банка в том, что списание осуществляется в целях, противодействию которым посвящен Закон о противодействии легализации доходов. Все большее применение получает п. 11 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов, согласно которому банк вправе отказать в выполнении распоряжения клиента о совершении конкретной расходной операции, по которой банку не представлены документы, необходимые для фиксации информации в соответствии с положениями указанного Закона, а также в случае, если в результате реализации разработанных самим банком правил внутреннего контроля у работников банка возникают всего лишь подозрения, что операция совершается в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма.

Соответствие данной нормы и практики ее толкования и применения Конституции РФ вызывает серьезные сомнения, поскольку критерии ограничения прав владельца банковского счета настолько неконкретны, что не отвечают принципу определенности закона и могут выступать основанием произвольного ограничения прав. Тем не менее судебная власть, видимо, не считает это поводом для защиты прав владельцев счетов.

Так, ВС РФ признал соответствующим закону отказ банка в совершении операции по счету, когда в результате реализации правил внутреннего контроля у банка возникают обоснованные подозрения в отношении совершаемых клиентом операций по счету ввиду их

неоднократности, дающей основание полагать, что целью является уклонение от контроля, а также запутанный и необычный характер операций, не имеющих явного экономического смысла (Определение КГД ВС РФ от 6 февраля 2018 г. № 59-КГ17-18).

Действия клиента по непредставлению банку истребованных документов, а также по неоднократному открытию и закрытию счетов, переводу денежных средств на новые счета и их возврату на старые, совершенные им после получения от банка отказа в выдаче наличных денежных средств, также признаются ВС РФ достаточным основанием для ограничения его прав по договору банковского счета в отношении требований о выдаче наличных денежных средств (Определение КГД ВС РФ от 30 января 2018 г. № 78-КГ17-90).

Согласно позиции ВС РФ, выраженной в Определении КГД ВС РФ от 24 октября 2017 г. № 11-КГ17-23, если при реализации правил внутреннего контроля банка операция, проводимая по банковскому счету клиента, независимо от ее суммы квалифицируется в качестве сомнительной операции, банк вправе ограничить предоставление клиенту банковских услуг путем блокирования банковской карты до прекращения действия обстоятельств, вызвавших подозрения в совершении мошеннических действий с картой, либо обстоятельств, свидетельствующих о риске нарушения законодательства, а также отказать в выполнении распоряжения клиента о совершении операции. Так, в результате реализации правил внутреннего контроля у работников банка возникли подозрения относительно получения истцом денежных средств от определенного хозяйственного общества, поскольку указанному обществу присущи признаки компании, совершающей сомнительные операции, а именно: общество зарегистрировано по адресу массовой регистрации юридических лиц, создано недавно, денежные средства от общества поступали на счет карты клиента банка неоднократно, что свидетельствует об использовании карты в предпринимательских целях, в связи с чем банк отказал в проведении распоряжений истца по договору банковского счета.

При этом согласно п. 12 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов отказ банка от выполнения операций по указанным основаниям не влечет возникновения гражданско-правовой ответственности банка перед клиентом за нарушение условий соответствующих договоров. Очевидно, что эта норма распространяется только на случаи, когда отказ банка от проведения операции был обоснован. В ином случае речь идет о правонарушении, и возникают основания для привлечения банка к ответственности по правилам ст. 856 ГК РФ.

2. Ограничения распоряжения средствами на совместных счетах. Комментируемый пункт представляет собой подлинную новеллу позитивного права, поскольку институт совместных счетов до 1 июня 2018 г. не был известен российскому закону. Установленное регулирование корреспондирует п. 5 ст. 845 ГК РФ, в котором предусмотрен правовой режим такого вида банковского счета. Закон исходит из дихотомического деления совместных счетов, которые группируются по субъектному признаку:

- 1) совместные счета супругов;
- 2) совместные счета других физических лиц.

Сообразно этому делению устанавливаются особенности правового регулирования для каждой из разновидностей банковских счетов.

Несмотря на то что данная статья посвящена ограничению прав владельцев счетов, имплицитно она определяет также и объект взыскания при его обращении на совместный счет. Точно так же и п. 2 ст. 858 ГК РФ буквально определяет пределы ареста денежных средств на счете, но априорно определяет ту часть денежных средств на счете, на которую возможно обращение взыскания, поскольку арест всегда приращен тому или иному притязанию по материальному праву.

На совместном счете нескольких лиц учитываются их права в отношении денежных средств на счете. Соответственно, образование общности хотя и не тождественно общности в праве собственности, но имеет некоторые общие черты с правовым режимом, предусмотренным для общей собственности. Применительно к первому виду совместного счета (назовем его ординарным совместным счетом в противоположность совместному супружескому счету) усматривается долевой режим в отношении денежных средств на таком счете. Арест допустим только в отношении той доли денежных средств на счете, которая причитается тому владельцу счета, по обязательствам которого наложен арест. Доля других владельцев ординарного совместного счета не должна затрагиваться ни арестом, ни взысканием. Хотя закон использует выражение «доля денежных средств, принадлежащих владельцу счета», в действительности речь идет о части обязательственных требований к банку по договору совместного счета. Вещного права у владельца счета в отношении денежных средств не возникает ввиду отсутствия самой вещи. Последнее не означает, что владелец счета, в том числе совместного банковского счета, не имеет возможности защищать свои права против третьих лиц. Такая защита у него имеется, но она реализуется не иском о защите вещных прав, а другими притязаниями к третьему лицу. Применительно к аресту это иск об освобождении незаконно арестованных

денежных средств, относящихся к его доле (см. п. 2.2 комментария к настоящей статье).

2.1. Супружеские совместные счета. Правовой режим супружеского имущества предопределяет соответствующий правовой режим совместного супружеского счета, в том числе и в отношении правил ареста такого счета. Надо заметить, что и до введения совместного супружеского счета в российское право правовой режим счета, открытого на имя одного из супругов, подчинялся правилам о супружеском имуществе (ст. 34 СК РФ). Другое дело, что распоряжение денежными средствами на таком счете каждым из супругов без выдачи доверенности владельцем счета по доминирующему воззрению не допускалось.

Арест денежных средств на супружеском счете по личным обязательствам только одного из супругов нарушает право другого супруга. Поэтому комментируемое законоположение защищает право другого супруга от ареста денежных средств на счете, падающего на его долю. Это корреспондирует п. 3 ст. 256 ГК РФ, согласно которому по обязательствам одного из супругов взыскание может быть обращено лишь на имущество, находящееся в его собственности, а также на его долю в общем имуществе супругов, которая причиталась бы ему при разделе этого имущества. Соответственно, для определения пределов допустимости ареста в отношении денежных средств на совместном супружеском счете следует установить, является ли обязательство личным или общим. Если обязательство является общим, то допускается арест и, следовательно, обращение взыскания на любую сумму на счете. Если обязательство является личным для одного из супругов, арест не может быть произведен в отношении доли денежных средств на счете другого супруга, которая определяется либо на основании брачного договора супругов, их соглашения о разделе имущества, либо на основании решения суда о разделе имущества, а при отсутствии названных юридических фактов доля, открытая для ареста, определяется на основании закона, т.е. по общему правилу доли являются равными.

Редакция абз. 2 п. 2 ст. 858 ГК РФ, устанавливающая отрицательный критерий в гипотезе нормы — «между которыми не заключен брачный договор», указывает на применение метода толкования *a contrario*. Иными словами, если такой договор заключен, и он определяет по-иному режим супружеского имущества, то применяться должны условия брачного договора, если они не являются ничтожными или не признаны недействительными судом. Неудачность редакции этой нормы не означает, что в этом случае не учитывается семейное законодательство. На самом деле семейное законодательство применяется как в случае наличия между супругами брачного договора, так и в случае его отсутствия. Просто

в первом случае применяется договорный режим имущества супругов (гл. 8 СК РФ), а во втором – законный режим имущества супругов (гл. 7 СК РФ). Именно это, как представляется, имел в виду законодатель в этой неуклюжей формулировке закона.

2.2. Последствия неправомерного ареста. В случае ареста денежных средств в противоречии с правилами комментируемого пункта владельца совместного счета любого вида, чьи доли денежных средств подверглись аресту по обязательствам других владельцев счета, вправе предъявить требование в суд о снятии ареста с их доли. Ответчиками по такому иску являются лицо, в чьих интересах наложен арест, и банк, в котором открыт совместный счет.

3. Ограничения на распоряжение деньгами на счете и расторжение договора. До 1 июня 2018 г. законодательное регулирование отношений, связанных с реализацией клиентом своего секундарного (преобразовательного) права на прекращение договора в условиях наличия ареста в отношении счета или приостановления операций по нему, не определяло судьбу остатка по счету, на который претендует владелец счета. Не предусматривалось никаких последствий и для других случаев расторжения договора.

Судебная практика определилась только для такого случая, когда договор расторгается при наличии неисполненных исполнительных документов в условиях отсутствия на счете денежных средств: исполнительные документы возвращаются лицам, от которых они поступили (п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Одностороннее расторжение договора банковского счета в силу п. 1 ст. 859 ГК РФ является неотъемлемым правом клиента. В то же время расторжение самого договора банковского счета не должно затрагивать прав третьих лиц, в интересах которых наложен арест. Действующая редакция нового п. 3 комментируемой статьи заполняет ранее существовавший пробел позитивного права. С одной стороны, закон не блокирует право на расторжение. С другой же – он обеспечивает сохранение эффективности соответствующих ограничений. Установленное законом ограничение распорядительной власти владельца счета в интересах третьих лиц с легкостью отбрасывалось бы, если бы клиент мог расторгнуть в одностороннем порядке договор банковского счета и забрать остаток по счету. Арест мог бы быть легко обесмыслен и самим банком, если бы он мог легко расторгнуть договор по основаниям, указанным в ст. 859 ГК РФ или в договоре, и вернуть клиенту остаток по счету. Установленное в п. 3 регулирование учитывает право владельца счета или банка прекратить договорные отношения, какими

бы мотивами это ни было продиктовано. Но и права третьих лиц, имеющих притязание к владельцу счета, продолжают охраняться законом, поскольку согласно данной норме «указанные меры по ограничению распоряжения счетом распространяются на остаток денежных средств на счете».

Сохранение остатка на счете при расторгнутом договоре *volens nolens* сохраняет в этой части отношения между банком и клиентом. Наличие связывающего сторон обязательства после расторжения договора, которое по общему правилу прекращает юридическую связь сторон, в данном и в подобных случаях можно объяснить различными юридическими методами. В частности, достаточно аргументов можно привести в пользу ликвидационной теории прекращения договора, когда такой юридический факт, как расторжение договора, не прекращает все обязательства сторон, а преобразует их отношения таким образом, что соответствующие права и обязанности направляются на достижение новой (постдоговорной) цели — экономически справедливой балансировки имущественных отношений сторон.

Но здесь возникает принципиальный вопрос: сам счет клиента закрывается или нет? Если считать, что счет должен закрываться, то непонятно, что же тогда остается арестованным? Можно было бы предположить, что арест денег на счете в такой ситуации трансформируется автоматически в запрет банку выдавать клиенту остаток по счету в пределах арестованной суммы. Но это решение приведет к проблемам в списании денег в порядке обычного исполнения судебных решений, а самое главное — заблокирует накопительный характер ареста (на закрытый счет не смогут поступать платежи от третьих лиц), что в определенной степени снизит эффективность ареста.

Можно предположить, что расторжение договора должно приводить к прекращению банковского обслуживания счета, начисления комиссий, принятия от клиента распоряжений по счету, обслуживания электронных средств платежа и т.п., но не влечь закрытие счета до снятия ареста. Соответственно, арест в отношении счета сохраняется, а после его снятия банк счет закрывает (отложенный эффект закрытия счета). При этом поступающие на счет средства от клиента или третьих лиц банк на счет зачисляет. Как бы то ни было, применительно к данной норме фактически постдоговорное отношение сводится к тому, что банк в силу публичного права обязан сохранять остаток по счету, не выдавая его клиенту. Как только основания для удержания остатка по счету отпадают, банк обязан выдать его клиенту и несет ответственность за неисполнение этого обязательства так же, как если бы договор не был расторгнут.

Указанное правило применяется не только к аресту, но и к приостановлению операций по счету, как минимум если оно используется в целях обеспечения каких-то денежных требований к клиенту (о многоликости института приостановления операций по счету см. комментарий к п. 1 ст. 858 ГК РФ).

Законное «удержание» банком остатка по счету при наличии ареста или приостановления операций по счету на основании комментируемого законоположения создает эффект подвешенности правоотношения или своего рода альтернативу в правовом исходе этого состояния. Либо арест или приостановление операций по счету достигнут целей, ради которых эти ограничительные меры принимались, и остаток по счету поступит к третьим лицам, чьи законные притязания послужили основанием для ограничений по счету, либо эти меры будут отменены или признаны незаконными, и тогда остаток по счету поступит в имущество бывшего владельца счета. Неопределенность данного вида подвешенности отношений разрешается по основаниям, которые не подпадают под регулирование норм о договоре банковского счета, и лежат вне его пределов, т.е. отыскиваются в правовом режиме возникновения и прекращения данных ограничительных мер.

Правило комментируемого пункта применяется во всяком случае расторжения договора, независимо от оснований такого расторжения: односторонний отказ от договора клиента или банка, расторжение договора по соглашению сторон, расторжение договора по решению суда.

3.1. Судьба средств на заблокированном счете. В комментируемом положении не указано о запрете расторгать счет, по которому по основаниям, предусмотренным в Законе о противодействии легализации доходов, произведено тотальное блокирование (замораживание) денежных средств на счете (п. 1 ст. 858 ГК РФ) в случае расторжения договора банковского счета.

Тем не менее суды могут начать распространять действие комментируемого пункта и на заблокированные (замороженные) денежные средства на счете после расторжения договора. Блокировка при таком подходе будет продолжать действовать до ее прекращения и не давать клиенту снять деньги со счета наличными.

Формально в пользу такого подхода указывает то, что в п. 1 ст. 858 ГК РФ замораживание (блокирование) денежных средств на счете рассматривается как разновидность приостановления операций на счете, а применительно к приостановлению в комментируемой норме как раз и устанавливается запрет на снятие остатка по счету при расторжении.

Вопрос о том, стоит ли норму толковать буквально или нет, зависит от понимания целей института замораживания.

Вероятнее всего, цель тотального замораживания состоит не в обеспечении чьих-то требований, а в отключении человека, подозреваемого или уличенного в ряде преступлений (в том числе экстремистской и террористической направленности), от банковской системы в целях воспрепятствования его возможным антисоциальным планам. Обоснованность такой цели дискуссионна, но если судить по тому, как замораживание счета сконструировано в Законе о противодействии легализации доходов, то цель именно такая. В той степени, в которой это так, нет смысла запрещать человеку снять остаток по счету наличными и далее уйти в «мир наличных денег». Но, возможно, закон преследует более амбициозную цель и, помимо отключения человека от банковской системы, он предполагает лишить человека его денежных накоплений на счетах в банке и возможности использовать свои деньги в наличной форме в тех или иных неправомерных целях? Вопрос спорный. Если закон считает, что человек, против которого еще только возбудили дело по той или иной уголовной статье, связанной, например, с экстремизмом, фактически должен быть лишен всех средств к существованию, возможности оплачивать услуги адвоката, наем жилья для семьи и т.п. и оказался в максимально уязвимом состоянии, то следует быть последовательным и блокировать снятие остатка со счета. Но насколько это справедливо и конституционно? Формально-буквальное толкование и распространение режима замораживания и на остаток по счету еще более усугубляло бы сомнительное с конституционных позиций нарушение прав граждан, особенно тех, чья виновность не установлена судом. Соответственно, возможно, имеет смысл обсуждать редукцию сферы применения комментируемой нормы и выведение из-под нее ситуации замораживания счета.

Статья 859. Расторжение договора банковского счета

1. Договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время.

2. При отсутствии в течение двух лет денежных средств на счете клиента – гражданина, не являющегося индивидуальным предпринимателем, и операций по этому счету банк вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора банковского счета, предупредив клиента об этом в письменной форме или иным предусмотренным договором способом, если договором банковского счета не предусмотрен отказ банка от этого права. Договор банковского счета считается расторгнутым

по истечении двух месяцев со дня направления банком такого предупреждения, если на счет клиента в течение этого срока не поступили денежные средства.

При отсутствии в течение двух лет или в течение иного предусмотренного договором банковского счета срока операций по этому счету клиента — юридического лица или индивидуального предпринимателя банк вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора банковского счета, предупредив клиента об этом в письменной форме или иным способом, предусмотренным договором, если договором банковского счета не предусмотрен отказ банка от этого права. При этом указанный срок в любом случае не может быть менее шести месяцев. Договор банковского счета считается расторгнутым по истечении двух месяцев со дня направления банком такого предупреждения.

3. Банк вправе расторгнуть договор банковского счета в случаях, установленных законом, с обязательным письменным уведомлением об этом клиента. Договор банковского счета считается расторгнутым по истечении шестидесяти дней со дня направления банком клиенту уведомления о расторжении договора банковского счета.

Со дня направления банком клиенту уведомления о расторжении договора банковского счета до дня, когда договор считается расторгнутым, банк не вправе осуществлять операции по банковскому счету клиента, за исключением операций по взиманию платы за услуги банка, начислению процентов, если такие условия содержатся в договоре банковского счета, по перечислению обязательных платежей в бюджет и операций, предусмотренных пунктами 5 и 6 настоящей статьи.

4. По требованию банка договор банковского счета может быть расторгнут судом в следующих случаях:

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

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

5. Остаток денежных средств на счете выдается клиенту либо по его указанию перечисляется на другой счет не позднее семи дней после получения соответствующего письменного заявления клиента, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3 статьи 858 настоящего Кодекса.

6. В случае неявки клиента за получением остатка денежных средств на счете в течение шестидесяти дней со дня направления банком клиенту уведомления о расторжении договора банковского счета либо неполучения банком в течение указанного срока указания клиента о переводе суммы

остатка денежных средств на другой счет банк обязан зачислить денежные средства на специальный счет в Банке России, порядок открытия и ведения которого, а также порядок зачисления и возврата денежных средств с которого устанавливается Банком России. При этом в случае расторжения договора банковского счета в иностранной валюте банк обязан осуществить продажу иностранной валюты, а в случае расторжения договора банковского счета в драгоценных металлах осуществить продажу драгоценного металла по курсу, установленному этим банком на день продажи иностранной валюты и (или) драгоценного металла, и перечислить денежные средства в валюте Российской Федерации на указанный счет в Банке России.

По требованию клиента банк осуществляет в порядке, установленном банковскими правилами, возврат денежных средств в валюте Российской Федерации в сумме, ранее перечисленной этим банком на специальный счет в Банке России.

7. Расторжение договора банковского счета является основанием закрытия счета клиента.

Комментарий

1. Свобода отказа от договора. Договор банковского счета позиционируется законодателем в качестве сделки с собственной своеобразной каузой, несводимой ни к какому иному договору. Даже если усматривать в договоре банковского счета, как иногда это делается в доктрине, некоторые черты иных договоров (заем, вклад), весьма значительную долю существа отношения придется отнести еще одному договору — оказанию услуг. Характер отношений сторон договора банковского счета позволяет отнести его к договорам длящегося вида: он обычно заключается без указания срока его действия, что предопределено потребностями владельца счета в постоянном осуществлении платежей, равно как и в принятии платежей от своих контрагентов. Банк также заинтересован в постоянном наличии у него клиентов, поскольку остатки по их счетам позволяют, согласно банковским нормативам, осуществлять активные операции (выдавать кредиты) и финансировать иные аспекты своей деятельности.

Несмотря на этот последний интерес банка, законодатель отдает предпочтение праву владельца счета в любое время прекратить отношения с банком. Подобный подход правопорядок демонстрирует и в отношении генерального типа договора возмездного оказания услуг (п. 1 ст. 782 ГК РФ). Кроме того, в силу самой природы бессрочного договора право должно допускать выход из такого договора, что

оно обычно и делает (см. нормы ст. 610 ГК РФ о бессрочной аренде, а также нормы о бессрочном договоре простого товарищества и т.п.). Поэтому неудивительно, что право на произвольный выход из договора предусматривается законом и в отношении договора счета. Специфика здесь в том, что, в отличие от многих вышеупомянутых случаев иных бессрочных договоров, закон дает право на произвольный выход из договора только клиенту, банк же по умолчанию такого права не имеет.

Навязывание нежелательных заказчику услуг против его воли не должно допускаться. Даже если соответствующее лицо связало себя договором, интерес в прекращении длящихся договорных отношений такого рода должен быть удовлетворен правом порядком, поскольку в противном случае закон неоправданно покушался бы на свободу личности. В соответствующих случаях неосновательный разрыв длящегося и бессрочного договора заказчиком, на сохранение которого обоснованно полагалась другая сторона (исполнитель), с теоретической точки зрения требует вознаградить потери исполнителя. Последнее нехарактерно для договора банковского счета ввиду весьма важного интереса владельцев счета в отношении своих финансовых авуаров. Эта область отношений особенно чувствительна для клиентов банка, поскольку они рискуют потерять свои денежные средства при его банкротстве. Сами же банки, вступая в договор банковского счета, должны отдавать себе отчет, что продолжение отношений с клиентом требует от них в условиях честной конкуренции предлагать такое качество обслуживания, которое сохранит им клиентуру.

Поскольку по договору банковского счета владелец счета обычно размещает на счете или на нескольких счетах наиболее ликвидную часть своего имущества — денежные средства, он, действуя разумно и осмотрительно, предпочитает обеспечить сохранность своих средств. Кроме этого, конкуренция между банками зачастую открывает возможность получить более выгодное и более удобное банковское обслуживание в каком-либо ином банке, что побуждает клиентов банка сменить свой обслуживающий банк. Эти, а также некоторые иные причины побуждают законодателя установить правило об одностороннем отказе от договора по заявлению клиента в любое время (именно так следует понимать и понимается в судебной практике понятие «расторжение по заявлению», использованное в данной норме).

Поэтому вполне логично, что закон, давая клиенту право произвольно и немотивированно отказаться от договора банковского счета,

не возлагает на клиента обязанность выплачивать банку какие-то компенсации (как, например, это предусмотрено в ст. 782 ГК РФ на случай отказа заказчика от договора оказания услуг).

По своей юридической характеристике право клиента расторгнуть договор в одностороннем порядке по заявлению является вторичным (преобразовательным) правом, поэтому данному праву не корреспондирует никакая обязанность другой стороны (банка), последняя лишь претерпевает состояние неопределенности в отношении перспектив реализации такого права клиентом и последствий его реализации. Само же действие по реализации названного права клиентом характеризуется как односторонняя сделка, требующая для наступления юридического эффекта восприятия волеизъявления одного лица (клиента) другим лицом (банком).

К отказу клиента от договора (в терминологии комментируемой нормы – расторжение договора по заявлению) применяются правила ст. 450.1 ГК РФ об одностороннем отказе от договора (в том числе о моменте доставки заявления об отказе как моменте прекращения договора). Еще до появления в ГК РФ ст. 450.1 (до 1 июня 2015 г.) ВАС РФ указывал, что по смыслу п. 1 ст. 859 ГК РФ договор банковского счета прекращается с момента получения банком письменного заявления клиента о расторжении договора (закрытии счета), если более поздний срок не указан в заявлении (п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г.).

1.1. Императивность и вопрос о счете с овердрафтом или счете, открываемом при выпуске кредитной карты. Комментируемая норма по своему смыслу является императивной. Законом не предусмотрено возможности ограничения права клиента на расторжение договора. Этот вывод следует из телеологического толкования данной нормы и вполне логичен.

При этом, так как право клиента на произвольный отказ от договора счета установлено императивно, ничтожными являются любые условия, устанавливающие не только запрет или иные ограничения (например, по сроку отказа) такого права, но и условия, фиксирующие обязанность клиента уплатить банку некую плату за отказ от договора. Этот подход соответствует разъяснениям в судебной практике (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В то же время в практике судов возникла проблема со смешанным договором, по которому клиенту открывается счет с условием об овердрафте или счет, специально предназначенный для погашения возможных долгов по выданной клиенту кредитной карте. Речь идет о ситуации, когда при наличии долга по овердрафту или кредитной

карте клиент пытается реализовать свое право на отказ от договора банковского счета.

ВАС РФ по данному вопросу применительно к случаю с овердрафтом закрепил следующий подход: если банком получено заявление клиента о расторжении договора банковского счета или закрытии счета, смешанный договор банковского счета с условием об овердрафте в силу п. 3 ст. 450 ГК РФ считается измененным, обязанность банка по кредитованию прекращается, а клиенту, которому ранее был предоставлен овердрафт, в соответствии с условиями договора надлежит возратить фактически полученную сумму кредита и уплатить проценты за пользование в соответствии с условиями договора. При отсутствии специальных указаний в договоре к правоотношениям сторон согласно п. 2 ст. 850 ГК РФ применяются правила о займе и кредите (гл. 42 ГК РФ) (п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5). При этом ВАС РФ специально уточнил, что при наличии в договоре банковского счета условия, ограничивающего право клиента на расторжение договора в зависимости от факта невозвращения банку полученного кредита или по каким-либо другим причинам, арбитражным судам необходимо расценивать такие условия как ничтожные (ст. 180 ГК РФ) (п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Практика ВС РФ пошла несколько по иному пути, признав законным условие договора, которое не допускает вовсе расторжение договора банковского счета в одностороннем порядке по инициативе заемщика, если договор банковского счета открыт в привязке к кредитной карте для целей погашения выданного по карте кредита путем зачисления на счет денег и последующего списания в счет погашения кредитного долга (Определение КГД ВС РФ от 7 марта 2017 г. № 7-КГ16-6, впоследствии нашедшее отражение в п. 12 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденного Президиумом ВАС РФ от 27 сентября 2017 г.). Вывод судов о невозможности для держателя кредитной банковской карты расторгнуть договор банковского счета при условии имеющейся задолженности перед банком был впоследствии подтвержден и в еще одном определении ВС РФ (Определение КГД ВС РФ от 6 февраля 2018 г. № 67-КГ17-26).

Более абстрактно этот подход ВС РФ может быть обозначен в следующем тезисе: не допускается расторжение в одностороннем порядке по инициативе заемщика договора банковского счета, специально открытого для погашения заемщиком выданного банком кредита, если открытие такого счета являлось условием кредитования, а кредитная задолженность не погашена.

Данный подход был выработан ВС РФ применительно к договорам банковского счета, заключаемым с гражданами при выдаче кредитной карты для целей погашения долга по карте, но с учетом наличия очевидного сходства между счетом с условием об овердрафте по дебетовой карте и счетом, специально открываемым для обслуживания кредитной карты, этот же подход, видимо, может применяться в обеих указанных ситуациях.

Нормативное обоснование позиции ВС РФ, видимо, таково: спорное положение договора отступает от императивной нормы п. 1 комментируемой статьи, но положения ст. 421 ГК РФ, регулирующие отношения по смешанному договору, допускают исключение применения тех или иных императивных норм, применяемых к соответствующим элементам смешанного договора, если это следует из существа договора. И действительно, нет ничего невероятного в том, что норма, которая является императивной в контексте какого-то конкретного поименованного договора, при ее переносе в контекст смешанного договора может потерять императивный статус и оказаться диспозитивной, позволяющей установление в договоре иного.

Насколько этот подход ВС РФ обоснован с содержательной точки зрения? Действительно ли в описанной ситуации имеет смысл отступить от императивного прочтения п. 1 комментируемой статьи о праве клиента произвольно закрыть счет? Ответ на этот вопрос требует определить, какой интерес банка нужно защищать, отказывая клиенту в изменении смешанного договора в части исключения (прекращения) элемента договора банковского счета.

Судя по текстам указанных актов ВС РФ, логика Суда в том, что произвольное закрытие счета до погашения кредита, погашение которого по условиям договора должно было происходить через этот специально открытый счет, приведет к одностороннему изменению клиентом условий погашения кредитной задолженности, а это не допускается законом. Если интерес банка действительно состоит в большем удобстве учета операций и других организационных моментах, то такой интерес едва ли должен преобладать над интересом клиента освободиться от ненужных ему услуг по обслуживанию счета. Если интерес банка имеет обеспечительный характер, например банк рассчитывает, что «заведенные» на счет значительные финансовые потоки в известной мере повышают шансы банка реализовать свое право в рамках кредитных отношений, то ситуация несколько иная. Данный интерес можно помыслить теоретически в тех случаях, когда речь идет о счете с условием об овердрафте, так как данный счет действительно может использоваться клиентом для операций со своими контрагента-

ми и там действительно могут находиться или поступать от третьих лиц средства, которые при необходимости могут стать предметом безакцептного списания, если клиент вдруг откажется погашать овердрафт. В то же время такой интерес вряд ли реалистичен в условиях, когда речь идет о специально открытом для обслуживания кредитной карты счета (как раз в тех случаях, которые разбирал в отмеченных выше делах ВС РФ). В этом случае контрагенты заемщика (владельца счета) обычно не перечисляют ему на этот счет денежные средства, так как данный счет используется исключительно для погашения кредитного долга, и поэтому ожидание финансовых потоков по этому счету неосновательно. Соответственно, как минимум в таких случаях законность условия о блокировке права клиента на произвольное закрытие счета сомнительна.

В целом, как мы видим, наблюдается некоторое противоречие в позиции ВАС РФ и ВС РФ, которое требует устранения посредством унификации практики.

1.2. Толкование заявления клиента. На практике возникали вопросы о том, при каких условиях заявление клиента должно расцениваться банком в качестве основания для расторжения.

На этот счет в п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5 было указано, что наличие заявления клиента о перечислении остатка денежных средств само по себе не может служить достаточным доказательством расторжения договора. Там же было указано, что заявление клиента о закрытии счета должно расцениваться как заявление о расторжении договора банковского счета, если иное не следует из указанного заявления.

1.3. Последствия расторжения. Закон не устанавливает буквально последствия расторжения договора банковского счета в условиях ненадлежащего исполнения своих обязательств банком по перечислению денежных средств со счета.

Судебная практика на этот счет ранее устанавливала следующее. При рассмотрении споров, связанных с расторжением договора банковского счета и ответственностью за ненадлежащее совершение операций по счету, необходимо учитывать, что ответственность, предусмотренная законом (ст. 856 и 866 ГК РФ) или договором, применяется к банку лишь за период до расторжения договора. Если после расторжения договора банк неправомерно удерживает остаток денежных средств на счете, а также суммы по неисполненным платежным поручениям, ответственность банка наступает в соответствии со ст. 395 ГК РФ (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5).

Надо заметить, что данное разъяснение в настоящих условиях применяться уже не должно. Позднейшая арбитражная практика восприняла концепцию ликвидационной стадии расторгнутого договора, согласно которой соответствующие обязательства как бы переживают прекращение договора и применяются к отношениям сторон, связанным с достижением новой цели, приведением их имущественного положения в сбалансированный вид (п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). Такой подход позволяет сформировать правовые основания для продолжения отношений сторон и после расторжения договора и начисления законной неустойки, установленной в ст. 856 ГК РФ, а также процентов по договору счета, если таковые подлежали начислению, вплоть до возврата остатка по счету после расторжения договора. Согласно данному Постановлению в ситуациях, когда расторгается договор, по которому некое имущество передается другой стороне в собственность с последующим обязательством его вернуть (а договор счета вполне можно отнести к такой категории), условия расторгнутого договора о процентах сохраняются до полного исполнения этой обязанности.

Более того, указанное выше Постановление ВАС РФ содержит указание, что при расторжении подобных договоров к требованиям о возврате имущества, которое и без расторжения подлежало бы возврату, положения гл. 60 ГК РФ применению не подлежат. Иначе говоря, это означает, что природа требования о возврате остатка по расторгнутому счету не кондикционная, а договорная. Расторжение договора счета не трансформирует договорное обязательство банка выдать остаток по счету в некое внедоговорное обязательство вернуть неосновательное обогащение.

См. по данному вопросу также п. «м» комментария к ст. 856 ГК РФ.

2. Право банка произвольно закрыть счет при отсутствии движения по счету или положительного остатка на нем. Как уже отмечалось, право банка на произвольный выход из договора законом не предусмотрено. Но комментируемый пункт закрепляет некоторые основания для отказа банка от договора.

Закрепленные в п. 2 комментируемой статьи положения обеспечивают реализацию банком своего интереса в сокращении издержек на учет и хранение информации по имеющимся у него счетам путем одностороннего отказа от договоров счета, на котором в течение длительного срока нет средств или не проводятся операции. В условиях преобладания документарного (письменного) учета данных о банковских счетах защита правопорядком такого интереса банков была

вполне оправданна, поскольку любые издержки банков в конечном счете перекладываются на все общество. В настоящее время документальный учет постепенно сходит на нет, уступая электронной форме и автоматизации многих процессов в банковском деле. Те записи, которые ранее делали работники банка (а основная работа банков заключается в проведении арифметических операций и фиксации результирующих записей), в настоящее время делаются компьютерными программами. Следовательно, указанный интерес банков, видимо, уже не столь актуален. Его место занимает другой интерес, который также обусловлен снижением издержек. Публичное право все в большей и большей степени возлагает на банки бремя выполнения функций, не относящихся к гражданскому обороту и частному праву. Банки обязаны нести издержки, связанные с контролем и предотвращением терроризма, отмывания денег и т.п. Они играют ведущую роль при исполнении судебных актов, а также иных исполнительных документов о взыскании денежных средств и другие связанные с этим функции. Законодатель вынужден искать баланс между частноправовыми интересами банков и их клиентов с публично-правовым интересом всего общества в безопасности жизни и борьбе с преступностью. Не всегда этот баланс удастся соблюсти в должной мере. Сюда, возможно, относится и комментируемое положение, которое использует гражданско-правовые средства для снижения издержек, возникающих из-за достижения публично-правовых целей.

2.1. Пассивность счета. Согласно комментируемым правилам условием для отказа от договора является ситуация, когда в течение двух лет на счете отсутствуют денежные средства и при этом не проводятся какие-либо операции (пассивность счета).

Цель нормы, видимо, такая: когда счет имеет продолжительное время (более двух лет) нулевой остаток, банку дается возможность закрыть счет, так как издержки, связанные с реализацией публично-правовых функций банка, не компенсируются выгодой в виде права использования денег на счете. Отсутствие такой нормы приводило бы к тому, что банки были бы вынуждены вечно держать открытыми счета людей, которые о них уже давно забыли.

Определенную выгоду от данной нормы имеют и граждане. В течение жизни люди могли открывать различные счета в разных банках, а со временем снять с некоторых из них все деньги и забыть о них, не заявляя о расторжении договоров. В дальнейшем в ряде случаев от людей в силу закона может потребоваться отчет об имеющихся открытых счетах (например, от людей, баллотирующихся на тех или иных

выборах). Вспомнить все счета, которые человек открывал в течение многих десятилетий своей жизни, не всегда легко. Но шансы столкнуться с тем, что будет обнаружен какой-либо незадекларированный «нулевой» счет, несколько снижаются в связи с тем, что банки сами вместо забывчивого человека такой счет расторгнут по прошествии двух лет.

2.2. Предупреждение и отказ от договора. Комментируемый пункт предусматривает основания и порядок одностороннего внесудебного расторжения договора банковского счета (одностороннего отказа от исполнения договора). Такой отказ от договора вступит в силу с момента доставки заявления об отказе клиенту по правилам ст. 450.1 ГК РФ, если будут соблюдены указанные в пункте условия (пассивность счета в течение двух лет).

Но согласно нормам комментируемого пункта такой отказ от договора возможен только после направления клиенту предупреждения. При этом в норме указано, что договор прекращается по истечении двух месяцев после направления предупреждения. Данное положение может быть реализовано двояко. Во-первых, банк может вначале отправить предупреждение, а затем отказаться от договора по истечении двух месяцев. Во-вторых, банк может соединить два указанных сообщения, указав в предупреждении, что договор будет автоматически прекращен по прошествии двух месяцев с момента направления предупреждения.

Также следует обратить внимание, что комментируемые нормы о предупреждении устанавливают, что их правовой эффект наступает не с момента доставки, а с момента отправки. Тем самым закон отступает от общего правила ст. 165.1 ГК РФ, согласно которому правовые последствия юридически значимых сообщений и уведомлений наступают с момента их доставки адресату. Объяснение такого решения законодателя состоит, видимо, в желании упростить жизнь банков по сравнению со всеми иными участниками оборота, направляющими юридически значимые сообщения. Такая преференция выглядит несколько сомнительно.

2.3. Последствия внесения денег на счет в период предупреждения. В п. 2 ст. 859 ГК РФ реализован метод внутреннего дуализма ГК РФ, который выражается в установлении различного правового режима для граждан, не являющихся предпринимателями, с одной стороны, и юридическими лицами, а также индивидуальными предпринимателями – с другой (так называемые режимы *b2c* и *b2b*). Законодателю не удалось сформулировать норму по пандектному методу, установив общее правило для обоих режимов и отдельно особенности для каж-

дого из них. Тем не менее именно такая дифференциация следует из содержания нормы.

В одном из видимых проявлений дифференциации наблюдается явная аномалия. Речь идет о том, что период пассивности отпадает, равно как прекращается преобразовательное субъективное право банка на отказ от договора (а в случае указания в предупреждении об автоматическом прекращении договора отпадает перспектива автоматического расторжения договора), в отношении вклада *b2c* при поступлении денежных средств в двухмесячный период после соответствующего предупреждения банка. По буквальному смыслу комментируемого пункта проведение такой же операции по счету в тот же период в режиме счета *b2b* не влечет прекращения преобразовательного права банка. Такое положение вещей сложно объяснить, поскольку интерес клиента банка в сохранении счета, на который поступили денежные средства, достаточно очевиден. Более того, если бы внесение денег на счет не блокировало отказ от договора, отпадал бы всяческий смысл установления в комментируемом пункте двухмесячного периода предупреждения для вкладов *b2b*.

Поэтому имеются основания игнорировать эту необоснованную дифференциацию, считая ее случайным редакционным упущением, признавать наличие пробела в законе и восполнять его *mutatis mutandis* аналогичным положением из режима счета *b2c*. Иными словами, если в течение двух месяцев после предупреждения банком клиента о расторжении договора на счет юридического лица или индивидуального предпринимателя поступают денежные средства, преобразовательное субъективное право банка на одностороннее расторжение договора прекращается.

Следует заметить, что соответствующее право банка может возникнуть в последующем вновь при выполнении юридического состава, определенного в гипотезе комментируемой нормы.

2.4. Императивность или диспозитивность. Другое проявление отмеченной в предыдущем пункте дифференциации уже вряд ли случайно. Нормы данного пункта однозначно императивны в отношении счета *b2c* в смысле запрета на сокращение указанного в них срока пассивности, отмены правил о предупреждениях и последствиях внесения денег на счет после предупреждения, а также в отношении возможности установления в договоре механизма автоматического прекращения договора в случаях пассивности счета (по сути, отменительного условия действия договора). В то же время ничто не должно препятствовать включению в договор счета с таким субъектным составом условий, которые улучшают положение клиента (например, увеличение срока

пассивности или срока предупреждения, а также полная отмена права банка на отказ от договора по правилам данного пункта).

Другая ситуация имеет место в отношении счета *b2b*. Здесь закон прямо указывает, что срок пассивности может быть договором сокращен, но не может составлять менее шести месяцев. О возможности урезания срока предупреждения закон прямо не говорит. Можно допустить в этом плане императивность данной нормы, если мы признаем, что по счетам, которые открыты клиенту, являющемуся юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, зачисление денег на счет блокирует право на отказ от договора в период предупреждения, как и в случае счета *b2c*. Это прямо не указано в законе, но, как было показано в п. 2.3 комментария к настоящей статье, может быть выведено путем аналогии закона. Если судебная практика, вопреки нашей позиции, не поддержит данное решение и признает дифференциацию режимов счетов *b2b* и *b2c* в данном аспекте не случайной редакционной неточностью, а осмысленным выбором законодателя, откроются основания считать указанный двухмесячный срок предупреждения для вкладов *b2b* полностью диспозитивным и открытым для сокращения. Ведь тогда сам смысл предупреждения отпадает.

При этом в силу прямого указания в комментируемом пункте в обоих случаях секундарное (преобразовательное) право банка на отказ от договора может быть заблокировано договором банковского счета, т.е. банк может отказаться от этого права. Вопреки букве закона, это можно сделать как в самом договоре, так и в отдельном волеизъявлении банка об отказе от такого секундарного права. В последнем случае это будет отказ от договорного права по смыслу п. 6 ст. 450.1 ГК РФ.

Кроме того, банк не обязан воспользоваться этим правом, поскольку это не препятствует достижению указанных выше публично-правовых целей.

2.5. Возможность установления дополнительных оснований для отказа банка от договора в самом договоре. Данный вопрос обходится специальными нормами ГК РФ о счете стороной. Общие же правила ст. 310 ГК РФ предлагают следующее решение.

Во-первых, если договор счета заключен с лицом, не осуществляющим в связи с данным договором коммерческую деятельность (например, гражданином-потребителем, благотворительным фондом и т.п.), такое условие ничтожно. Это касается как права на произвольный отказ банка от договора, так и права на отказ при наступлении каких-то объективных оснований, если такие основания не указаны в законе. Банк вправе отказаться от договора только по основаниям, указанным в законе. Не может банк и предусмотреть режим отказа от договора

в ситуациях, подпадающих под основания судебного расторжения, которые указаны в комментируемом пункте (т.е. поменять предписанный законом судебный порядок расторжения на односторонний отказ при таком субъектном составе договора нельзя).

Это ограничение договорной свободы представляется вполне логичным, но следует иметь в виду, что реалии функционирования и толкования Закона о противодействии легализации доходов создают для банка фактически настолько широкие возможности по отказу от договора с нежелательным клиентом, что ему никакая свобода договора и не нужна. Напомним, что банк вправе расторгнуть договор банковского счета (вклада) с клиентом в случае принятия в течение календарного года двух и более решений об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, по которой либо а) не представлены документы, необходимые для фиксации соответствующей информации, либо б) в результате реализации правил внутреннего контроля у работников банка возникают подозрения, что операция совершается в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма (п. 5.2, 11 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов). По сути, получается, что, если хотя бы две операции клиента в течение года покажутся банку подозрительными в соответствии с разработанными Банком России и самим банком в рамках его положения о внутреннем контроле критериями, банк получает в свои руки право на расторжение договора, которое будет реализовано по правилам п. 3 комментируемой статьи в форме одностороннего отказа от договора.

Во-вторых, включение в договор счета, заключенного банком с лицом, осуществляющим коммерческую деятельность, условий о праве банка на отказ от договора по неизвестным законом основаниям или даже немотивированно формально законно в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ. Но суды могут контролировать разумность и добросовестность осуществления этого права (п. 4 ст. 450.1 ГК РФ).

При оценке разумности и добросовестности такого отказа следует учитывать ряд обстоятельств. С учетом того, что согласно п. 2 ст. 846 ГК РФ банк обязан заключить договор с любым обратившимся, если у него имеются такие возможности и он продолжает заключать с клиентами договоры счета соответствующего типа в данном регионе на аналогичных условиях, добросовестность произвольного и ничем не мотивированного отказа банка от договора может быть поставлена под сомнение, так как на следующий день клиент вправе обратиться к тому же банку за заключением нового договора, и банк в силу п. 2 ст. 846 ГК РФ обязан будет его заключить.

Представим теперь ситуацию, когда банк с новыми клиентами заключает договоры на иных условиях. В такой ситуации отказ от договора может быть направлен на обновление условий договора со старым клиентом, т.е. в этом поведении банка есть экономический резон. Но тут следует учесть ряд нюансов.

Если у банка в описанной ситуации есть право на одностороннее изменение договора, реализация банком вместо изменения условий договора своего права на произвольное расторжение с целью установить для старого клиента новые условия, вынудив его перезаключать договор, может показаться избыточной. Банк может установить новые условия просто путем изменения старого договора без его расторжения, и, если они не устроят клиента, тот просто закроет счет сам.

В общем, как представляется, если банк на момент реализации права на отказ от договора а) имеет право на изменение условий договора и б) продолжает работать в том же регионе и заключать договоры счета аналогичного типа с лицами, относящимися к той же категории клиентов, на условиях, идентичных тем, что зафиксированы в расторгаемом договоре, или непринципиально отличающихся, реализацию банком вместо куда более щадящего варианта изменения условий договора своего права на отказ от договора следует признавать злоупотреблением правом на отказ от договора (п. 1 ст. 10 и п. 4 ст. 450.1 ГК РФ). Закрытие счета может очень болезненно сказаться на интересах клиента.

Ситуация может быть иной, во-первых, когда у банка в силу контракта нет права на одностороннее изменение условий договора. Это, впрочем, маловероятно, так как банк, будучи способен включить в договор условие о праве на отказ, наверняка включил в него и условие о праве на изменение условий договора (в чем, кстати, его нельзя обвинить с учетом бессрочного характера договора). Но если представить такую гипотетическую ситуацию, когда у банка нет права на изменение условий договора, реализация им своего права на отказ от договора счета *b2b* в целях переключения клиента на новые условия договора кажется допустимой, если при этом банк предложил клиенту добровольно изменить условия договора, а тот отказался. Обязанность предварительно сделать такое предложение, как представляется, вытекает из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Во-вторых, нет злоупотребления и тогда, когда банк, имея право на одностороннее изменение условий договора, к моменту расторжения перестал обслуживать данную категорию клиентов (например, после поглощения другим банком переключился в принципе на иные виды финансовых банковских услуг) или более не заключает договоры счета соответствующего типа. В такого рода случаях одностороннее из-

менение не будет нормальной альтернативой, и банк поступит вполне добросовестно, если реализует закрепленное в договоре право на отказ от договора. С учетом бессрочного характера договора счета бороться с такими проявлениями договорной свободы как минимум в сфере счетов *b2b* нет смысла.

Резюме здесь стоит сделать следующее. С учетом бессрочного характера договора счета право не должно противостоять включению в договор счета, заключенного с коммерсантом, условия о праве банка на произвольный односторонний отказ от договора, если договор носит сугубо коммерческий характер, поскольку специальные нормы о счете такие условия не запрещают, а общее правило ГК РФ (п. 2 ст. 310) их допускает. Но в конкретных обстоятельствах суд может признать попытку осуществить формально имеющееся у банка право на односторонний отказ от договора в качестве злоупотребления правом по смыслу п. 1 ст. 10 ГК РФ и заблокировать по правилам п. 4 ст. 450.1 ГК РФ.

3. Отказ банка от договора на основании положений закона. Любой гражданско-правовой договор может расторгаться по инициативе одной из сторон в связи с отпадением интереса, который послужил основанием его заключения, если такое право предоставлено данной стороне законом. Если данное основание для расторжения не предусмотрено законом или договором, отказ от исполнения договора невозможен (ст. 309–310 ГК РФ). Комментируемый пункт не устанавливает каких-либо оснований для расторжения договора банком, а включается в случаях, когда основание для расторжения договора предусмотрено законом. Смысл этого «включения» состоит в том, что, если те или иные нормы закона определяют основания расторжения и банк вознамерился расторгнуть договор, применяется общее правило о процедуре расторжения, предусмотренное комментируемой нормой. Согласно данному правилу, договор расторгается посредством одностороннего отказа банка от договора путем направления письменного извещения об отказе с отложенным правовым эффектом (договор прекращается через 60 дней после направления извещения) и с частичной блокировкой на эти 60 дней банковских операций по счету.

3.1. Основания расторжения. Основания расторжения банком договора банковского счета могут быть общими или специальными.

Общее основание расторжения договора по требованию одной из сторон сводится к существенному его нарушению другой стороной (подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК РФ). При этом согласно абз. 2 п. 2 ст. 450 ГК РФ существенным признается нарушение договора одной из сто-

рон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Данная норма в качестве общего правила предусматривает судебное расторжение. Но применение комментируемой нормы означает, что при существенном нарушении договора счета клиентом договор расторгается банком в форме одностороннего отказа, и имеются все основания для применения процедурных правил, предусмотренных в комментируемом пункте. При этом важно, что в силу ст. 450 ГК РФ право на отказ возникает лишь при существенном нарушении клиентом своих обязательств по договору.

Если речь идет о счете с условием об овердрафте, логично предположить, что банк вправе отказаться от договора по правилам ст. 821 ГК РФ, если после заключения договора возникли обстоятельства, очевидно свидетельствующие о риске невозврата в будущем кредитных средств в случае их предоставления (например, резко ухудшилось финансовое положение клиента). В этой ситуации основания для отказа от договора закреплены в правилах о кредите, но в силу связи отношений по счету и кредитных отношений в рамках такого смешанного договора логично исходить из того, что банк вправе отказаться от договора в целом, если условия, связанные с обслуживанием счета договора с овердрафтом, отличаются от условий обычного договора счета (иначе получится, что после правомерного отказа банка от кредитования он окажется связанным с клиентом условиями банковского обслуживания, которые отличаются от тех, которые банк предлагает клиентам по обычным банковским счетам). В ином случае логично допускать отказ лишь от кредитного элемента смешанного договора.

Кроме того, специальные основания расторжения договора банковского счета по инициативе банка (при отсутствии движения и остатка на счете) установлены п. 2 комментируемой статьи. При этом процедурные аспекты отказа, установленные в комментируемом п. 3 настоящей статьи, применяются к этому основанию расторжения договора с особенностями, предусмотренными п. 2. Например, в п. 2 установлен двухмесячный срок предупреждения, в то время как в силу общего правила п. 3 речь идет о 60 днях, что не совсем одно и то же. Как представляется, в этом аспекте п. 2 данной статьи является специальным по отношению к процедурным правилам, установленным в комментируемом пункте.

Также специальные основания расторжения договора банковского счета могут быть установлены другими законами, в том числе публично-правовыми.

Так, например, банк вправе расторгнуть договор банковского счета (вклада) с клиентом в случае принятия в течение календарного года двух и более решений об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операции, по которой не представлены документы, необходимые для фиксирования соответствующей информации, а также если в результате реализации правил внутреннего контроля у работников банка возникают подозрения, что операция совершается в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма (п. 5.2, 11 ст. 7 Закона о противодействии легализации доходов).

Судебная практика также относит к основанию для расторжения договора банковского счета недостоверность данных о местонахождении владельца счета. Как указал ВАС РФ по одному из дел, обязанность банка по идентификации клиента, установленная в Законе о противодействии легализации доходов, не ограничена моментом заключения договора банковского счета и сохраняется в течение всего периода нахождения этого клиента на расчетно-кассовом обслуживании. Таким образом, достоверная информация о местонахождении юридического лица является существенным условием как при заключении, так и при исполнении договора банковского счета, поэтому непредставление клиентом необходимых сведений при изменении его идентификационных признаков может служить основанием для расторжения банком договора банковского счета в силу Закона о противодействии легализации доходов (Постановление Президиума ВАС РФ от 27 апреля 2010 г. № 1307/10). Соразмерность такой жесткой санкции может вызывать сомнения.

Банк также вправе расторгнуть договор банковского счета в случае непредоставления клиентом — иностранным налогоплательщиком в течение 15 рабочих дней после дня принятия решения об отказе от совершения операций информации, необходимой для его идентификации в качестве клиента — иностранного налогоплательщика, и (или) в случае непредоставления клиентом — иностранным налогоплательщиком согласия (отказа от предоставления согласия) на передачу информации в иностранный налоговый орган. При этом требуется уведомление об этом клиента — иностранного налогоплательщика не ранее чем за 13 рабочих дней до дня расторжения договора (ч. 2 ст. 4 Федерального закона от 28 июня 2014 г. № 173-ФЗ «Об особенностях осуществления финансовых операций с иностранными гражданами и юридическими лицами, о внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»).

3.2. Механизм отказа. Юридико-технически уведомление банка о расторжении договора является реализацией его секундарного (преобразовательного) права на отказ от договора. Реализация этого права облекается в одностороннюю сделку в письменной форме.

Волеизъявление банка требует восприятия другой стороной (клиентом) для того, чтобы юридический эффект сделки наступил. Каждый имеет право знать, состоит он в договорном отношении с другой стороной или нет. Поэтому выражение закона о том, что банк как бы уведомляет об уже состоявшемся расторжении договора, неточно. Это подтверждается вторым предложением, из которого следует, что эффект односторонней сделки о расторжении договора наступает через 60 дней, т.е. в будущем, а не в прошлом. Таким образом, данная сделка имеет проспективный, а не ретроспективный эффект.

В то же время обращает на себя внимание то, что комментируемый пункт не увязывает наступление эффекта расторжения с доставкой волеизъявления банка. Закон говорит о том, что банк направляет клиенту соответствующее заявление и по прошествии 60 дней договор будет считаться расторгнутым. По тексту статьи это произойдет и тогда, когда по каким-то причинам письмо до адресата не дошло. Видимо, этот подход позволяет банку проще зафиксировать дату расторжения договора в обстоятельствах неизвестности для банка времени получения уведомления клиентом. Таким образом, банк определяет момент закрытия счета и наступления связанных с ним юридических последствий. Указанный момент (истечение 60 дней) приводит к окончательному прекращению правоотношений сторон договора в связи с его расторжением.

Иначе говоря, данная норма является исключением из общего правила ст. 165.1 ГК РФ, а также ст. 450.1 ГК РФ, согласно которому юридически значимые сообщения, извещения и заявления, включая заявление об отказе от договора, вступают в силу с момента доставки соответствующего извещения адресату. Целесообразность такого законодательного решения сомнительна. Получается, что направленное банком письмо может потеряться на почте, и адресат (клиент) не знает об этом заявлении и не должен о нем знать, но тем не менее через 60 дней после его отправки договор неожиданно для клиента прекратится, а счет будет закрыт. Данное решение представляется несправедливым, поскольку допускает такую ситуацию, когда счет закрывается при отсутствии у клиента какой-либо информации о данном обстоятельстве. Это может поставить клиента в крайне тяжелое положение.

Норма, содержащаяся во втором предложении комментируемого пункта, может вызывать вопрос о ее функциональном значении. Зачем

необходимо выждать 60 дней, чтобы признать договор расторгнутым? Вероятнее всего, такое положение является следствием отступления законодателя от общего правила, согласно которому договор считается расторгнутым в момент доставки соответствующего сообщения адресату (ст. 165.1 и 450.1 ГК РФ). Законодатель, видимо, исходит из того, что в большинстве случаев в течение этих 60 дней уведомление об отказе от договора клиенту придет (игнорируя при этом то, что иногда в силу сбоя в доставке этого может и не произойти). Кроме того, такая отсрочка видится законодателю необходимой для того, чтобы клиент, будучи заблаговременно предупрежден о закрытии счета, мог изменить свои реквизиты в заключаемых договорах, предупредить своих партнеров, открыть счет в другом банке и т.п. В принципе, и ст. 165.1 и ст. 450.1 ГК РФ допускают возможность установления в законе отсроченного эффекта заявлений об отказе от договора. И в данной конкретной ситуации это кажется логичным, если бы не отступление законодателя от принципа доставки.

Может ли банк отозвать направленное заявление об отказе от договора? Как представляется, это возможно, если заявление об отзыве придет клиенту ранее или одновременно с заявлением об отказе. Если оно придет позднее, вряд ли эффект отзыва заявления возможен, даже несмотря на то, что само расторжение отложено и еще не произошло. Конечно же, по соглашению сторон договор банковского счета может быть продолжен, ибо это следует из принципа автономии воли в гражданском праве. Но преобразование правоотношения, порожденного реализацией секундарного права в форме односторонней сделки (в данном случае — отказа от договора), за счет одностороннего отзыва такого волеизъявления по общему правилу требует опоры либо в договоре, либо в законе.

3.3. Правовой эффект направленного заявления об отказе до истечения 60-дневного срока. Как уже отмечалось, в силу комментируемого пункта направление банком уведомления о расторжении договора не влечет немедленного юридического эффекта (такой эффект отложен по общему правилу на 60 дней), однако определенное преобразование отношений сторон по договору уже происходит немедленно. Это преобразование выражается в ограничении операций по счету, допустимых на стадии после направления заявления об отказе и до истечения 60 дней. В этот период допускается совершать только пять видов операций по счету:

- 1) взимание платы за услуги банка;
- 2) начисление процентов, если такие условия содержатся в договоре банковского счета;

- 3) перечисление обязательных платежей в бюджет;
- 4) выдача или перечисление свободного остатка по счету;
- 5) перечисление (с предварительной конвертацией для иностранной валюты) на спецсчет Банка России и последующий возврат по требованию клиента не востребовавшего ранее остатка по счету.

Установление указанного ограничительного перечня допустимых операций по счету может вызывать сомнения как с точки зрения разумности такого ограничения, так и с точки зрения соответствия его конституционным принципам. Ограничения выбраны законодателем несистемно. Так, например, интерес банка по взиманию платы за свои услуги учтен, тогда как его же возможный интерес по списанию, скажем, суммы выданного по счету кредита проигнорирован. Даже с привлечением публично-правовых целей названных выше законов трудно оправдать недопустимость возврата банку кредита, даже если соответствующее лицо подозревается в нарушении законодательства о легализации, что и становится поводом для отказа банка от договора. Также можно поставить под вопрос дискриминацию прав контрагентов владельца счета, чьи требования, подлежащие исполнению согласно закону, поступают к счету в течение этого периода. В названном перечне не оказались также требования, основанные на судебном акте. Получается, что частной волей банка, хотя бы и не противоречащей закону, может быть предотвращен процесс принудительного взыскания причитающегося с владельца счета, в том числе с нарушением предусмотренной законом очередности в период, когда счет еще открыт.

Несмотря на то что указанная 60-дневная задержка, казалось бы, должна дать клиенту возможность подготовиться к открытию счета, открыть счет в другом банке и предупредить контрагентов, эффект блокирования наступает немедленно с момента направления заявления об отказе. Иначе говоря, еще до того, как данное заявление дойдет до клиента, банк перестает принимать обычные платежные поручения клиента и выдавать ему наличные (если только клиент не сделал в банк соответствующий запрос о снятии всего остатка или перечислении его на иные счета согласно п. 5 данной статьи), за исключением переводов обязательных платежей в бюджет. Более того, немедленно после направления, но еще до получения клиентом заявления об отказе банк получает право перестать осуществлять зачисления на счет клиента от третьих лиц. Фактически данная норма позволяет банку прекратить нормальное обслуживание счета еще до того, как клиент получит об этом какую-то информацию. Назвать такой подход нормальным, как минимум в контексте его установления в качестве общего правила, достаточно сложно.

4. Расторжение договора судом по требованию банка. Положения п. 4 ст. 859 ГК РФ по своему политико-правовому обоснованию весьма близки тем интересам, которые призваны удовлетворять положения п. 2 этой же статьи. Считается, что банк не заинтересован в счетах с малым или нулевым остатком на них (минорные счета), а также в счетах, не используемых их владельцами (пассивные счета).

Если счет является пассивным в течение двух лет и при этом остаток по нему равен нулю в течение всех этих двух лет, закон дает банку право на отказ от договора по правилам п. 2 ст. 859 ГК РФ. Норма же комментируемого пункта распространяется на две иные ситуации, где факторы пассивности и миноритарности выражены не так ярко, и допускает для таких случаев лишь судебное расторжение договора. Комментируемый пункт устанавливает для банка возможность судебного расторжения договора при наличии хотя бы одного из названных двух оснований:

1) снижение минимального порога остатка, предусмотренного банковскими правилами или договором, если предупрежденный банком об этом клиент не пополнит счет;

2) отсутствие операций по счету в течение года.

Второе основание содержательно совпадает с основанием, предусмотренным п. 2, которое дает банку право расторгнуть договор банковского счета при отсутствии операций по счету во внесудебном порядке. Отличие лишь в сроке: по п. 2 это два года (максимально пассивный счет), а по данному пункту — один год (минимально пассивный счет).

Судебный порядок расторжения договора затрудняет реализацию банком своего интереса в избавлении от минорных и минимально пассивных счетов. Видимо, законодатель тем самым демонстрирует большую надежность банковской системы и повышенную заботу об интересах клиентов банков. Между тем этот интерес банки вполне способны защитить сами, реализуя принцип свободы договора, что и происходит на практике. Нередко договоры банковского счета (но не вклада) предусматривают оплату услуг банка, в том числе когда счет приобретает характер минорного или минимально пассивного. Необходимость периодического (чаще всего ежемесячного) платежа за услуги по счету экономически побуждает рационального владельца счета расторгнуть договор и закрыть счет, переведя остатки на другой счет, который используется активно и содержит необходимый минимальный остаток, либо выбрать такой счет, по которому не установлены ни минимальный остаток, ни оплата услуг банка. В связи с этим затратная судебная система расторжения договора не используется. В таком случае необходимость в комментируемой норме отпадает.

4.1. Снижение суммы остатка ниже порогового уровня. Первое основание для судебного расторжения договора определяется как снижение суммы остатка по счету ниже порогового минимального размера. Величина минимальной суммы остатка определяется банковскими правилами или договором. Если она не предусмотрена, расторжение договора по требованию банка по данному основанию не допускается.

Однако одного лишь факта снижения остатка ниже пороговой величины недостаточно. Данное основание расторжения договора имеет сложный фактический состав: 1) снижение остатка по счету ниже минимального порога; 2) предупреждение клиента о предстоящем расторжении договора (своего рода претензионный порядок); 3) невозможность восстановления требуемой суммы в течение месяца.

При накоплении юридического состава, т.е. последовательном наступлении названных юридических фактов, вторичное (преобразовательное) право банка созревает и может быть по его воле реализовано, но только в судебном порядке. Предметом рассмотрения иска банка о расторжении договора является проверка судом наличия названного фактического состава. Если банк докажет наступление этих фактов, иск подлежит удовлетворению.

Указанное в комментируемом положении закона предупреждение банка клиентом о снижении суммы остатка ниже определенного размера является сделкоподобным действием. Получение владельцем счета такого предупреждения переводит правоотношение в стадию ожидания преобразовательного эффекта, который может наступить, если банк решится реализовать свое право на инициацию судебного расторжения. Этот эффект может быть двоякого рода: 1) либо клиент пополняет счет необходимой суммой, и предпосылки для расторжения договора вследствие этого отпадают; 2) либо клиент не сделает этого, и право банка на расторжение может быть реализовано в судебном порядке.

Реализация банком указанной процедуры предупреждения исключает необходимость направления клиенту еще и предложения расторгнуть договор в добровольном порядке, которое в силу ст. 452 ГК РФ следует отправлять, прежде чем обращаться в суд с иском о расторжении. С учетом близости функций института предупреждения и обязательного предложения добровольного расторжения было бы ненужным нагромождением заставлять банк вначале направлять предупреждение, выжидать положенный месяц, а затем еще направлять предложение о добровольном расторжении и ждать еще месяц для того, чтобы созрело право на иницирование судебной процедуры расторжения.

Следует обратить внимание на то, что для достижения соответствующего юридического эффекта предупреждение банка должно поступить клиенту, с тем чтобы у него была возможность ознакомления с ним. При этом согласно закону месячный период, предоставленный клиенту законом на пополнение счета, исчисляется с момента предупреждения. Никакой оговорки, что предупреждение будет считаться сделанным с момента отправки клиенту соответствующего сообщения, закон не делает (в отличие от похожей ситуации в п. 2 ст. 859 ГК РФ). Соответственно, здесь действует общее правило ст. 165.1 ГК РФ, согласно которому юридические последствия всевозможных извещений и уведомлений наступают с момента доставки. Таким образом, банк должен обеспечить доставку извещения, зафиксировать дату доставки и выждать месяц, в течение которого клиент может пополнить счет, прежде чем обращаться в суд с иском о расторжении договора.

Пополнение клиентом минорного счета после истечения срока предупреждения, равно как и после подачи иска, может быть квалифицировано по-разному. С одной стороны, формально-юридически необходимый состав для возникновения прекращающего правового эффекта для договора банковского счета накоплен, и поэтому договор подлежит расторжению. С другой стороны, как представляется, и банк, и его клиент могут оказаться незаинтересованными в этом. Понятно, что когда между сторонами нет разногласий по сохранению договора, то правопорядок не должен препятствовать им в этом, поскольку продолжение отношений по договору банковского счета не затрагивает ни интересов третьих лиц, ни публичный порядок. Если же банк не согласен на продолжение отношений по договору банковского счета, право должно поддержать владельца счета. Коль скоро банковский счет утратил характер минорного счета после (пусть и запоздалого) зачисления средств на счет, интересы банка не нарушаются. Кроме того, после расторжения судом договора банковского счета (если допустить такой исход) тот же самый клиент вправе открыть в том же банке новый счет, а отказ банка в этом противоречил бы закону. В этом аспекте остается обоснованным только лишь интерес банка по возмещению своих судебных издержек.

Норма о праве банка на расторжение договора по обсуждаемому здесь основанию не содержит оговорки о диспозитивности. Ее телеологическое толкование, скорее, может подталкивать к выводу о ее частично императивной природе. В целом она направлена на достижение справедливого баланса интересов сторон в описанных обстоятельствах. Поскольку слабой стороной в этих обстоятельствах следует признать клиента банка, изменение параметров расторжения договора

по инициативе банка должно допускаться, если оно не ухудшает интересы клиента. Так, например, нет никаких препятствий установить договором более продолжительный срок, предоставленный для восстановления соответствующей суммы остатка на счете. Стороны могут и вовсе заблокировать право банка на расторжение договора, если это будет предусмотрено их соглашением. Но установление в договоре положений, ухудшающих положение клиента по сравнению с тем, что установлено в комментируемой статье (например, включение в договор условия о праве банка на односторонний отказ от договора по указанному основанию или сокращение срока предупреждения), при такой интерпретации недопустимо. Впрочем, ответ на данный вопрос во многом увязан с ответом на вопрос о законности включения в договор счета условий о праве банка на односторонний отказ в случаях, не установленных в законе. В той степени, в которой дополнение оснований для отказа от договора положениями договора не допускается, логично данную норму интерпретировать именно как частично императивную в вышеуказанном смысле. Если же мы признаем право сторон договариваться о неизвестных закону основаниях отказа от договора, то никакой логики в запрете сторонам договариваться об упрощении для банка процедуры расторжения договора по основанию недостаточности остатка по счету нет (подробнее о возможности согласования не поименованных в законе оснований для отказа от договора см. п. 2.4 комментария к настоящей статье).

4.2. Отсутствие операций по счету в течение года. Второе самостоятельное основание для расторжения договора по инициативе банка — отсутствие операций по счету в течение года. На этом основании банк может расторгнуть договор, даже если на счете лежит крупная сумма (впрочем, вряд ли банк будет это делать).

По сравнению с подобным основанием, предусмотренным для внесудебного одностороннего расторжения договора банком (п. 2 ст. 859 ГК РФ), для признания счета пассивным комментируемый пункт предусматривает менее продолжительный период — один год. Получается, что для внесудебного расторжения договора требуется пассивность в течение двух лет (а также нулевой остаток по счету), а для судебного — один год (независимо от состояния остатка по счету).

Под операцией, проведение которой в течение года исключает право банка на судебное расторжение, следует понимать любое распоряжение клиента банка в отношении счета, которое свидетельствует о воле клиента на сохранение счета, или поступление денежных средств с других счетов клиента или от третьих лиц. Вопрос о том, можно ли

считать операцией по смыслу данной нормы безакцептное списание со счета (например, задолженности по оплате ранее услуг банка), совершенное самим банком в свою пользу, или зачисление самим банком на счет процентов, может вызывать споры. Формально это тоже операции по счету. Но сомнительно, что закон мог иметь в виду в том числе и такие операции. Впрочем, вопрос этот не разрешен и вряд ли будет разрешен.

Но здесь следует задать один важный вопрос: блокирует ли право банка на судебное расторжение не операция по счету в подлинном смысле, а совершение клиентом в течение года или после этого до вынесения судом решения о расторжении иных действий или волеизъявлений, из которых следует, что он не забыл о существовании счета? Например, может ли заблокировать право на расторжение то, что клиент проверил остаток по счету через систему «банк – клиент» или приложение для смартфона, запросил в банке выписку или просто после предъявления иска заявил банку о том, что он против закрытия счета? Из текста закона это не следует. По букве закона банк может инициировать расторжение, если по счету не проходили операции: это объективное основание. В то же время, возможно, имеет смысл толковать закон не буквально, а телеологически. Если на счете клиента имеются средства и данная сумма выше минимальных порогов, установленная в законе возможность расторгнуть договор в судебном порядке основана, видимо, на предположении о том, что клиент потерял интерес к счету. Но это лишь презумпция, предположение. Если клиент в течение года не направлял банку распоряжения по счету, но так или иначе недвусмысленно выразил свою заинтересованность в сохранении банковского обслуживания, было бы логично исходить из того, что право на судебное расторжение утрачивается.

В отличие от режима закрытия пассивного счета по правилам п. 2 комментируемой статьи, а также отказа от договора при снижении суммы счета ниже установленного банком минимума по правилам абз. 2 п. 4, закрытие пассивного счета по правилам абз. 3 п. 4 не требует предупреждения банком клиента о предстоящем расторжении договора. Политико-правовое обоснование такому различию сложно обнаружить. Во всех указанных случаях владелец счета может быть заинтересован в сохранении счета. Поэтому можно констатировать наличие пробела в законе с применением по аналогии правила о предупреждении клиента банком, установленного для случая минорного счета в абз. 2 п. 4 комментируемой статьи.

Если в течение месяца, а также и после его истечения клиент банка совершит банковскую операцию или на счет поступят средства, следует

считать, что секундарное (преобразовательное) право банка перестает быть зрелым, т.е. основание для расторжения договора отпадает.

Точно так же следует подходить к рассмотрению соответствующего иска банка. Суд оценивает доказательства банка о наличии сложного фактического состава для расторжения договора. Если после подачи банком иска о расторжении договора клиент совершит операцию по счету или на счет поступят денежные средства, в иске о расторжении договора должно быть отказано с отнесением всех разумных издержек банка на владельца счета. Более того, как представляется, такой иск должен отклоняться и тогда, когда клиент в отзыве на иск или в ходе судебного заседания возражает против закрытия счета (мотивировка такого прочтения закона здесь примерно та же, что и в отношении права банка на односторонний отказ от договора при пассивности счета по правилам п. 2 комментируемой статьи).

В отличие от нормы данного пункта, предусматривающей расторжение договора по минорному счету, комментируемая норма о расторжении договора с пассивным в течение года счетом имеет референт диспозитивности. В ней прямо указано на право сторон согласовать иное. Соответственно, не вызывает никаких сомнений, что договором может быть предусмотрено, что у банка отсутствует право на расторжение договора по такому основанию или установлен более продолжительный срок пассивности, равно как и иные дополнительные условия реализации права банка на расторжение договора по пассивному в течение года счету. Ухудшение положений клиента на основании договора комментируемой нормой не запрещается. Впрочем, возможно, есть основания в данном контексте диспозитивную оговорку толковать ограничительно и исходить из того, что диспозитивность проявляется лишь в возможности улучшить положение клиента, но не ухудшить его.

В то же время данный вопрос сильно увязан с вопросом о возможности установления в договоре счета дополнительных оснований для отказа от договора по инициативе банка. В той степени, в которой на этот вопрос мы отвечаем отрицательно, логична и телеологическая редукция диспозитивной оговорки в указанной норме. В обратном случае это будет нелогично (подробнее о свободе сторон согласовывать неизвестные закону основания для отказа банка от договора см. п. 2.4 комментария к настоящей статье).

4.3. Исключения на уровне закона. Несмотря на то что комментируемый пункт не устанавливает, что в случаях, предусмотренных законом, расторжение договора банковского счета по рассматриваемым основаниям не допускается, такие нормы в ГК РФ имеются. Так, в соответ-

ствии с п. 3 ст. 860.15 ГК РФ договор публичного депозитного счета не может быть прекращен, в частности, по основаниям, указанным в п. 4 ст. 859 ГК РФ. Следовательно, для этого вида договора банковского счета, по принципу *lex specialis derogat generali*, преимущество имеет специальная норма, т.е. п. 3 ст. 860.15 ГК РФ.

4.4. Возможность согласовать право на внесудебный отказ от договора по основаниям, указанным в п. 4 ст. 859 ГК РФ. В той степени, в которой мы соглашаемся с отраженной в п. 2.4 комментария к настоящей статье позицией о возможности согласования в договоре счета, открытого коммерческой организации или индивидуальному предпринимателю, дополнительных, неизвестных закону оснований для отказа банка от договора, следует признать, что условия таких договоров счета могут содержать положения о праве банка (вместо судебной процедуры расторжения) на внесудебный отказ от договора по основаниям, указанным в комментируемом пункте. Это следует из положений п. 2 ст. 310 ГК РФ. Из той же нормы следует, что включение подобных условий в договоры с некоммерсантами незаконно.

5. Судьба остатка на счете после расторжения. Независимо от того, кто являлся инициатором расторжения договора – банк, клиент или они оба расторгли его по соглашению, равно как независимо от вида его расторжения (судебное или внесудебное расторжение договора), право в отношении остатка денежных средств по счету принадлежит клиенту. Соответственно, у банка имеется релевантная обязанность по возврату остатка по счету, модус исполнения которой разнится в зависимости от некоторых обстоятельств.

Помимо комментируемого пункта, регламентация закрытия счета установлена в гл. 8 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И.

Надо заметить, что в ординарной ситуации клиенты банков обычно предпочитают сначала распорядиться полностью соответствующей суммой денежных средств на счете, перечислив ее на другой счет или в уплату по своим обязательствам, и лишь впоследствии расторгать договор, который не имеет никакого остатка денежных средств (нулевой остаток). Этот вполне рациональный характер действий клиентов банков объясняется тем простым обстоятельством, что сроки исполнения платежных распоряжений клиента короче, чем семидневный срок, предусмотренный для возврата свободного остатка денежных средств по счету. Сообразно этому действие комментируемой нормы в таких случаях не имеет предмета для применения.

В то же время данная норма распространяется и на случаи расторжения договора по инициативе банка.

С момента расторжения договора у банка возникает денежное обязательство перед клиентом в размере свободного остатка денежных средств на счете. Это обязательство имеет альтернативный модус исполнения, поскольку банк обязан совершить одно из двух действий:

- 1) выдать свободный остаток денежных средств наличными; или
- 2) перечислить его на другой счет.

Согласно п. 1 ст. 308.1 ГК РФ альтернативным признается обязательство, по которому должник обязан совершить одно из двух или нескольких действий (воздержаться от совершения действий), выбор между которыми принадлежит должнику, если законом, иными правовыми актами или договором право выбора не предоставлено кредитору или третьему лицу. Комментируемый пункт производит инверсию выбора в исключение из общего правила принадлежности права выбора должнику. Определение модуса исполнения в отношении остатка денежных средств принадлежит кредитору (клиенту). К обязательству банка о выдаче или перечислении на другой счет остатка денежных средств не может применяться разъяснение Пленума ВС РФ о том, что выбор в альтернативном обязательстве имеет ретроактивный эффект (п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 21 ноября 2016 г. № 64), поскольку обязательство банка лишь эвентуально возникает с момента заключения договора банковского счета, однако конкретизируется, а потому и возникает (или созревает) оно только с момента расторжения договора. Обязательство банка в отношении остатка денежных средств не может возникать в момент заключения договора банковского счета, поскольку в этот момент времени не существует объекта обязательства — истребованного свободного остатка денежных средств, причитающегося клиенту. К данной разновидности альтернативного обязательства не применяется и п. 2 ст. 320 ГК РФ, согласно которому, если право выбора по альтернативному обязательству (ст. 308.1) предоставлено кредитору или третьему лицу и такой кредитор или третье лицо не сделали выбор в пределах установленного для этого срока, должник исполняет обязательство по своему выбору. Указанная общая норма, по принципу *lex specialis derogat generali*, исключается специальной нормой (п. 6 ст. 859 ГК РФ), определяющей иные последствия отсутствия волеизъявления клиента в отношении остатка денежных средств по счету.

Обязательство банка вернуть остаток относится к такой разновидности обязательств, которые предусматривают срок его исполнения по требованию (п. 2 ст. 314 ГК РФ). В данном случае срок устанавливается законом и равен периоду в семь дней, но этот период исчисляется не с момента, когда договор считается расторгнутым, а с момента

получения банком требования клиента о выплате остатка. Привязка периода к заявлению клиента порождает потестативный, отлагательно обусловленный срок исполнения обязательства, т.е. такой срок, начало течения которого зависит от наступления факта (действия), полностью зависящего от воли одной из сторон обязательства, в данном случае — от кредитора (клиента).

Если клиент отказывается от договора по правилам п. 1 ст. 859 ГК РФ, но не заявляет требование о выплате ему остатка или выдаче его наличными, договор расторгнут, но востребование исполнения обязательства банка по возврату остатка не происходит, так как банк не получает инструкций в отношении того, какой модус исполнения его обязательства вернуть остаток выбирает клиент (возврат наличными, перечисление на тот или иной счет). Поэтому клиенту в такой ситуации потребуется направить еще и заявление о востребовании исполнения с указанием соответствующих инструкций в отношении порядка возврата остатка. Куда проще с учетом этого соединять заявление об отказе с требованием о возврате остатка и указанием порядка его возврата в одном волеизъявлении.

Норма о семидневном сроке, исходя из целей ее установления, является частично императивной: срок может быть сокращен по соглашению сторон, но не увеличен. Обход применения действия этой императивной нормы посредством установления срока для расторжения договора банковского счета следует квалифицировать по ст. 10 ГК РФ, признавая соответствующее условие договора банковского счета ничтожным.

Когда договор расторгается по письменному соглашению сторон, которое предусматривает модус исполнения обязательства банка, но не предусматривает его срока исполнения, данный срок определяется комментируемой нормой и начинает истекать с момента заключения соглашения о расторжении договора, если соглашением не предусмотрено более короткий или более длительный срок. Требование к дополнительной подаче заявления от клиента в таких обстоятельствах излишне, коль скоро воля на получение остатка денежных средств по счету ясно изъявлена в самом соглашении о расторжении договора банковского счета.

В тех случаях, когда договор расторгнут судом, заявление клиента о возврате остатка может быть подано в любое время после вступления судебного акта в силу. Но так как договор до момента вступления решения суда о расторжении договора действует и прекратится только после этого (п. 3 ст. 453 ГК РФ), ничто не мешает клиенту просто распорядиться средствами на счете в обычном порядке. Более того,

клиент может, не дожидаясь вступления в силу решения суда, заявить отказ от договора по правилам п. 1 настоящей статьи и потребовать возврата остатка.

Если договор банковского счета расторгнут банком во внесудебном порядке и владелец счета подает заявление о выдаче или перечислении остатка денежных средств на счете, норма п. 5 ст. 859 ГК РФ также подлежит применению. Более того, в силу прямого указания в п. 3 настоящей статьи клиент вправе потребовать возврата остатка по счету в режиме, указанном в комментируемом пункте (т.е. с семидневным сроком исполнения), и до вступления отказа от договора в силу, сразу же после того, как он узнал о направлении ему банком извещения об отказе. Эта странная ситуация имеет место в связи с тем, что в силу п. 3 ст. 859 ГК РФ уже после направления извещения об отказе банк блокирует практически все операции по счету, включая обычные операции по перечислению денег со счета (кроме ряда изъятий). Соответственно, если клиент, узнав о направлении ему заявления об отказе, желает забрать деньги на счете, не дожидаясь истечения 60-дневной отсрочки вступления отказа от договора в силу, он должен подавать в банк не обычное распоряжение о списании денег (например, платежное поручение), а заявление о снятии остатка по правилам п. 5 ст. 589 ГК РФ.

Установление в договоре счета условий о каких-либо повышенных комиссиях, которые клиент должен уплатить банку при снятии или перечислении остатка после отказа клиента от договора по п. 1 комментируемой статьи (по сравнению с обычными комиссиями, установленными в договоре на случай перевода или снятия средств по счету до расторжения), должно признаваться незаконным, так как косвенно ограничивает право клиента на произвольный выход из договора, установленное в п. 1 ст. 859 ГК РФ императивно. Незаконно и условие о праве банка в одностороннем порядке произвольно поднять обычную комиссию при снятии или перечислении денег со счета с целью ее разового применения в отношении операции по снятию остатка после расторжения договора клиентом по правилам п. 1 ст. 859 ГК РФ. Встречались случаи, когда банки включают в договор счета такое условие о праве на применение к снятию (перечислению) остатка после расторжения договора клиентом повышенной комиссии, которая иногда доходит до вовсе неприличных, заградительных размеров, увязывая такое повышение с отказом банка от проведения той или иной операции клиента по основаниям, вытекающим из норм Закона о противодействии легализации доходов. Такие условия договора следует также считать ничтожными.

Тем более должны считаться ничтожными условия о применении банком неких повышенных тарифов за снятие или перечисление остатка по счету после расторжения договора в ситуациях, когда банк расторгает договор не в связи с нарушением клиентом тех или иных обязательств по договору. Например, если банк отказывается от договора по правилам п. 2 ст. 859 ГК РФ или при возникновении тех или иных оснований, указанных в Законе о противодействии легализации доходов, но не связанных с нарушением клиентом своих гражданско-правовых обязательств непосредственно перед банком, применение такой повышенной комиссии незаконно. Применение же подобных повышенных комиссий к случаям, когда отказ от договора был обусловлен нарушением клиентом своих обязательств, теоретически возможно, но сама эта комиссия должна рассматриваться как договорная неустойка, к которой подлежат применению правила ГК РФ об ответственности и неустойке (ст. 401, 404, 333 ГК РФ и др.).

5.1. Юридическая судьба неисполненных распоряжений. Понятие остатка денежных средств вызывало ранее различное его понимание в тех случаях, когда по счету имелись не исполненные банком распоряжения клиента и в то же время поступало заявление клиента о расторжении договора банковского счета. Неопределенность, видимо, возникала вследствие того, что в этих обстоятельствах видятся два варианта действий:

1) либо заявление клиента о расторжении влечет прекращение как самого договора, так и сделанных ранее, но не исполненных поручений по счету, и поэтому остаток по счету включает и суммы неисполненных поручений;

2) либо остаток по счету не включает суммы ранее сделанных, но не исполненных поручений, которые надлежит исполнить банку после получения заявления о расторжении договора банковского счета.

Судебная практика ВАС РФ выработала следующее положение на этот счет. В случае расторжения договора банковского счета клиент в соответствии с п. 3 ст. 859 ГК РФ вправе требовать от банка перечисления остатка денежных средств или его выдачи. В таких случаях денежное обязательство банка включает как остаток средств на счете, так и суммы, списанные по платежным поручениям со счета клиента, но не перечисленные с корреспондентского счета банка (п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5; Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2000 г. № 6514/99). Впрочем, актуальность этого вопроса, как правило, невысока, так как в настоящее время деньги проходят от счета клиента к корсчету банка получателя обычно в течение одного-двух дней, а то и быстрее.

5.2. Отсутствие необходимости оформления платежного поручения.

Кроме того, на практике также возникал вопрос о документах, достаточных для реализации клиентом своего права в отношении остатка денежных средств на счете. Здесь было установлено, что банк не вправе требовать от клиента представления платежного поручения о перечислении остатка денежных средств (п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5), т.е. обычного заявления клиента с указанием банковских реквизитов соответствующего счета достаточно для исполнения банком своей обязанности в отношении остатка денежных средств на счете.

5.3. Исключения. До 1 июня 2018 г. комментируемое законоположение об обязанности банка по выдаче или перечислении остатка денежных средств на счете не имело каких-либо исключений. Это вызывало некоторые проблемы на практике для тех случаев, когда до расторжения договора банковского счета денежные средства на счете были подвергнуты аресту или операции по счету были приостановлены. Действие безусловного права владельца счетов в отношении получения остатка по счету в таких случаях приводило бы к нарушению законных интересов третьих лиц, в пользу которых были приняты названные ограничительные меры.

С 1 июня 2018 г. новая редакция нормы предусматривает исключение для реализации клиентом своего права в отношении получения остатка денежных средств на счете, отсылая правоприменителя к п. 3 ст. 858 ГК РФ, касающегося ареста денежных средств на счете и приостановлении операций по нему. Законоположение позволяет сформулировать две разновидности общего понятия «остаток денежных средств на счете»:

- 1) заблокированный в результате ареста или приостановления операций остаток денежных средств;
- 2) свободный остаток денежных средств.

Соответственно, при расторжении договора банковского счета у владельца счета появляется субъективное право на получение свободного остатка денежных средств, но не заблокированного остатка денежных средств на счете. Последний может быть получен клиентом, когда и если соответствующие ограничительные меры перестанут действовать (о судьбе самого арестованного счета в случае расторжения договора см. комментарий к п. 3 ст. 858 ГК РФ).

5.4. Состав остатка денежных средств. До 1 июня 2018 г. на практике могли возникать осложнения в понимании свободного остатка денежных средств на счете, когда на счете имеются денежные средства, в отношении которых получателю денежных средств и (или)

обслуживающему его банку в соответствии с банковскими правилами и договором подтверждена возможность исполнения распоряжения клиента о списании денежных средств в течение определенного договором срока, но не более чем 10 дней (п. 4 ст. 845 ГК РФ). Теперь же в силу п. 4 ст. 845 ГК РФ такие средства просто не считаются принадлежащими клиенту.

Указанные зарезервированные под ожидаемое списание суммы не должны входить в понятие свободного остатка денежных средств, а клиент вправе претендовать на такие суммы при отпадении соответствующих ограничений. Семидневный срок, предусмотренный комментируемым пунктом, должен исчисляться с момента отпадения названных ограничений.

5.5. Последствия нарушения банком обязательства вернуть остаток и начисление процентов. Неисполнение или ненадлежащее исполнение банком своего обязательства в отношении остатка денежных средств на счете влечет его ответственность по обязательству (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 января 2001 г. № 7247/00).

До исполнения банком обязанности по возврату или перечислению остатка по счету, в том числе в семидневный или иной установленный договором период после расторжения договора, обязанности банка по уплате регулятивных процентов (за пользование денежными средствами на счете, если они предусмотрены договором) сохраняются (пусть сам счет и закрывается), и подобные проценты продолжают начисляться и после истечения указанного периода. Это связано с тем, что, как уже отмечалось в п. 1.3 комментария к настоящей статье, расторжение договора не прекращает договорное обязательство банка вернуть остаток, а следовательно, продолжают начисляться и договорные проценты (см. п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). До истечения семидневного или более короткого срока, установленного договором, банк не находится в просрочке, поэтому за данный период банк не платит охранительные проценты по правилам ст. 395 ГК РФ, но если он допускает просрочку, к начисляемым процентам по счету добавляются проценты годовые по правилам ст. 395 ГК РФ (или неустойка, если таковая согласована договором) как мера ответственности.

5.6. Перечисление остатка на несколько счетов. Буквальное толкование комментируемого пункта может привести к ошибочному выводу о том, что при расторжении договора клиент вправе распорядиться свободным остатком посредством перечисления только на один другой счет, но не на несколько своих счетов. Такое толкование представляется избыточно формальным, поскольку нет каких-либо политико-

правовых причин к ограничению распорядительной власти владельца счета. Коль скоро клиент по действующему договору вправе свободно распорядиться соответствующей суммой на своем счете, перечислив их на любое количество своих счетов, то такое же право ему следует предоставить и при расторжении договора банковского счета.

Еще один вопрос схожего порядка можно поднять в связи с тем, что законодатель не уточняет, кому именно принадлежит другой банковский счет, на который возможно перечисление остатка денежных средств, — самому владельцу счета, чей договор с банком расторгнут, или также иному лицу (контрагенту владельца счета). Коль скоро законодатель не устанавливает каких-либо ограничений прав клиента, следует заключить, что остаток денежных средств по указанию клиента может быть перечислен не только на его счет (счета), но и на счет (счета) иных лиц, если бывший клиент дает банку такое указание.

5.7. Смерть клиента. В случае смерти владельца счета права по договору банковского счета переходят к наследникам в том их состоянии, которое они имеют на момент открытия наследства. Следовательно, если вкладчик подал заявление о закрытии счета, то его последующая смерть не изменяет характер правоотношения, определяемый ликвидационной стадией обязательства. Наследники вправе потребовать выдачи или перечисления остатка денежных средств в соответствии с долями в наследственной массе.

Если умерший владелец счета являлся индивидуальным предпринимателем, а его счет использовался для осуществления предпринимательской деятельности, наследники также вступают в права клиента банка. Вопреки ошибочному доктринальному мнению, для универсального правопреемства в этом случае препятствий не имеется. Пункт 2 ст. 418 ГК РФ к обязательству по банковскому счету не применяется, поскольку характер обязательства не имеет неразрывной связи с личностью. Наследование прав по договору банковского счета предпринимателя вовсе не означает, что наследники могут в силу одного лишь этого факта осуществлять предпринимательскую деятельность без государственной регистрации. Равным образом осуществление наследниками прав по договору банковского счета, ранее принадлежавшему предпринимателю, не характеризует их деятельность в качестве предпринимательской, поскольку последняя определяется не банковскими операциями, а содержательной стороной той деятельности, которая осуществляется владельцем счета.

5.8. Уступка. После расторжения договора требование клиента в отношении остатка — это требование по обычному денежному обязательству, очищенное от большей части специфики правового режима

банковского счета. ВС РФ считает, что в таком случае вполне возможна уступка бывшим клиентом своего требования к банку третьим лицам (Определение КЭС ВС РФ от 13 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-14111). Очевидно, что возможна и частичная уступка.

6. Последствия невострбования клиентом остатка. Согласно комментируемой статье остаток денежных средств на счете может оказаться невострбыванным (пассивный остаток), когда договор банковского счета расторгнут, банковский счет закрыт, но от бывшего клиента не поступило требование вернуть остаток в течение указанных в норме сроков. Каковы основания расторжения договора и по чьей инициативе он расторгнут, не имеет принципиального значения для определения юридической судьбы такого остатка денежных средств.

Одним из сценариев, продуцирующих возникновение невострбыванного остатка, является такой случай, когда владелец счета расторгает договор банковского счета по тому или иному основанию, но не делает распоряжение относительно остатка денежных средств. Следовательно, возникает вопрос о юридической судьбе пассивного остатка денежных средств на счете. Такой вариант развития событий при наличии крупного остатка едва ли может иметь широкое распространение ввиду его иррациональности. Обычно, коль скоро владелец счета расторгает договор банковского счета, он одновременно делает распоряжение относительно остатка денежных средств на счете, если только он не распорядился им до расторжения договора (нулевой остаток). Но в ситуации наличия на счете крайне незначительного остатка такого рода развитие событий вполне вероятно.

Другой сценарий развития событий характерен тем, что договор банковского счета расторгается по инициативе банка на тех или иных основаниях. Если владелец счета ведет себя пассивно, то вполне возможно, что он будет последователен в своей пассивности, и здесь также часто может возникать вопрос относительно юридической судьбы пассивного остатка денежных средств на счете.

С одной стороны, теоретически правопорядок вполне мог бы определить судьбу невострбыванного остатка денежных средств на счете, переведя эту сумму в особый режим бесконечного ожидания соответствующего волеизъявления бывшего клиента банка. Исковая давность на требование клиента, в том числе бывшего клиента, в отношении его требований о выдаче остатка денежных средств не распространяется (ст. 208 ГК РФ). Банк вполне заинтересован в нахождении такого остатка в числе своих пассивов, поскольку, согласно банковским нормативам, такие остатки позитивно отражаются на возможности

банка совершать активные операции. С другой стороны, в таких обстоятельствах банк получал бы выгоду исходя из случайного обстоятельства — пассивности клиента в отношении причитающегося ему остатка денежных средств. Возможно, именно поэтому законодатель устанавливает обязанность банка по перечислению невостребованных остатков по расторгнутым договорам банковского счета на специальный счет в Банке России. Поскольку данный орган является не столько банком, сколько публичным институтом, который должен действовать на благо всего общества, выгода от пассивных остатков посредством деятельности Банка России как бы служит всему обществу.

6.1. Порядок перечисления невостребованного остатка в Банк России. До 1 июня 2018 г. первое предложение комментируемого пункта содержалось в п. 3 ст. 859 ГК РФ в прежней редакции начиная с 2013 г. В действующей редакции данная норма без содержательных изменений включена соответственно в п. 6 комментируемой статьи.

При образовании пассивного остатка у банка возникает обязанность по большей части публичного характера перечислить такой остаток на специальный счет в Банк России. Юридическим основанием возникновения названной обязанности являются следующие два юридических факта:

- 1) клиент не явился за получением остатка денежных средств на счете;
- 2) банком не получено указание клиента о переводе остатка денежных средств на другой счет.

Остаток денежных средств на счете подпадает под юридический режим пассивного остатка денежных средств, если каждый из названных фактов сохраняется в течение 60 дней (период пассивности). Данный период исчисляется со дня направления банком клиенту уведомления о расторжении договора. Особенность состоит в том, что расторжение договора банком посредством одностороннего извещения происходит по истечении 60 дней с момента направления такого уведомления (п. 3 ст. 859 ГК РФ). Получается, что закон считает остаток невостребованным одновременно с прекращением договора и закрытием счета, что дает банку возможность перечислить в Банк России остаток по счету одномоментно с закрытием счета.

Если договор расторгнут по инициативе клиента или по соглашению сторон, этот период, видимо, следует исчислять с момента, когда договор считается расторгнутым, хотя крайне странно, что норма подобную ситуацию просто игнорирует. В таком случае отсчитывать период пассивности с момента направления волеизъявления клиентом не следует, поскольку банк может не узнать об этом моменте.

Правовой режим специального счета в Банке России (порядок открытия и ведения, а также порядок зачисления и возврата денежных средств) устанавливается им самим (см. указание Банка России от 15 июля 2013 г. № 3026-У «О специальном счете в Банке России»).

Специальный счет открывается банком в Банке России, следовательно, несмотря на то что договор банковского счета между банком и Банком России не заключается, характер отношений сторон представляет собой именно отношения по банковскому счету, а его особый (целевой) режим сказывается лишь на круге допустимых операций по счету (только зачисление и только возврат). В данных отношениях банк является клиентом (или контрагентом) Банка России, а последний выполняет функции ограниченного банковского обслуживания клиента (банка, зачислившего на свой счет в Банке России пассивный остаток денежных средств).

Правовая природа обязанности банка по перечислению денежных средств на счет в Банке России остается не вполне ясной. Поэтому теоретически могут возникать различные вопросы при девиации правоотношения от заданных гипотезой и диспозицией нормы. В практике банков уже возникал вопрос о допустимости обращения взыскания по долгам клиента банка в пользу третьих лиц на пассивный остаток денежных средств, находящийся на спецсчете в Банке России. Регулятор считает, что оснований для обращения взыскания не имеется (см. Письмо Банка России от 8 июня 2017 г. № 31-2-6/4766). Такой подход вызывает сомнения, поскольку контрагенты бывшего клиента банка *de facto* лишаются судебной защиты нарушенных прав, а имущество бывшего владельца счета без ясных политико-правовых оснований оказывается, по сути, забронированным от взыскания. Кроме того, регулятор не считает применимыми нормы о перечислении пассивного остатка в случае ликвидации юридического лица — владельца счета (Письмо Банка России от 17 июля 2014 г. № 31-2-11/3653). И эта позиция показывает непоследовательность в толковании нормы: если пассивный остаток образовался, то его юридический режим в силу тождественности экономического отношения в соответствии с принципом равенства, видимо, должен быть урегулирован одинаково.

Могут возникать и другие вопросы. Например, подлежат ли применению нормы о гражданско-правовой ответственности в случае просрочки исполнения банком обязанности по перечислению не востребовавшихся остатков на спецсчет в Банке России? Подлежит ли ответственности Банк России в случае просрочки возврата денежных средств? Возможно ли взыскание соответствующих сумм в качестве способа защиты?

6.2. Конверсия. С 1 июня 2018 г. начала действовать норма, содержащаяся во втором предложении первого абзаца комментируемого пункта. Она предусматривает обязанность банка по конверсии пассивного остатка в иностранной валюте (для валютных счетов) и драгоценного металла (по металлическому счету) в рубли. После совершения этих конверсионных сделок образующуюся рублевую сумму банк и направляет на спецсчет в Банк России. Курс для конверсионных операций определяется в соответствии с курсом, установленным самим банком на день продажи.

Данное нововведение, как представляется, нарушает интересы владельца счета, поскольку при ослаблении национальной валюты (рубля) бывший клиент банка понесет экономические потери. Эта норма не имеет ясных политико-правовых оснований. Банки могут открывать счета как в национальной, так и в иностранной валюте. Коль скоро владелец счета выбрал счет в иностранной валюте или в драгоценном металле, его волеизъявление ясно свидетельствует о его намерении содержать свои финансы именно в таких авуарах. Почему нельзя допустить, что перечисление на счета в Банке России может производиться в соответствующей валюте (металлах)? Создается впечатление, что данная норма сформулирована исключительно в интересах банков в части удобства учета соответствующих сумм. Очевидно, что можно было бы предусмотреть открытие в Банке России необходимых счетов, авуары по которым соответствуют валюте пассивного остатка. В условиях повсеместной цифровизации банковских операций трудно согласиться с тем, что ведение банками большого количества счетов влечет существенные издержки банковской системы, что гипотетически могло бы оправдывать стремление законодателя в снижении логистической нагрузки на эту систему. Пассивность клиента банка, которая служит основанием для прекращения договорного отношения помимо воли клиента, не может быть основанием для лишения его каких-либо активов, поскольку такое действие клиента не является правонарушением. Поэтому данная норма может вызывать вопросы о соответствии ее Конституции РФ, а также вопрос в части нарушения принципа гражданского права по недопустимости произвольного вмешательства в частные дела.

6.3. Истребование остатка со спецсчета в Банке России. Пассивность клиента после перечисления пассивного остатка на специальный счет в Банке России может прекратиться, и он вправе потребовать от банка возврата ему остатка денежных средств. Абзац 2 комментируемого пункта введен в ст. 859 ГК РФ с 1 июня 2018 г. Несмотря на то что пассивный остаток находится на счете в Банке России, быв-

ший владелец счета не имеет прямого требования к Банку России и для получения остатка денежных средств должен обращаться в банк, где у него имелся счет, с которого пассивный остаток был переведен на специальный счет в Банке России. Отношения между банком и владельцем закрытого счета теоретически могут быть квалифицированы либо как ликвидационная стадия договора, либо как требование, вытекающее из п. 3 ст. 307 ГК РФ, согласно которому, в частности, после прекращения обязательства стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию. Практическое различие в этих подходах может обнаружиться в том случае, если договором банковского счета предусматривались какие-либо положения в отношении пассивного остатка. Кроме того, концепция, предусматривающая применение принципа добросовестности к данным, по сути, постдоговорным отношениям, неизбежно влечет большую неопределенность, нежели непосредственное применение на основании теории ликвидационной стадии обязательства всего арсенала норм обязательственного и договорного права (как специальных, так и общих).

Согласно упомянутому выше Указанию Банка России на остаток денежных средств на специальном счете в Банке России не начисляются проценты (п. 12 Указания Банка России от 15 июля 2013 г. № 3026-У). Если расторгнутый договор предусматривал начисление процентов, права клиента в отношении пассивного остатка нарушаются, поскольку он лишается данного блага (причисления процентов на остаток по счету). Один лишь факт пассивности клиента не может быть достаточным основанием для лишения прав клиента по обязательству, прекращенному помимо его воли. В этой части рассматриваемое регулирование может квалифицироваться как непропорциональное и неоправданное ограничение конституционного права. С таких позиций комментируемое положение тоже может рассматриваться как нарушающее Конституцию РФ, а также вызывать вопрос в части нарушения принципа гражданского права о недопустимости произвольного вмешательства в частные дела. Кроме того, лишение права на проценты владельца счета установлено не законом, а указанием Банка России. Поэтому теоретически вкладчик должен быть наделен правом на уплату ему процентов банком с последующей компенсацией банку начисленных процентов Банком России, на спецсчете которого деньги все это время и находились, как минимум если эти проценты укладываются в те или иные лимиты (например, не выше ключевой

ставки Банка России). Однако тенденции современной этатистской судебной практики оставляют мало надежд для вкладчиков. Фактически Банк России получает возможность бесплатного кредитования за счет невостребованных остатков по счетам тысяч клиентов российских банков.

Если клиент заявляет банку требование о возврате остатка и банк в силу положений абз. 2 комментируемого пункта возвращает ему этот остаток, банк вправе затем предъявить Банку России требование вернуть ему средства со спецсчета в размере суммы, возвращенной клиенту. Подробная процедура установлена в Указании Банка России от 15 июля 2013 г. № 3026-У.

6.4. Специальные нормы закона. Законом могут быть установлены иные последствия в отношении пассивного остатка, нежели те, которые предусмотрены комментируемым законоположением. Так, например, в соответствии с ч. 5 ст. 176 ЖК РФ в случае, если владельцем специального счета не подано заявление о перечислении остатка средств, находящихся на специальном счете, на счет регионального оператора или другой специальный счет в соответствии с решением общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме, в срок, установленный законом, любой собственник помещения в многоквартирном доме, а в случае, предусмотренном законом, также региональный оператор вправе обратиться в суд с заявлением о взыскании средств, находящихся на специальном счете этого многоквартирного дома, с перечислением их на другой специальный счет или на счет регионального оператора.

7. Закрытие счета как следствие расторжения. До 1 июня 2018 г. комментируемая норма содержалась в п. 4 ст. 859 ГК РФ. Она сохранилась в неизменном виде в комментируемом п. 7 ст. 859 ГК РФ.

По общему правилу расторжение договора влечет закрытие счета. Это следует из самого существа договорного отношения по соглашению о банковском счете. Сам договор для того и нужен, чтобы регулировать отношения по банковскому счету, являясь юридическим основанием для его открытия и проведения банком соответствующих операций. Открытие клиенту счета в банке является следствием заключения договора банковского счета, и симметрично закрытие счета является следствием расторжения договора банковского счета.

Закрытие счета влечет прекращение банковского обслуживания бывшего клиента банка (владельца счета). Денежные средства, поступившие клиенту после прекращения договора банковского счета, возвращаются отправителю. В связи с прекращением договора бан-

ковского счета клиент обязан сдать в банк неиспользованные денежные чековые книжки с оставшимися неиспользованными денежными чеками и корешками в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Наличие неисполненных распоряжений о переводе денежных средств не препятствует прекращению договора банковского счета и внесению записи о закрытии соответствующего лицевого счета в Книгу регистрации открытых счетов (п. 8.2, 8.4, 8.5 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И).

О судьбе арестованного счета при расторжении договора банковского счета см. комментарий к п. 3 ст. 858 ГК РФ.

Счет закрывается независимо от оснований расторжения договора, а также независимо от того, расторгнут ли договор по соглашению сторон, в одностороннем порядке или по решению суда (см., в частности, Письмо Банка России от 10 февраля 2016 г. № 12-1-5/251).

Банковский счет подлежит закрытию также и в том случае, когда договор банковского счета прекращается не по основанию расторжения договора, а в связи с ликвидацией клиента юридического лица или исключения его из реестра как недействующего юридического лица (п. 1 ст. 61, ст. 64.2, 419 ГК РФ).

При ликвидации банка договор банковского счета также прекращается не по основанию его расторжения, а вследствие прекращения обязательства (п. 1 ст. 61, ст. 419 ГК РФ).

При закрытии счета на основании расторжения договора банковского счета необходимо учитывать, что у клиента могут быть открыты несколько банковских счетов. Соответственно, если договор расторгается в отношении всех счетов, они подлежат закрытию; если же договор расторгается только в части одного или нескольких, но не всех счетов, соответствующие банковские счета не закрываются.

Расторжение договора банковского счета и, соответственно, закрытие соответствующего счета влекут прекращение обязательственного правоотношения клиента с банком. Однако после закрытия счета, хотя банк и не обязан совершать какие-либо действия в пользу бывшего клиента, его отказ в представлении выписки по счету за период договорных отношений может быть квалифицирован как недопустимый (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 декабря 2009 г. № 13611/09). В настоящее время такие действия банка могут рассматриваться как нарушающие принцип добросовестности, поскольку согласно п. 3 ст. 307 ГК РФ стороны обязательства обязаны действовать добросовестно, в том числе предоставлять друг другу необходимую информацию также и после прекращения соответствующего обязательства.

Статья 859.1. Особенности договора банковского счета в драгоценных металлах

1. По договору банковского счета в драгоценных металлах банк обязуется принимать и зачислять поступающий на счет, открытый клиенту (владельцу счета), драгоценный металл, а также выполнять распоряжения клиента о его перечислении на счет, о выдаче со счета драгоценного металла того же наименования и той же массы либо о выдаче на условиях и в порядке, которые предусмотрены договором, денежных средств в сумме, эквивалентной стоимости этого металла.

Порядок осуществления операций по банковскому счету в драгоценных металлах регулируется законом, а также установленными в соответствии с ним банковскими правилами.

2. Договор банковского счета в драгоценных металлах должен содержать обязательное указание на наименование драгоценного металла, а также порядок расчета суммы денежных средств, подлежащих выдаче со счета, если возможность их выдачи предусмотрена договором.

3. Если иное не установлено законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами или не вытекает из существа счета, к отношениям по договору банковского счета в драгоценных металлах, а также к отношениям, возникающим при проведении операций по счету, применяются правила о счетах, предусмотренные настоящим Кодексом, в том числе правила абзаца седьмого пункта 1 статьи 64 настоящего Кодекса.

К отношениям по договору банковского счета в драгоценных металлах правила пункта 1 статьи 840 настоящего Кодекса об обеспечении возврата вкладов граждан путем осуществляемого в соответствии с законом страхования вкладов физических лиц не применяются, о чем клиент-гражданин должен быть уведомлен в письменной форме до заключения договора банковского счета в драгоценных металлах, а банк должен получить от гражданина подтверждение того, что такое уведомление было совершено.

4. Совместный счет, номинальный счет, публичный депозитный счет и иные виды банковских счетов, предусмотренных законом, могут быть счетами в драгоценных металлах.

Комментарий

1. **Вводные замечания.** Драгоценные металлы являются авуарами кредитных организаций наряду с денежными средствами и ценными бумагами. В соответствии с принятой международной банковской

практикой, операции с драгоценными металлами осуществляются как в наличной, так и в безналичной формах. Для проведения операций с безналичными драгоценными металлами используются обезличенные металлические счета. Безналичные драгоценные металлы могут по той или иной технологии переводиться с металлического счета одного лица на металлический счет другого.

Интерес владельцев счетов в драгоценных металлах (металлосчета) заключается в том, что остатки по таким счетам хеджируются таким же образом, как и валютные счета. Рублевый эквивалент металлосчета произведен от курса соответствующего металла. В случае девальвации национальной валюты владелец металлосчета застрахован от обесценения денег, поскольку их объем определяется ценностью драгметалла. Сообразно этому, владелец счета несет риски падения рыночных цен на соответствующий драгметалл.

До 1 июня 2018 г. отношения по банковскому вкладу в драгоценных металлах и металлическому счету на уровне закона практически никак не были урегулированы. Действовавшее ранее законодательство не учитывало специфику отношений, складывающихся по поводу драгоценных металлов между банками и их клиентами.

Основным нормативным актом, регулирующим операции кредитных организаций с драгоценными металлами, в том числе по обезличенным металлическим счетам, являлось Положение о совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами. С 1 июня 2018 г. нормы данной инструкции не подлежат применению в части, противоречащей ГК РФ.

Проблема правового статуса вкладов драгоценных металлов и металлических счетов с учетом бурно развивающегося оборота драгоценных металлов в Российской Федерации нуждалось в законодательном регулировании.

Внесение изменений и дополнений в ГК РФ было призвано повысить правовую определенность при совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами, снизить правовые риски и позитивно воздействовать на функционирование рынка драгоценных металлов.

Положения данной статьи, а также ст. 844.1 ГК РФ о металлических вкладах эту идею в определенной степени реализовали.

1.1. Дефиниция и предмет договора. Абзац 1 комментируемого пункта содержит легальную дефиницию договора банковского счета в драгоценных металлах (договора металлосчета). Легальное опреде-

ление договора металлосчета имеет трехчленную структуру, которая определяет:

1) открытие специального банковского счета, предполагающего обязанности банка по совершению поименованных в определении операций по такому счету;

2) характеристику объекта данных операций (драгоценного металла).

Согласно ст. 1 Закона о драгоценных металлах и драгоценных камнях драгоценным металлом признаются золото, серебро, платина и металлы платиновой группы (палладий, иридий, родий, рутений и осмий).

Из закрепленных в Законе дефиниции и регулирования вытекает, что договор металлосчета представляет собой банковский счет, долг банка по которому перед клиентом выражается в той или иной массе драгоценного металла; при этом само образование такого долга может быть следствием передачи банку реального физического металла, а в случаях, предусмотренных договором, и денег, а сам долг банка по возврату средств со счета клиенту или их перечислению третьим лицам может погашаться как в форме передачи физического металла, так и путем выдачи наличных денег или денежного перевода (подробнее обо всех этих операциях см. ниже).

1.2. Операции по счету. В норме поименованы четыре вида операций, которые обязан совершать банк по данному виду договора по умолчанию. Банк обязан, а клиент, соответственно, имеет право требовать совершать следующие операции по металлосчету:

- 1) принимать драгоценный металл;
- 2) зачислять драгоценный металл;
- 3) перечислять драгоценный металл;
- 4) выдавать драгоценный металл.

Данная структура обязанностей банка по договору соответствует общей легальной дефиниции договора банковского счета (п. 1 ст. 845 ГК РФ). Первоначально предлагалось не делать этот перечень операций закрытым, имея в виду и другие операции, которые могут осуществляться по договору металлосчета. Общее определение банковского счета построено именно так: перечень операций по счету не является закрытым. Однако это расхождение с учетом п. 3 комментируемой статьи не может иметь практического значения, поскольку к отношениям по договору металлосчета подлежат применению общие правила о договоре банковского счета, а следовательно, и положение о том, что по договору банковского счета банк может быть обязан совершать и другие операции. Иными словами, отсутствие в легальной дефини-

ции договора металлосчета указания на другие операции не должно рассматриваться как квалифицированное умолчание законодателя, т.е. в том смысле, что закон специально не позволяет совершать иные операции по металлосчету, поскольку для этого нет логических и политико-правовых оснований.

Так, например, из п. 1 ст. 859.1 ГК РФ следует возможность согласовать в договоре обязанность банка по распоряжению клиента выдавать ему деньги в счет погашения своего долга по договору (т.е. конвертировать металл на счете в деньги с выдачей последних). По смыслу закона такой обязанности у банка нет по умолчанию, но она может быть согласована в договоре.

Возможность включения в договор условия о выдаче с металлосчета в денежной форме в результате конвертации не оставляет особых сомнений в том, что в договоре могут быть предусмотрены также а) «выдача» с металлосчета в форме перечисления на иной счет клиента денежных средств, полученных в результате конвертации, б) зачисление на металлосчет металла в результате внесения клиентом денег и их конвертации.

1.3. *Натуральный и безналичный металл.* Легальная дефиниция договора металлосчета в первоначальном Проекте реформы ГК РФ буквально не предусматривала такое различие объекта договора, как натуральный драгоценный металл и обезличенный (а точнее, безнатуральный, безналичный, дематериализованный) драгоценный металл. В этом не было необходимости, поскольку практика банковских договоров металлосчета и банковские правила уже давно восприняли понятие «обезличенный металлосчет» (договор обезличенного металлосчета). Кроме того, из такого положения определения договора металлосчета, как обязанность банка зачислять и перечислять со счета драгоценный металл, следовало, что речь идет об обезличенном металле, а из таких обязанностей банка, как принимать и выдавать драгоценный металл, также следовало, что в этих случаях имеется в виду натуральный драгоценный металл (договор натурального металлосчета).

Действующая редакция комментируемого пункта указывает на то, что объектом обязательств банка по договору металлосчета может быть 1) драгоценный металл в натуре (договор натурального металлосчета) либо 2) его эквивалентная стоимость, т.е. обезличенный (безнатуральный, безналичный, дематериализованный) драгоценный металл (договор обезличенного металлосчета). Ошибочно указание в комментируемом пункте о том, что эквивалентная стоимость металла определяется только для случая выдачи соответствующей суммы

с металлосчета. Определение эквивалентной стоимости драгметалла в деньгах по договору обезличенного металлосчета необходимо для каждой операции, осуществляемой по счету, а не только для выдачи со счета.

Согласно принципу свободы договора, правопорядок не должен запрещать заключение конверсионного договора металлосчета, хотя прямо он не урегулирован позитивным правом. Конверсионный договор металлосчета характеризуется тем, что на счет вносится драгоценный металл в натуре, а возврату подлежит денежная сумма, эквивалентная стоимости драгметалла. Теоретически допустима также инверсионная разновидность такого договора, когда на счет вносятся денежные средства, эквивалентные определенному количеству драгметалла, а возврату подлежит драгметалл в натуре.

Возможно также установление смешанной конструкции, в рамках которой клиент может выбирать, в какой форме банк должен возвращать ему остаток по счету. Такого эффекта можно добиться заключением договора металлосчета с альтернативным обязательством (ст. 308.1 ГК РФ), предусматривающим предоставление права выбора в пользу кредитора (владельца счета). В результате предмет такого договора предусматривает выдачу драгметалла в натуре или уплату банком эквивалентной денежной суммы по выбору владельца счета.

1.4. Операция по принятию драгоценных металлов. Данная операция предполагает внесение на счет самим клиентом или третьими лицами для клиента драгоценного металла в натуральной форме и реализацию банком своей обязанности принять такой металл и зачислить на счет соответствующую его массу.

В реальной жизни физическое внесение натурального металла на счет не очень распространено. На практике некоторые банки в основном предлагают клиенту за наличные или безналичные деньги купить у них металл с немедленным «принятием» банком данного металла на металлосчет. Конечно же, никакого реального передвижения вещей в такой ситуации не происходит (клиент даже не успевает увидеть металл, которого может вовсе не быть в банке), все эти операции происходят исключительно расчетным путем.

Проблема с данной схемой даже не в очевидном ее искусственном характере — она состоит в том, что банк в какой-то момент может просто перестать продавать металл, и у клиента возникнут проблемы с пополнением счета, если он реально планировал пополнять его за счет денежных средств. Поэтому банковской практике стоило бы разработать некую иную модель пополнения металлосчета за счет внесения денежных средств и их конвертации в металл на счете.

Здесь возникает вопрос о том, можно ли в договоре исключить обязанность банка совершать физическую приемку металла, изначально принадлежащего клиенту. Это достаточно распространено, так как банки, видимо, не хотят сталкиваться с рисками, связанными с принятиями слитков с теми или иными дефектами или хранить их и предпочитают использовать металл лишь как расчетную единицу (форму выражения денежного долга), осуществляя только чисто денежные операции. Как представляется, это вполне возможно.

1.5. Выдача металла со счета в натуре или в наличной форме. Согласно комментируемой норме банк обязан на основании распоряжений клиента выдавать драгметалл в натуре.

Данная обязанность, как представляется, может быть исключена договором, что на практике часто и делается; в таком случае обязанность банка состоит лишь в перечислении металла со счета в денежной форме путем конвертации массы металла на счете в рублевый эквивалент на основании текущих цен. Возможность согласования в договоре выдачи с металлосчета в деньгах прямо предусмотрена в п. 1 ст. 859.1 ГК РФ. Обычно металлосчет отображает как массу соответствующего металла, так и ее эквивалент в рублях по текущему курсу.

Но если это в договоре не указано, банк обязан выдать клиенту металл в натуре.

1.6. Операции зачисления и перечисления в пределах одного банка. Здесь возможны две ситуации.

Первая может состоять в том, что клиент переводит определенную массу металла с одного своего металлосчета на другой свой металлосчет в том же банке. Никакого реального движения металла здесь не происходит, банк просто дебетует один счет клиента и кредитует другой на соответствующую указанную в распоряжении клиента массу металла. По умолчанию здесь должна предполагаться однородность металлосчетов (т.е. их номинирование в одном и том же металле).

Вторая ситуация имеет место, когда на металлосчет одного лица перечисляется металл с металлосчета другого лица в том же банке.

Банк обязан осуществлять обе эти операции, иначе в случае блокирования таких возможностей договор следует считать металловкладом.

Теоретически возможно перечисление с металлосчета и на обычный счет клиента или третьего лица в том же банке. Эта операция может происходить посредством списания с металлосчета указанной в платежном документе массы металла с зачислением на обычный счет клиента или третьего лица в том же банке денежной суммы, определяемой с использованием курса, который согласован в договоре для проведения таких операций.

1.7. Перечисление и зачисление обезличенного металла между сторонами, обслуживаемыми разными банками. Из абз. 1 п. 1 ст. 859.1 ГК РФ следует, что одной из операций по договору металлосчета является перечисление драгоценного металла со счета и зачисление на счет. Никакого исключения для случаев, когда речь пойдет о межбанковском переводе, закон не делает. Более того, это было бы нелепо и противоречило бы природе металлосчета, которая, в отличие от металловклада, состоит не в сбережении и накоплении, а в проведении расчетных операций. Очевидно, что ограничение расчетных операций пределами одного банка в рамках модели металлосчета невозможно.

Но возникает принципиальный вопрос о порядке осуществления такого перечисления, если стороны платежа обслуживают разные банки. Трудно себе представить, что по договору металлосчета, предусматривающему обязательство банка выдавать металл в натуре, распоряжение вкладчика на перечисление металла на металлосчет этого же клиента или другого лица в другом банке будет исполняться банком путем реальной перевозки металла от одного банка другому.

Поэтому, как представляется, возможный вариант таков: банк отправителя по его распоряжению (а в предусмотренных законом или договором случаях — по требованию получателя или в безакцептном порядке самим банком в свою пользу) дебетует счет отправителя на указанный в платежном документе объем металла, далее он денежный эквивалент этого объема металла по соответствующему курсу, порядок определения которого указан в договоре с клиентом, направляет банку получателя, а тот, в свою очередь, зачисляет на металлосчет получателя объем металла, эквивалентный полученной от банка отправителя рублевой сумме по курсу стоимости этого металла, применяемому для таких конвертаций по условиям договора между получателем и его банком.

Теоретически возможно перечисление с металлосчета и на обычный счет клиента или третьего лица в ином банке. Эта операция может происходить посредством списания с металлосчета клиента указанной в платежном документе массы металла, а далее — осуществления банковского перевода на обычный денежный счет клиента или третьего лица в другом банке рублевого эквивалента списанной массы металла, определенного с использованием курса, который согласован в договоре для проведения таких операций.

Как представляется, как минимум одна из указанных форм перечисления с металлосчета клиента на металлосчет или обычный денежный счет третьего лица, открытых в иных банках, должна быть доступна клиенту для того, чтобы договор мог быть квалифицирован как ме-

таллосчет. Если по условиям договора возможны лишь выдача металла со счета клиенту, конвертация и выдача ему наличных денег или перечисление на его счета в том же или ином банке, но возможность перевода третьим лицам со счета заблокирована, то такой договор логично квалифицировать как договор металловклада до востребования.

1.8. Обращение взыскания на металлосчет по долгам клиента. По общему правилу должна быть доступна возможность обращения взыскания по долгам клиента на металлосчет. В такой ситуации денежное требование, в счет которого происходит списание с металлосчета, могло бы погашаться посредством конвертации соответствующей части остатка по металлосчету в рубли. Впрочем, детали должны быть еще прояснены.

1.9. Мультиметаллический счет. Договор металлосчета может предполагать учет обязательств банка по счету в нескольких металлах с определением курса пересчета по установленной в договоре формуле, учитывающей котировки всех указанных в договоре металлов.

1.10. Запрет на проведение операций в иностранной валюте. Банк России до 1 июня 2018 г. устанавливал необходимость выражения соответствующих операций между резидентами только в рублях (п. 8.4 Положения о совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами). Видимо, имеется в виду, что резиденты не могут производить конвертацию вносимой ими иностранной валюты в металл на вкладе или получать с вклада иностранную валюту. Это ограничение не имеет под собой оснований, ибо неясно, какие цели может преследовать такое ограничение, имея в виду, что последствия нестабильности национальной валюты смягчается в обороте именно установлением валютной оговорки (п. 2 ст. 317 ГК РФ) при соблюдении требований закона об исполнении обязательства в рублях (валюта платежа).

1.11. Отличия от иных договоров. Договор металлосчета является особой разновидностью договора банковского счета, отличающейся тем, что долг банка перед клиентом выражается не в денежной сумме, а в соответствующем объеме драгметалла, а также тем, что, если это предусмотрено договором, как внесение на счет, так и списание со счета могут реализовываться в форме передачи реального драгметалла. Последнее лишь возможно и не является квалифицирующим признаком или императивным элементом режима договора металлосчета. На практике в большинстве случаев никакой реальной передачи металла банку или его возврата при снятии со счета не происходит, и все операции производятся в деньгах с пересчетом по текущей цене

соответствующего металла. Если договор предусматривает сугубо денежный характер банковских операций, единственным отличием от обычного договора банковского счета оказывается то, что сам долг банка перед клиентом выражается в драгметалле. Примерно так же как по многим договорам, предусматривающим расчеты в рублях, сам денежный долг выражается в некоей иностранной валюте: в обоих случаях размер долга выражается через некий чисто расчетный актив с плавающей ценой, что позволяет сделать сумму долга подвижной и зависящей от котировок данного расчетного актива. Соответственно, по договору металлосчета на стороны возлагается риск изменения стоимости металла. Клиент может в дополнение к процентам сильно выиграть от значительного роста стоимости драгметалла, но симметричная перспектива имеется и у банка на случай падения стоимости металла.

От договора хранения с обезличением (ст. 890 ГК РФ), предусматривающим обязанность хранителя выдавать хранимый товар третьим лицам по указаниям поклажедателя, договор металлосчета в той его теоретической (пусть и вряд ли востребованной) вариации, при которой как вноситься на счет, так и выдаваться третьим лицам должен реальный металл, отличается тем, что здесь металл передается в собственность банка. Банк не берет на себя обязательства хранить данный товар где-то (в отличие, например, от элеватора, которому сгружается зерно на хранение). Он может его немедленно продать; главное, что он должен быть готов его немедленно купить при поступлении от клиента распоряжений о выдаче металла со счета.

От договора займа драгоценных металлов или денежного займа, по которому в заем были переданы рубли в сумме, эквивалентной определенному объему выбранного сторонами драгметалла, но заемщик должен вернуть рублевую сумму, эквивалентную этому объему металла по текущей цене на момент возврата, договор металлосчета отличается тем, что а) получателем привлекаемых средств является банк, который отражает свой долг по специальному счету, и б) банк обязуется совершать банковские операции по зачислению на этот счет переводов от третьих лиц и списанию со счета в пользу третьих лиц.

От договора металловклада договор металлосчета отличается исключительно в вопросе объема доступных клиенту банковских операций. Если по договору металловклада банк обязан принимать от вкладчика или третьих лиц и возвращать вкладчику металл или его текущий рублевый эквивалент и уплачивать проценты, а операции по перечислению со счета третьим лицам на основании распоряжения вкладчика для договоров, по которым вкладчиком является юридическое лицо,

запрещены (п. 3 ст. 834 ГК РФ), то договор металlosчета заключается именно и прежде всего для проведения расходных и приходных операций по счету. В принципе, следует признать, что договор металловклада до востребования, заключаемый с физическим лицом и способный содержать условия об обязанности банка совершать полный пакет расчетных операций, практически ничем не отличается от договора металlosчета. Но это общая проблема, характерная и для разграничения обычных договоров счета и вклада до востребования, заключаемых с физическим лицом.

На практике, как минимум до 1 июня 2018 г., было распространено заключение договора металlosчета, который при этом запрещает по нему совершать перечисления третьим лицам. Такой договор, если он заключен после 1 июня 2018 г., следует перекалфицировать в договор металловклада, ибо немислим договор счета, в котором заблокирована возможность распоряжаться правами по счету путем перечисления третьим лицам.

1.12. Иные законы и правовые акты. Норму абз. 2 п. 1 ст. 859.1 ГК РФ, которая предусматривает, что порядок совершения операций по данному виду договора регулируется законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами, можно рассматривать как избыточную и одновременно противоречащую п. 1 ст. 848 ГК РФ.

Если специальным законом предусмотрено иное правило, нежели то, которое установлено ГК РФ, в силу принципа *lex specialis derogat generali* оно, как правило, имеет преимущество. Некоторые девиации от этого принципа в судебной практике на основании п. 2 ст. 3 ГК РФ, гласящего о том, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ, следует воспринимать через призму политико-правовых резонансов, которые преследуют суды, а не в том смысле, что метод преимущества специального закона не применяется.

Противоречие комментируемой нормы п. 1 ст. 848 ГК РФ можно усмотреть в том, что операции по счету, а следовательно, и порядок их совершения подчиняются согласно п. 1 ст. 848 ГК РФ не только закону и установленным в соответствии с ним банковским правилам, но также и применяемым в банковской практике обычаям. Соотношение этих двух норм может привести к мысли о том, что для такого вида договора, как договор металlosчета, обычаи неприменимы, а законодатель специально умолчал о них в комментируемом положении. Однако нет никаких логических или политико-правовых оснований для исключения действия обычая на отношения по договору металlosчета. При этом надо признать, что указанное расхождение между двумя нормами,

видимо, не будет иметь практического значения ввиду незначительного распространения обычаев в современном гражданском праве вообще и в банковской практике в частности.

Абзац 2 п. 1 ст. 859.1 ГК РФ также одновременно противоречит и дублирует п. 3 этой же статьи, а также отчасти дублирует положения п. 1 ст. 860 ГК РФ. Пункт 3 ст. 859.1 ГК РФ хотя и в иной редакции, но по существу устанавливает, что отношения по данному виду договора, а следовательно, и операции по металлосчету регулируются законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами. Последние имеют преимущество. Таким образом, в п. 3 ст. 859.1 ГК РФ установлено более широкое правило, которое поглощает более частное правило комментируемого положения. В этом заключается дублирование. Кроме того, комментируемый абзац противоречит п. 3 ст. 859.1 ГК РФ, поскольку последний предусматривает, что особенности регламентации отношений по договору металлосчета могут вытекать из существа счета.

Учитывая изложенное, можно заключить, что все правоотношения по договору металлосчета подчиняются нормам ст. 859.1, правилам гл. 45 ГК РФ, обычаям, другим законам и установленным в соответствии с ними банковским правилам, если иное не вытекает из существа данного вида банковского счета. Это же положение следует из п. 3 комментируемой статьи.

2. Существенные условия. Данный пункт посвящен существенным условиям договора металлосчета. Как указывает данная норма, договор должен содержать а) обязательное указание на наименование драгоценного металла, а также б) порядок расчета суммы денежных средств, подлежащих выдаче со счета, если возможность их выдачи предусмотрена договором.

Как уже отмечалось, договор металлосчета может выражаться в тех видах металла, которые признаются драгоценными в законе: золото, серебро, платина и металлы платиновой группы (палладий, иридий, родий, рутений и осмий).

Условие о порядке пересчета объема металла в денежный эквивалент, согласно прямому указанию комментируемой нормы, необходимо для договоров, по которым допускается выдача денег со счета, но это не вполне точно. Такое условие является необходимым и для тех случаев, когда договор допускает зачисление на счет денег путем их конвертации в соответствующий объем металла от клиента или третьих лиц. С учетом того, что договор металлосчета должен предусматривать возможность перевода металла третьим лицам (иначе

он будет рассматриваться как договор металловклада), а также принимая во внимание то, что перечисление металла со счета на счета третьих лиц с физической транспортировкой выглядит нелепо (см. п. 1.8 комментария к настоящей статье) и будет на практике, скорее всего, осуществляться посредством конвертации, условие о порядке конвертации, видимо, должно включаться в любой договор металлосчета. Как бы то ни было, во всех ситуациях, когда по договору может происходить пересчет металла на деньги, договор должен содержать условие о порядке конвертации.

Данное условие должно определять цену, которая применяется к таким пересчетам, или порядок ее определения. Порядок определения размера суммы денежных средств, эквивалентной определенной зачисляемой, вносимой, выдаваемой или перечисляемой массе драгметалла, обычно состоит в том, что эта сумма определяется по курсу соответствующего металла, устанавливаемого банком на момент проведения операции. Банки устанавливают этот курс исходя из рыночных цен на соответствующий металл. Курс является динамичным: он подвижен сообразно изменению цен на драгметалл. При этом устанавливается разница в курсе при его продаже и при его покупке (спред), т.е. курс банка определяет, по какой цене он готов купить драгметалл у клиентов и по какой цене он готов его продать своим клиентам. Разница этих цен (покупки и продажи) образует спред, который определяет вознаграждение банка по этим конверсионным операциям. Договор должен определять, какой из курсов (для покупки, или для продажи, или какой-либо иной) будет применяться к соответствующей банковской операции по металлосчету. При этом попытка банка установить внутренний курс, значительно отличающийся от рыночных показателей, может быть оценен судом на предмет добросовестности и разумности.

С учетом того, что данный курс устанавливается в одностороннем порядке банком, может возникнуть вопрос о законности такого условия для договора металлосчета, заключенного с гражданином (см. п. 2 ст. 310 ГК РФ). Тем не менее логично исходить из того, что в данной ситуации не происходит одностороннее изменение условий договора. Изменение банком внутренних котировок металла не представляет собой реализацию вторичного права на одностороннее изменение условий данного конкретного договора, а распространяется на все операции с металлом в этом банке. Такое условие, скорее, должно быть охарактеризовано как условие о привязке объема обязательств банка к некоему плавающему показателю. В отношении подобных ситуаций запрет на одностороннее изменение условий договора (п. 2 ст. 310 ГК РФ) не применяется.

Теоретически возможно и такое условие, которое привязывает курс пересчета к текущим ценам на рынке согласно той или иной котировке, не определяемой банком в одностороннем порядке.

Если стороны заключили мультиметаллический счет, в договоре должна быть определена соответствующая более сложная формула пересчета.

2.1. Возможность выделения иных существенных условий. Первоначальным Проектом реформы ГК РФ для индивидуализации объекта (драгоценного металла) предлагалось к существенным условиям отнести также еще и вид, массу и пробу металла.

Это законодательное предложение не было принято. Отказ законодателя от необходимости помимо наименования указывать также и вид драгоценного металла является рациональным, поскольку неочевидно, что для сторон по металлосчету принципиален вид драгоценного металла (по тому или иному основанию деления драгоценных металлов на виды). В юридической науке классификация металлов на виды не является традиционно устоявшейся. При этом в силу свободы договора в пределах императивного регулирования стороны вправе при необходимости определить также и вид драгоценного металла.

Рациональность отказа законодателя от такого критерия, как проба драгоценного металла, не столь очевидна. Драгоценные металлы используются в обороте для различных целей, поэтому для одной отрасли низкая проба вполне приемлема, а для другой, напротив, неприемлема. Вместе с тем пробел законодательства в отношении такого параметра драгоценного металла, как проба, видимо, не является критичным, поскольку банковские правила определяют этот параметр (приложение 1 к Положению о совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами, инструкция Банка России от 30 ноября 2000 г. № 94-И «О порядке определения массы драгоценных металлов и драгоценных камней и исчисления их стоимости в Банке России и кредитных организациях»).

Тот факт, что законодатель отказался указывать в законе в качестве существенного условия массу металла, кажется логичным, ибо на момент заключения договора ни одна из сторон не знает, какова будет масса металла, находящегося на счете. Счет может быть вовсе нулевым.

Как грамматическое толкование, так и телеологическое толкование рассматриваемой нормы дает основания полагать, что такие существенные условия договора металлосчета, как условия и порядок выдачи драгоценного металла, относятся только к договору обезличенного

металлосчета. Это объясняется тем, что в договоре натурального металлосчета владельцу счета выдается металл в натуральном виде, и данные действия тождественны в случае всех других договоров, которые предусматривают передачу вещи. Порядок и условия такого действия, как выдача вещи, не требуют детального регулирования.

Что же касается договора обезличенного металлосчета, то такие условия необходимы, поскольку требуется определить эквивалентную стоимость драгоценного металла, и только после этого соответствующие денежные средства могут быть выданы владельцу счета. Тот факт, что условия и порядок выдачи причитающегося владельцу сформулированы лишь для обезличенного договора металлосчета, не означает, что стороны по собственному побуждению не могут согласовать в силу автономии воли те или иные условия договора банковского счета, в том числе и порядок, и условия выдачи драгоценного металла в натуральном виде. Кроме того, как уже указывалось, эквивалентная стоимость драгметалла в деньгах должна определяться тем или иным способом для всяких операций и состояний обезличенного металлосчета, а не только для случаев выдачи.

2.2. Условие о процентах. В силу того, что общие правила ГК РФ о счете предусматривают презумпцию процентности счета (ст. 852 ГК РФ), это правило в силу п. 3 настоящей статьи подлежит применению и к договору металлосчета. Соответственно, если в договоре металлосчета не указано иное, банк обязан выплачивать процент на остаток по счету.

Размер процентов по обычному счету по общим положениям о договоре банковского счета существенным условием не является, поскольку согласно п. 2 ст. 852 ГК РФ при отсутствии в договоре условия о размере выплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере, определяемом в соответствии с обычно взимаемыми данным банком ставками процента по вкладу до востребования. Это может порождать проблему, если в банке не открываются металлосклады до востребования.

Впрочем, отсутствие в договоре металлосчета размера процентов или условия об их начислении маловероятно, поскольку банки являются достаточно профессиональными участниками гражданского оборота, чтобы упустить в договоре столь принципиальное для них условие сделки.

3. Применение правил о банковских счетах. Параграф 1 гл. 45 ГК РФ содержит общие положения о договоре банковского счета, и эти положения по умолчанию применяются к договору металлосчета, если иное

не следует из закона, принятых в соответствии с законом банковских правил или существа договора металлосчета.

3.1. Защита при ликвидации банка. Комментируемое законоположение особенно выделяет применимость нормы о защите интересов граждан – владельцев металлосчетов при ликвидации банка, так же как это сделано и для обычных банковских вкладов (см. п. 3.5 комментария к п. 3 ст. 844.1 ГК РФ).

3.2. Страхование вкладов. Первоначальный Проект реформы ГК РФ не предусматривал изъятие металлосчетов и металловкладов из-под действия норм об обязательном страховании вкладов граждан. Однако законодатель такое изъятие установил в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи (так же как и в отношении металловкладов). Поскольку интерес владельцев счетов в отношении страхования остатка по металлосчету тождествен интересам владельцев металловклада, текст комментария к п. 4 ст. 844.1 ГК РФ применим и в отношении отказа законодателя от страхования металлосчетов. В частности, владелец металлосчета должен быть уведомлен об отсутствии страхования счета таким же образом, как и владелец металловклада.

4. Отдельные виды металлосчетов. Законодатель не считает металлосчет отдельным видом банковского счета, так как помещает ст. 859.1 ГК РФ в § 1 гл. 45 ГК РФ, а не в § 2 той же главы. Металлосчет – это своеобразная конструкция банковского счета, в которой могут заключаться отдельные виды банковских счетов (например, счет эскроу, номинальный счет и т.п.). Соответственно, нормы о металлосчете, в свою очередь, могут выступать общими положениями для отдельных видов счетов в том случае, когда на них учитываются права на драгметалл.

В норме п. 4 ст. 859.1 ГК РФ законодатель предпринял попытку внести определенность в отношении тех отдельных видов счетов, которые могут быть металлосчетами. Однако полной определенности это законоположение не вносит. В ней содержится незакрытый перечень из трех поименованных видов спецсчетов:

- 1) совместный счет;
- 2) номинальный счет;
- 3) публичный депозитный счет;
- 4) иные виды банковских счетов, предусмотренные законом. Видимо, может быть заключен как металлосчет и договор счета эскроу.

Четвертая позиция, кажется, в значительной степени сводит на нет саму целесообразность приведения этого перечня, поскольку она, по существу, преобразуется в такую максиму: всякий счет, предусмотренный законом, может быть металлосчетом.

С теоретической точки зрения эта максима ошибочна.

Вызывает серьезные сомнения допустимость отнесения к металlosчетам публичного депозитного счета. Этот счет открывается публичным институтом (нотариусом, службой судебных приставов, судом) не в собственных интересах, а в силу возложенных на таких субъектов публичных функций. Открытие ими металlosчетов может приводить к соответствующим рискам падения стоимости драгметалла. Девальвация национальной валюты является общим риском всех участников оборота, поэтому депонирование соответствующих сумм на публичном депозитном счете по основаниям, предусмотренным законом (например, в силу ст. 327 ГК РФ), должно осуществляться в рублях.

4.1. Иерархия применимых норм. Комментируемый пункт совместно с положением абз. 1 п. 3 ст. 859.1 и ст. 860 ГК РФ порождает несколько осложненную иерархию нормативного материала для специальных счетов. Последние, будучи металlosчетами, подчиняются одновременно двум специальным режимам: 1) правилам § 2 гл. 45 ГК РФ о соответствующем спецсчете; 2) правилам ст. 859.1 ГК РФ о металlosчете. Соответственно, формируется гибридный правовой режим – спецметалlosчет.

Правовой режим спецсчетов и правовой режим металlosчета должны находиться во взаимодействии, т.е. соответствующие положения о спецсчетах подлежат применению *mutatis mutandis* одновременно с положениями о металlosчете, и наоборот. Иными словами, гибридизация правового режима соответствующего счета должна приводить к взаимоприемлемому результату. Те правила о спецсчетах, которые предусмотрены для денежных средств, должны корректироваться правилами о металlosчете. Таким образом, можно усмотреть два уровня законоположений: 1) на первом (верхнем) уровне системы нормативного материала располагаются общие положения об ординарном счете (§ 1 гл. 45 ГК РФ минус ст. 859.1 ГК РФ); 2) на втором уровне как бы по соседству расположены нормы ст. 859.1 ГК РФ и нормы соответствующего параграфа о спецсчете.

Приспособление норм о спецсчетах к нормам о драгметаллах должно учитывать существо объекта правоотношения – обезличенный драгметалл или драгметалл в натуре. Например, во всех случаях, когда в нормах о спецсчетах предписывается совершение действий с денежными средствами, для специального металlosчета, по которому банк совершает операции только с натуральным металлом, действие должно быть совершено соответствующим образом с драгметаллом.

Статья 860. Применение общих положений о банковском счете к отдельным видам банковских счетов

1. Общие положения о банковском счете применяются к отдельным видам банковских счетов (совместный счет, номинальный счет, публичный депозитный счет и иные виды банковских счетов, предусмотренных законом), если правилами об этих видах банковских счетов, предусмотренными главой 45 настоящего Кодекса и иными законами, не установлено иное.

2. К договору залогового счета общие положения о банковском счете применяются в части, не урегулированной правилами о залоге прав по договору банковского счета (статьи 358.9–358.14).

Комментарий

1. Применение общих положений о счетах к отдельным видам счетов. До 1 июня 2018 г. данная статья имела другое содержание. Она устанавливала регулирование для корреспондентских счетов и других счетов банков. Здесь предусматривалось, что правила гл. 45 ГК РФ распространяются на корреспондентские счета, корреспондентские субсчета, другие счета банков, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или установленными в соответствии с ними банковскими правилами.

Комментируемый п. 1 данной статьи устанавливает соотношение общих и специальных положений законодательства. Общими положениями для всех видов счетов (спецсчетов), будь они установлены в самом ГК РФ или в иных законах, служит регулирование, изложенное в § 1 гл. 45 ГК РФ. Эта пандектная система построена на такой законодательной экономии, в соответствии с которой общие положения, пригодные для регулирования всех спецсчетов, установлены в § 1 гл. 45 ГК РФ и образуют регулирование обычного (ординарного) банковского счета.

Легко заметить, что и в этой статье, как и в предыдущей, законодатель устанавливает незакрытый перечень спецсчетов, на которые распространяются по общему правилу нормы об ординарном счете. Поскольку перечень поименованных счетов является не закрытым, указанный перечень мало в чем помогает, ибо и без него ясно, что названные там счета подчиняются общим правилам, если они не вымещены специальными правилами. Здесь также действует принцип иерархии законов *lex specialis derogat generali*.

2. Регулирование залогового счета. Новый п. 2 ст. 860 ГК РФ также начал действовать с 1 июня 2018 г., однако ранее введенные реформированные нормы о залоге прав по договору банковского счета (о залоговом счете) уже применялись с учетом специального регулирования такого вида залога. Теоретически нормы о залоговом счете можно было разместить как в гл. 45 ГК РФ, так и в гл. 23 ГК РФ, посвященной обеспечению исполнения обязательств. Законодатель избрал второй вариант, а комментируемый пункт, в котором с учетом положений п. 1 нет необходимости, выведен в отдельное законоположение ввиду отдаленности нормативного материала о залоге прав по банковскому счету. При этом в регулировании, посвященном залогом прав по банковскому счету, имеется симметричная отсылка к нормам о банковском счете. Согласно п. 7 ст. 358.9 ГК РФ, если иное не предусмотрено данной статьей и ст. 358.10–358.14 ГК РФ, к договору об открытии залогового счета применяются правила гл. 45 ГК РФ. Неточность п. 7 ст. 358.9 ГК РФ, выражающаяся в использовании термина «договор об открытии залогового счета», подлежит исправлению в том смысле, что правила гл. 45 ГК РФ *mutatis mutandis* подлежат применению к договору залогового банковского счета, а не к несуществующему договору об открытии залогового счета.

Залоговый счет может функционировать в качестве ординарного расчетного или текущего счета с теми ограничениями по распоряжению денежными средствами на счете, которые устанавливаются в связи с заключением договора залога прав по банковскому счету. Залоговый счет может формально числиться таковым, тогда как права по нему не будут заложены. Иными словами, залоговый режим счета, который изначально открыт как залоговый, может возникать или исчезать, что зависит от юридической судьбы договора залога прав по банковскому счету. Если договор залога прав не заключен или, наоборот, прекратил свое действие, залоговый счет функционирует в обычном режиме ординарного счета, без ограничений прав владельца счета по распоряжению денежными средствами на счете.

Денежные средства на залоговых счетах не подлежат обязательному страхованию (п. 6 ч. 2 ст. 5 Закона о страховании вкладов). Данное ограничение действия гарантий в отношении денежных средств на залоговых счетах расходится с политико-правовыми основаниями его установления. Известно, что, например, такая форма безналичных расчетов, как покрытый аккредитив, рассматривается как своеобразный способ обеспечения исполнения обязательства. Поскольку аккредитив может быть выдан за счет находящихся на банковском счете средств, правовое положение соответствующего субъекта в части

гарантирования оказывается лучшим по сравнению с другим лицом, которое избрало для обеспечения исполнения обязательства иной способ – залог прав по банковскому счету. Различие в правах при тождественности существа отношений является основанием для оценки указанной выше нормы, лишаящей залогодателей гарантий по страхованию денежных средств на счете, на предмет ее соответствия Конституции РФ.

§ 2. Номинальный счет

Статья 860.1. Договор номинального счета

1. Номинальный счет может открываться владельцу счета для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат другому лицу-бенефициару.

Права на денежные средства, поступающие на номинальный счет, в том числе в результате их внесения владельцем счета, принадлежат бенефициару.

Номинальный счет может открываться для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат нескольким лицам-бенефициарам, за исключением случаев, установленных законом.

2. Существенным условием договора номинального счета является указание бенефициара либо порядка получения информации от владельца счета о бенефициаре или бенефициарах, а также основание их участия в отношениях по договору номинального счета.

3. Законом или договором номинального счета с участием бенефициара на банк может быть возложена обязанность контролировать использование владельцем счета денежных средств в интересах бенефициара в пределах и в порядке, которые предусмотрены законом или договором.

Комментарий

1. Номинальный счет как новый институт. До 2013 г. в гражданском законодательстве не был урегулирован специальный номинальный счет, денежные средства на котором управляются владельцем счета, но при этом не входят в его имущественную массу, а относятся к имущественной массе некоего третьего лица.

Нормы о номинальном счете в первоначальной редакции были включены в гл. 45 ГК РФ в 2013 г. (Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ) и вступили в силу с 1 июля 2014 г.

Деление гл. 45 ГК РФ на параграфы введено в 2017 г. (Закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ), и такая систематика вступила в силу с 1 июня 2018 г. Этим же Законом в некоторые нормы о номинальном счете внесены незначительные изменения, но сделано это было путем замены прежней редакции норм о номинальном счете новой их редакцией, причем некоторые нормы новой редакции не отличаются от прежней. Такой законодательный кульбит (принятие ранее действующих норм в качестве новых), видимо, объясняется общим упадком законотворческой техники.

1.1. Дефиниция и природа номинального счета. В п. 1 комментируемой статьи содержится легальная дефиниция договора номинального счета. По тексту указанного пункта получается, что существом данного вида договора банковского счета, которое позволяет отграничить его от других договоров банковского счета, является распоряжение владельцем счета от своего имени денежными средствами, права на которые принадлежат другому лицу (бенефициару). Образно говоря, владелец счета распоряжается чужими авуарами.

В договорном праве распоряжение одним лицом чужой ценностью не является редкостью (договор на управление юридическим лицом, договор залога, договор поручения, договор доверительного управления имуществом и др.). Также известен и такой тип договорных правоотношений, когда лицо управомочено распоряжаться чужими ценностями от своего имени (агентский договор, договор комиссии и др.).

Эту задачу отделения денежных средств, входящих в имущественную массу третьего лица, от тех средств, которые входят в имущественную массу управляющего счетом лица, и призван решить такой вид банковского счета, как номинальный счет. Название счета — «номинальный» — указывает, что владелец счета является его хозяином и имеет исключительное право давать банку распоряжения о списании средств по счету (бенефициар не может требовать от банка выдачи ему остатка по счету или перечисления средств на иной свой банковский счет), но требования в отношении этих средств на счете находятся не в его имущественной массе, а в массе бенефициара. Последнее проявляется в том, что, когда дело доходит до обращения взыскания на денежные средства на номинальном счете, фактор отнесения прав в отношении средств на счете к имущественной массе бенефициара приобретает принципиальное значение: на денежные средства на номинальном счете взыскание по общему правилу (за исключением случая учета на номинальном счете средств, переданных эскроу-агенту) обращается по долгам бенефициара (см. ст. 860.5,

п. 2 ст. 926.7 ГК РФ). То же происходит и при банкротстве бенефициара: средства на номинальном счете по общему правилу входят в его конкурсную массу.

Насколько корректно в этом контексте указание в комментируемом пункте на принадлежность прав в отношении денежных средств, находящихся на счете, не владельцу счета, а бенефициару? Денежные средства, находящиеся на любом банковском счете, не принадлежат на каком-либо абсолютном праве ни владельцу счета, ни бенефициару. Они определяют размер обязательств банка. Поэтому, когда закон говорит о правах на денежные средства на счете, имеются в виду денежные требования некоего лица к банку, объем которых измеряется остатком по счету. Но кто же все-таки является кредитором банка в случае номинального счета? Если ключевой признак принадлежности обязательственного требования к банку — это вопрос о том, в чью имущественную массу это требование входит, то кредитором банка является бенефициар, и тогда комментируемая норма ГК РФ корректна: требования к банку имеет бенефициар, пусть он и не может давать банку распоряжения напрямую, и именно поэтому по его долгам взыскание обращается на остаток по счету. Если же ключевой признак — это то, кто вправе давать банку распоряжения, то кредитором банка следует считать номинального владельца счета, и тогда получается, что, указывая на принадлежность денег на счете бенефициару, законодатель не вполне удачным образом пытается выразить идею о разрыве правовой и экономической принадлежности обязательственного требования к банку.

Данный вопрос не в полной мере прояснен, но из буквы ГК РФ, скорее, следует первая концепция: кредитором банка является бенефициар, но в силу выбранной конструкции номинального счета право давать прямые распоряжения банку бенефициар не имеет и должен действовать через номинального владельца. Этот подход на первый взгляд кажется менее противоречивым догматически.

Решение законодателя, согласно которому у бенефициара нет права давать распоряжения банку, но при этом по долгам бенефициара взыскание обращается не на его требование к номинальному владельцу счета, а напрямую на денежные средства на номинальном счете (т.е. на требования к банку), можно оценить критически ввиду некоторой непоследовательности. Но объяснение здесь, видимо, состоит в том, что архетипической ситуацией использования номинального счета виделась ситуация, когда сам факт наличия денег на номинальном счете гарантирует, что деньги причитаются бенефициару. В такой ситуации ликвидность требования повышается, если взыскание

по долгам бенефициара будет обращаться напрямую на деньги на счете, а не на притязание к номинальному владельцу счета о совершении распоряжения по счету. Иначе говоря, данное решение носит сугубо прагматический характер и нацелено на повышение ликвидности притязаний бенефициара, которая имеет важное значение с точки зрения охраны интересов кредиторов бенефициара при обращении взыскания на такой специфический актив. В этом плане объясняется и то, что в силу п. 2–3 ст. 926.7 ГК РФ при открытии эскроу-агентом, не являющимся банком, номинального счета для целей депонирования безналичных денежных средств, не применяются правила ст. 860.5 ГК РФ об аресте или о списании денежных средств на номинальном счете по долгам бенефициара, вместо этого взыскание обращается на право требования к эскроу-агенту. Такое решение объясняется тем, что в силу п. 3 ст. 926.6 ГК РФ бенефициаром по номинальному счету, открытому эскроу-агенту, является депонент (т.е. должник, внесший в эскроу деньги для последующей передачи кредитору при наступлении оговоренных условий) до даты возникновения оснований для передачи имущества бенефициару, предусмотренных договором эскроу. После же указанной даты в результате предусмотренной законом инверсии притязания бенефициаром по номинальному счету автоматически становится бенефициаром по договору эскроу (т.е. кредитор, которому причитается исполнение). Пристав-исполнитель, определяющий наличие оснований для обращения взыскания на те или иные активы бенефициара по эскроу, часто не может быть уверен в том, что соответствующие условия для раскрытия эскроу наступили, и соответствующее лицо, в отношении которого открыто исполнительное производство, уже стало бенефициаром по номинальному счету (т.е. в том, что эти деньги теперь входят в его имущественную массу). Не знает этого и банк, в котором открыт номинальный счет. Между сторонами обязательства, исполнение которого шло через эскроу, может быть спор в отношении наличия оснований для раскрытия эскроу. В таких условиях напрямую обращать взыскание на средства на номинальном счете по долгам бенефициара по эскроу, не зная точно, что он стал в силу п. 3 ст. 926.6 ГК РФ бенефициаром и по номинальному счету и эти средства уже оказались в его имущественной массе, неправильно. Поэтому закон здесь, видимо, и делает исключение из общего правила ст. 860.5 ГК РФ и допускает обращение взыскания по долгам бенефициара по эскроу на его условное требование к эскроу-агенту о совершении платежа за счет средств на номинальном счете (если соответствующие условия раскрытия эскроу наступили или наступят в будущем).

Данное соображение отчасти объясняет и то, почему, несмотря на все сходство номинального счета и публичного депозитного счета, правило о возможности непосредственного обращения взыскания на средства на счете по долгам бенефициара, которое закреплено в ст. 860.5 ГК РФ в отношении номинального счета, не продублировано законодателем в регулировании публичного депозитного счета. Вместо этого согласно п. 1 ст. 860.14 ГК РФ «взыскание по обязательствам бенефициара... может быть обращено на их право требования к владельцу счета» (т.е. нотариусу, суду или иному лицу, открывшему публичный депозитный счет, на котором размещены средства, возможно, причитающиеся бенефициару). На момент, когда по долгам бенефициара необходимо обратиться взыскание на его имущество, пристав не может быть уверен в том, что депонированные на депозитном счете суда средства будут причитаться бенефициару, так как условия для получения этих средств могли еще не наступить. Поэтому логично, что взыскание напрямую на депонированные на счете средства не обращаются. В случае, когда условия для снятия средств с депозитного счета суда и приставов уже наступили, а также в случае депонирования средств у нотариуса в порядке п. 1 ст. 327 ГК РФ, казалось бы, эта проблема не возникает. Но здесь идея законодателя исключить обращение взыскания на деньги на счете напрямую, видимо, может объясняться иным соображением. На публичном депозитном счете аккумулируются средства, причитающиеся разным лицам, и поэтому банк может не ведать о том, какая сумма на этом счете причитается какому из бенефициаров; этот учет ведет нотариус, суд или иной владелец публичного депозитного счета. В таких условиях обращение взыскания по долгам бенефициара напрямую на денежные средства на публичном депозитном счете технически затруднено, и законодатель решает допустить обращение взыскания по долгам бенефициара на его требование к владельцу публичного депозитного счета.

1.2. Сфера применения номинального счета. Первоначальный Проект реформы ГК РФ в части легального определения номинального счета предполагал привести незакрытый перечень номинальных владельцев счета, чтобы сориентировать правоприменителя и субъектов гражданского оборота на те сферы отношений, где номинальный счет пригоден для использования. В этот перечень включались: опекун, попечитель, поверенный, комиссионер, агент, эскроу-агент, организатор торгов, исполнитель завещания, арбитражный управляющий. Законодатель отказался от включения данного перечня в текст легальной дефиниции.

Итак, закрытый перечень ситуаций, в которых может открываться номинальный счет, законом не установлен. В ряде случаев закон

открытие номинального счета предписывает (например, п. 3 ст. 926.6 ГК РФ требует открытия эскроу-агентом, не являющимся банком, номинального счета для учета переданных на эскроу безналичных денег; ст. 37 ГК РФ и ч. 3.2 ст. 19 Закона об опеке и попечительстве предусматривает открытие номинального счета опекуном или попечителем для учета денежных средств, принадлежащих подопечному).

Открытие номинального счета эскроу-агентом, не являющимся банком, кажется вполне логичным шагом.

В случае с опекунами и попечителями вопрос более сложен. Опекун лица, лишенного дееспособности, а также опекун, родитель или усыновитель лица в возрасте до 14 лет является законным представителем опекаемого (ст. 28 ГК РФ, п. 2 ст. 32 ГК РФ) и совершает практически все сделки от его имени. Поэтому опекун (родитель или усыновитель) может просто открыть для учета денег опекаемого обычный банковский счет от имени опекаемого и управлять им опять же от его имени. Такое решение позволяет самым непосредственным способом отделить деньги опекуна, родителя или усыновителя от денег опекаемого без использования конструкции номинального счета. Что же касается родителей, усыновителей или попечителей подростков в возрасте от 14 до 18 лет, а также попечителей лиц, ограниченных судом в дееспособности, то они в силу п. 2 ст. 26, ст. 30, п. 2 ст. 33 ГК РФ и ч. 3 ст. 13 Закона об опеке и попечительстве по общему правилу законными представителями подопечного при совершении сделок не являются: сделки от имени подопечных они не совершают, вместо этого сделки в любом случае — как с предварительного согласия попечителя, так и в ряде случаев без такового — совершают сами подопечные (ограниченно дееспособные лица или подростки в возрасте от 14 до 18 лет). Банковский счет на свое имя лицо в возрасте от 14 до 18 лет в силу п. 2 ст. 26 ГК РФ открыть может самостоятельно, но при наличии предварительного согласия попечителя (в отличие от вклада, для открытия которого подростку предварительного согласия попечителя, родителя или усыновителя не требуется); дальнейшее распоряжение средствами на этом счете в силу все той же статьи подростки совершают самостоятельно. Казалось бы, и в случае с попечительством оснований для открытия номинального счета нет, но все же в ряде случаев в открытии номинального счета попечителем может быть смысл. Например, в силу п. 1 ст. 30 ГК РФ попечитель получает и расходует заработок, пенсию и иные доходы гражданина, ограниченного судом в дееспособности в интересах подопечного, если ограничение дееспособности произошло вследствие пристрастия к азартным играм, злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами.

Теоретически оформление номинального счета было бы уместным для договоров доверительного управления для учета денежных средств, извлеченных управляющим в результате управления переданным ему в доверительное управление имуществом. Также такие счета могли бы открываться доверительному управляющему для учета переданных в доверительное управление денежных средств в случаях, когда в исключение из общего правила п. 2 ст. 1013 ГК РФ закон допускает передачу в управление денег и деньги действительно переданы доверительному управляющему (например, ст. 5 Закона о рынке ценных бумаг допускает доверительное управление денежными средствами, переданными в управление для целей приобретения ценных бумаг). Видимо, может такой счет открываться и душеприказчику (исполнителю завещания), который в силу п. 4 ст. 1135 ГК РФ действует как доверительный управляющий при совершении действий, связанных с охраной и управлением наследственным имуществом (в том числе и причитающимися наследникам денежными средствами). В то же время следует заметить, что п. 2.7 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И пока говорит о том, что доверительному управляющему открывается особый *счет доверительного управления*, не называя такой счет номинальным. Вопрос о том, стоит ли подобный счет доверительного управления в свете нового законодательства относить к категории номинальных счетов, в полной мере не прояснен.

В принципе, согласно условиям соглашения о комиссии, комиссионер может открыть номинальный счет для учета на нем денежных средств, получаемых от третьих лиц в результате отчуждения переданного ему на комиссию имущества. Преимуществом такого решения является то, что в случае банкротства комиссионера до перечисления комитенту извлеченных в результате продажи товаров денежных средств эти средства не попадут в конкурсную массу комиссионера.

Следует ли из этого, что такой счет может открывать любое лицо, являющееся должником по денежному обязательству, для целей отделения от своей имущественной массы и перенесения в имущественную массу кредитора некой денежной суммы до реального перечисления ее на счет кредитора? Вопрос пока в российском праве не разрешен.

Также не вполне понятно, может ли существовать договор, по которому денежные средства одного лица передаются в управление другому лицу, а для отделения оных от имущественной массы управляющего учитываются на открытом управляющим номинальном счете. Проблема тут связана с тем, что согласно п. 2 ст. 1013 ГК РФ закон, видимо, опасаясь злоупотреблений, не допускает передачу в управление денег, за исключением случаев, когда в силу прямого указания в законе некие

профессиональные игроки получают право на управление деньгами третьих лиц. Можно ли обходить это правило, заключая не договор доверительного управления, а некий якобы непоименованный договор примерно той же природы, в силу которого передаваемые в управление деньги должны учитываться на отдельном номинальном счете? Вопрос требует дополнительного обсуждения, но на первый взгляд этого допускать не следует.

Как бы то ни было, за счет внесения денег на номинальный счет с указанием в качестве бенефициара некоего третьего лица клиент не может забронировать свои деньги от взыскания по своим долгам и отделить их от своей имущественной массы, если у бенефициара нет оснований для притязаний на эти деньги (он не является кредитором владельца счета на указанную сумму). Отделение денежных средств от имущественной массы владельца счета не носит абстрактный характер, под этим актом должно быть правомерное, действительное, а не фиктивное основание. Иначе возможны массовые злоупотребления с выводением денег на номинальные счета с целью исключения рисков обращения на них взыскания по долгам владельца счета.

Впрочем, надо сказать, что все эти вопросы в российском праве пока не разработаны. Равным образом не вполне ясно, должен ли банк проверять наличие действительного правового основания для открытия номинального счета и наличие соответствующих отношений между владельцем счета и бенефициаром. Согласно п. 2 ст. 860.1 ГК РФ и п. 4.14 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И при открытии номинального счета банк должен располагать сведениями о бенефициаре и *об основании* его участия в отношениях по договору номинального счета. Но означает ли это, что банк может удовлетвориться лишь самим сообщением о характере соответствующих правовых оснований, или он имеет право или даже должен проверять действительность таких правовых оснований (например, затребовав предъявления соответствующего договора)?

1.3. Множественность бенефициаров. Первоначальный Проект реформы ГК РФ не предлагал нормы, содержащейся в абз. 3 п. 1 ст. 860.1 ГК РФ. Это законоположение, первоначально включенное в ГК РФ в 2013 г., предусматривало, что номинальный счет может открываться для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат нескольким лицам-бенефициарам. Сама идея множественности бенефициаров может вызывать сомнения. Идея номинального счета служит отделению денежных средств на счете от имущественной массы владельца счета, но множественность бенефициаров создает другую проблему: смешение на таком счете денег, находящихся

в имущественной массе разных бенефициаров, неминуемо ставит вопрос определения того, какая часть из находящейся на счете суммы входит в имущественную массу каждого из таких бенефициаров. В таком случае по общему правилу банку (а в случаях, указанных в законе или договоре, — владельцу счета) придется вести учет того, какая часть средств причитается кому из бенефициаров (о порядке такого учета см. комментарий к п. 4 ст. 860.2 ГК РФ).

Возможно, в каких-то отдельных случаях такая конструкция будет востребована (например, при учете на номинальном счете денежных средств, причитающихся супругам, в отношении которых действует общий режим совместной собственности). В большинстве же случаев владельцу счета логичнее открывать отдельный номинальный счет для каждого из бенефициаров.

С 1 июня 2018 г. эта норма дополнена отсылочным исключением — договор номинального счета с множественностью лиц на стороне бенефициара может быть заключен, если иное не предусмотрено законом. Так, в соответствии с законом номинальный счет, который открыт опекуном или попечителем и бенефициаром по которому является подопечный, открывается опекуну или попечителю на каждого подопечного отдельно. Отсюда следует, что в этих отношениях норма о множестве бенефициаров в одном договоре такого номинального счета не допускается (ч. 3.2 ст. 19 Закона об опеке и попечительстве).

1.4. Кто вправе требовать от банка перевода средств бенефициару?

Право давать распоряжения банку по счету принадлежит исключительно номинальному владельцу счета. Банк по общему правилу не может исполнять распоряжения бенефициара. Вместо этого у номинального владельца счета имеется обязанность перед бенефициаром перечислить деньги на счет самого бенефициара (например, когда опекаемое лицо достигает возраста дееспособности, когда наступают условия для перечисления денег бенефициару по эскроу или перечисления комиссионером средств комитенту). Если наступают основания отдать деньги бенефициару, последний не может требовать этого от банка, он вправе требовать совершения соответствующего адресованного банку распоряжения от держателя счета. Это правило действует, видимо, и тогда, когда договор номинального счета заключен с участием бенефициара (см. комментарий к п. 2 ст. 860.2 ГК РФ).

В то же время договор номинального счета может давать бенефициару право безакцептного списания денежных средств со счета по его собственному усмотрению или при наличии определенных в договоре обстоятельств. Как представляется, в случае заключения трехстороннего договора с участием бенефициара одностороннее волеизъявление

владельца счета об отзыве своего согласия на безакцептное списание силы иметь не будет.

Кроме того, в силу ст. 860.3 ГК РФ договор номинального счета или закон могут установить, что списание средств со счета возможно только с предварительного согласия бенефициара или третьего лица (например, органа опеки и попечительства).

Также теоретически возможна и такая конструкция, в рамках которой в договоре указывается на право бенефициара, выразив свою волю на вступление в права по договору счета, заместить номинального владельца и стать полноценным клиентом банка, имеющим исключительное право давать банку распоряжения по счету. В такой ситуации вступление в права по счету бенефициара трансформирует договорную конструкцию из номинального счета в обычный договор банковского счета. В последнем случае можно говорить о применении по аналогии правил ст. 842 ГК РФ о договоре банковского вклада в пользу третьего лица. Впрочем, вопрос о том, насколько такая трансформация будет возможна с учетом различных технических требований к ведению банковских счетов, остается открытым.

2. Существенные условия. Договор номинального счета не может существовать без определенного или определяемого бенефициара. Поэтому согласно п. 2 ст. 860.1 ГК РФ указание на бенефициара или порядка получения информации от владельца счета о бенефициаре или бенефициарах является существенным условием договора номинального счета. Личность бенефициара может быть известна владельцу счета изначально, т.е. на момент заключения договора номинального счета. Например, комиссионер открывает номинальный счет исходя из своих обязанностей перед комитентом. Естественно, комиссионер знает своего комитента, и ему не составляет труда указать на это лицо в договоре номинального счета при его заключении. Но в некоторых случаях владелец счета к моменту заключения договора номинального счета не знает и не может знать о личности бенефициара (потенциальный или будущий бенефициар). Так, например, исполнитель завещания, открывая номинальный счет, может еще не знать, кто примет наследство и, следовательно, кто станет бенефициаром. В этом случае наследник является потенциальным (будущим) бенефициаром, а в договоре должен быть указан порядок получения информации о бенефициаре или бенефициарах.

В то же время следует заметить, что п. 4.14 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И указывает, что при открытии номинального счета банк должен располагать сведениями о бенефициаре.

Эта норма не соответствует комментируемому положению ГК РФ, допускающему последующую кристаллизацию личности бенефициара. Приоритет, естественно, имеют положения ГК РФ.

Закон также требует указания на основание участия бенефициара в отношениях по договору номинального счета. Первоначальный Проект реформы ГК РФ предусматривал, что в договоре номинального счета должны быть указаны сделка между бенефициаром и владельцем счета или иное основание их участия в отношениях по договору номинального счета. Законодатель не воспринял предложение по указанию в качестве основания той или иной сделки между владельцем счета и бенефициаром, хотя именно она является распространенным случаем основания для заключения номинального счета. Действующая редакция комментируемого пункта содержит более широкое положение о втором существенном условии договора номинального счета – основании участия владельца счета и бенефициара в отношениях по договору номинального счета. Это основание охватывает и сделку между названными лицами, и другие основания. Указание на основание участия владельца счета и бенефициара в договоре номинального счета служит юридической причиной (каузой) заключения договора банковского счета данного вида.

Не вполне ясно, должен ли банк удовлетвориться простым указанием на такое правовое основание или он должен или вправе проверять его действительность.

3. Контроль со стороны банка. Владелец номинального счета должен действовать в интересах бенефициара, поскольку данный вид счета открыт в его интересах. Кроме этого, определенные гарантии для бенефициара, участвующего в договоре номинального счета, установлены п. 3 ст. 860.1 ГК РФ. Они заключаются в том, что в случаях, предусмотренных законом или договором, контроль за использованием денежных средств может быть возложен на банк. Данное положение является исключением из общего правила о недопустимости контроля банка за направлением использования денежных средств (п. 3 ст. 845 ГК РФ). Пределы и порядок такого контроля предусматриваются законом или договором. В результате оба субъекта договора – банк и владелец счета – должны действовать по договору номинального счета в интересах бенефициара.

Соответствующий контроль банка может заключаться в мониторинге назначения платежа, подлежащего осуществлению по распоряжению владельца счета или получателей переводов со счета. Если тот или иной платеж расходится с указанными ограничениями, банк отка-

зывает в исполнении соответствующей операции, причем такой отказ является правомерным и не может повлечь ответственности банка.

В принципе, о том же, по сути, говорит и ст. 860.3 ГК РФ, согласно которой законом и договором номинального счета может быть ограничен круг операций, доступных владельцу счета (по кругу лиц, которым могут перечисляться или выдаваться денежные средства; с фиксацией лиц, с согласия которых совершаются операции по счету, документов, являющихся основанием совершения операций, и т.п.).

Получается, что закон или договор номинального счета могут установить дополнительный «рубеж обороны» интересов бенефициара в лице банковского контроля. Например, теоретически можно себе представить, что по договору эскроу, в котором эскроу-агентом является не банк, а иное лицо, стороны договорятся о том, что эскроу-агент откроет для учета переданных ему на эскроу средств номинальный счет, в котором будет установлен запрет на перечисление средств со счета любым иным получателям, кроме депонента или бенефициара. Более того, это может подстраховать стороны на случай возможного оппортунизма эскроу-агента и предотвратить ситуацию, когда по какой-то причине он решит перечислить средства с номинального счета не по назначению третьим лицам. Безусловно, отношения по эскроу основаны на доверии должника и кредитора выбранному ими эскроу-агенту, но иногда такой дополнительный барьер *ex ante* в отношении возможных злоупотреблений может быть нелишним.

Такая конструкция может быть особенно востребована в ситуациях, когда номинальный счет открывается на основании договора, заключенного с участием бенефициара (п. 2 ст. 860.2 ГК РФ).

Статья 860.2. Заключение договора номинального счета

1. Договор номинального счета заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (пункт 2 статьи 434), с обязательным указанием даты его заключения.

2. Договор номинального счета может быть заключен как с участием, так и без участия бенефициара. Договор номинального счета с участием бенефициара подписывается также бенефициаром.

3. Несоблюдение формы договора номинального счета влечет его недействительность. Такой договор является ничтожным.

4. В случае, если на номинальном счете учитываются денежные средства нескольких бенефициаров, банк ведет учет денежных средств каждого бенефициара, за исключением случаев, когда в соответствии

с законом или договором номинального счета обязанность по учету денежных средств каждого бенефициара возложена на владельца счета.

Комментарий

1. Форма сделки. Относительно обязательных формальностей договора номинального счета законодатель предъявляет два специальных требования. Одно касается специальной формы, а другое – обязательного датирования договора.

1.1. Письменная форма договора. К договору номинального счета предъявляется повышенная формальность: он должен быть заключен в письменной форме в виде единого документа, подписанного сторонами (п. 2 ст. 434 ГК РФ). Таким образом, заключение договора посредством обмена разными документами (оферты и акцепта) не допускается. Разумеется, такой договор не может быть заключен в устной форме. Несоблюдение этих требований в силу п. 3 комментируемой статьи влечет признание договора ничтожным. Насколько это решение законодателя оправданно, вопрос спорный. Это требование может блокировать открытие номинального счета без явки в банк посредством механизмов дистанционного банковского обслуживания лицом, который ранее уже открывал в этом банке другие счета и был надлежащим образом идентифицирован. Открытие счета посредством использования соответствующих приложений и личного кабинета на сайте банка не редкость, но здесь нельзя говорить о составлении единого документа, подписанного сторонами, так как договор заключается посредством кликов («кликочный договор»). Получается, что номинальный счет так открыть не получится.

Вместе с тем, учитывая тенденции развивающегося в настоящее время законодательства, можно предположить, что правопорядок посредством судебного и доктринального толкования допустит расширительное толкование тех норм, которые ориентированы на бумажное оформление сделок. Здесь нельзя не признать, что развитие законодательства в начале цифровой эпохи развивается не единым фронтом, а с большими темпоральными разрывами: какие-то законодательные акты (или отдельные нормы в нем) начинают воспринимать новые цифровые реалии, а какие-то «живут» в прежней эпохе бумажного документооборота. Это особенно наглядно видно на реформе так называемых финансовых сделок, концепция которой начала разрабатываться на эмпирическом материале 2008 г., а завершилась в 2018 г., т.е. с разрывом в 10 лет. Ясно, что «законодатель образца 2008 г.» сильно отличается от «законодателя образца 2018 г.», поскольку степень

проникновения современных технологий в повседневную общественную жизнь разительным образом изменилась. Тот факт, что современный законодатель твердо встал на «цифровую почву», невозможно отрицать, но по объективным причинам провести последовательно данный вектор развития невозможно, особенно учитывая лавинообразное принятие и изменение множества нормативных актов. В этом аспекте «кликный договор» хотя технически и заключается посредством кликов, но выражается как машиночитаемый текст в виде электронного документа, который предстает не в виде отдельных документов (оферты и акцепта), а выглядит в известной мере единым целым. Так что, возможно, в дальнейшем судебная практика станет признавать таким образом заключаемые договоры в качестве договора, заключенного в письменной форме в виде единого документа.

1.2. Проставление даты на договоре. Договор номинального счета обязательно должен быть датирован, т.е. на нем должна стоять дата его заключения. Это предписание закона стремится минимизировать риски так называемого обратного датирования, т.е. указания даты заключения договора «задним числом». Поскольку банк обычно не имеет собственного существенного интереса в достижении или противодействии цели, ради достижения которой заключается договор номинального счета, его участие в договоре, в том числе проставление даты заключения договора, в некоторой степени снижает риск применения указанного метода. Иными словами, риски обратного датирования документа снижаются, но даже если это будет иметь место, доказать обратное датирование может быть несколько проще. О последствиях несоблюдения данного требования см. комментарий к п. 3 настоящей статьи.

2. Участие бенефициара в договоре. Закон предусматривает две разновидности договора номинального счета: с участием и без участия бенефициара. Такое деление вызвано тем обстоятельством, что в некоторых случаях участие в договоре бенефициара либо нецелесообразно, либо вообще невозможно, по крайней мере в момент его заключения. Так, например, в принципе невозможным является участие в договоре со стороны такого выгодоприобретателя, который является недееспособным. Поэтому в таком случае договор номинального счета опекуна (владельца счета) с банком всегда будет относиться к договорам номинального счета без участия выгодоприобретателя. Та же ситуация и в случае, когда сама фигура бенефициара еще не определена и будет определена в будущем (например, когда деньги причитаются наследникам, которые еще не определены). Напротив, участие в договоре

номинального счета комитента вполне реалистично, поэтому договор номинального счета комиссионера может оказаться договором номинального счета с участием бенефициара, если, конечно, у комиссионера договор с таким комитентом уже заключен.

Договор номинального счета с участием бенефициара можно, в свою очередь, разделить на две разновидности. Одна разновидность такого договора может характеризоваться тем обстоятельством, что бенефициар лишь подписывает этот договор, но сам договор не устанавливает никаких прав и обязанностей, помимо тех, которые содержатся в позитивном праве. В этой ситуации участие бенефициара в договоре в значительной мере номинально. Вторая разновидность может быть обнаружена, если в договор номинального счета в силу принципа свободы договора включаются какие-либо не противоречащие закону добавочные условия, которые влекут возникновение прав и (или) обязанностей у бенефициара (например, право на безакцептное списание средств со счета). В этом случае бенефициар, соответственно, не просто присутствует в договоре номинально, но и содержательно наделяется теми или иными правами и обязанностями.

Если договор номинального счета заключен без участия бенефициара, но в нем закрепляются те или иные права бенефициара по отношению к банку, такой договор можно, видимо, считать договором в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ).

Здесь возникает вопрос о том, может ли договор номинального счета с участием бенефициара давать бенефициару не правомочие на безакцептное списание, а возможность давать банку распоряжения по счету напрямую. Как представляется, это неприемлемо, ибо повлечет смешение фигур владельца счета и бенефициара. Но, видимо, допустимо такое конструирование договора номинального счета, при котором у бенефициара будет секундарное право вступить в права по счету и вытеснить номинального владельца с места владельца счета. Например, теоретически договор номинального счета, открытого опекуном, может содержать условие о том, что бенефициар (подопечный) при достижении возраста дееспособности вправе вступить в права по счету и в дальнейшем выступать в качестве полноценного владельца счета (с неминуемой трансформацией договора в обычный договор банковского счета).

3. Последствия несоблюдения требований к форме сделки. Реакция правопорядка на несоблюдение формы договора для договора номинального счета является максимально строгой. Такой договор квалифицируется как недействительный, а с 1 июня 2018 г. он прямо именуется

ничтожным. Последнее уточнение связано с тем, что не всякое указание в законе на недействительность договора означает ничтожность сделки (ст. 168 ГК РФ).

В связи с ничтожностью договора номинального счета по такому основанию, как несоответствие его требованию о специальной письменной форме, возникает вопрос о датировании. Тот факт, что заключение договора в форме единого документа является требованием к форме договора, не вызывает сомнений. Поэтому несоблюдение данного предписания закона повлечет ничтожность договора номинального счета. Что же касается датирования договора и сделки вообще, то формально-юридически такой элемент как будто не относится к форме договора, ибо он указывает на время совершения сделки. Тем не менее и специальная письменная форма договора, и датирование относятся к юридически значимым формальностям. Коль скоро законодатель в едином ряду выдвигает требование о соблюдении обеих формальностей: единый документ и датирование, то следует заключить, что нарушение хотя бы одного из этих требований влечет ничтожность договора. В противном случае предписание закона не имело бы санкции.

4. Множественность бенефициаров. Если владелец счета организует размещение денежных средств, причитающихся каждому из бенефициаров, на разных номинальных счетах, то необходимости аналитического учета по каждому бенефициару не возникает, поскольку денежные средства атрибутированы для каждого бенефициара на отдельном от других номинальном счете. Эта модель организации управления денежными средствами, причитающимися бенефициарам, представляется более целесообразной. Вместе с тем, как уже отмечалось, закон допускает размещение причитающихся бенефициарам денежных средств на одном номинальном счете. В этом случае возникает необходимость аналитического (раздельного) учета денежных средств в отношении каждого из бенефициаров, с тем чтобы было ясно, какая именно сумма из общей суммы на номинальном счете причитается каждому из них.

До 1 июня 2018 г. комментируемый пункт оперировал понятием «специальный раздел номинального счета», которое как раз и обозначало раздельный учет общей суммы на номинальном счете. Его действующая редакция такое понятие не использует, однако сам принцип необходимого разделения денежных сумм на счете сохранился.

В зависимости от правового режима номинального счета обязанность по аналитическому учету возлагается либо на банк, либо на владельца счета. Юридикотехнически общим правилом является возло-

жение обязанности по аналитическому учету по номинальному счету на банк. Исключения из этого общего правила могут быть обнаружены либо в законе, либо в договоре номинального счета. В таких случаях, соответственно, обязанным вести аналитический учет причитающихся денежных средств на счете каждому из бенефициаров является владелец номинального счета.

Примером законодательного возложения на владельца счета обязанности по ведению раздельного учета денежных средств на одном номинальном счете является случай, предусмотренный ч. 3 ст. 10 Федерального закона от 29 июля 2017 г. № 218-ФЗ «О публично-правовой компании по защите прав граждан – участников долевого строительства при несостоятельности (банкротстве) застройщиков и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Согласно этой норме учет находящихся на номинальном счете денежных средств каждого застройщика обязана вести публично-правовая компания «Фонд защиты прав граждан – участников долевого строительства».

Статья 860.3. Операции по номинальному счету

Законом или договором номинального счета может быть ограничен круг операций, которые могут совершаться по указанию владельца счета, в том числе путем определения:

- 1) лиц, которым могут перечисляться или выдаваться денежные средства;**
- 2) лиц, с согласия которых совершаются операции по счету;**
- 3) документов, являющихся основанием совершения операций;**
- 4) иных обстоятельств.**

Комментарий

С 1 июня 2018 г. комментируемая статья действует в новой, несколько измененной редакции. По большей части изменения образуют лишь иной стилистический метод изложения нормативного материала, без существенного изменения самой нормы. Основания, которые могут ограничивать круг операций по номинальному счету, изложены не в горизонтальной, а в вертикальной последовательности, с установлением их нумерации. Кроме того, исключено указание на то, что основания ограничений совершения операций по счету должны позволять банку контролировать соблюдение установленных ограничений в соверше-

нии операций. Это исключение не имеет содержательных последствий. Коль скоро закон или договор устанавливают ограничения по распоряжению денежными средствами, банк обязан их соблюдать, не допуская совершения операций, противоречащих таким ограничениям.

Первым ограничителем операций по номинальному счету выступает перечень лиц, которым могут перечисляться или выдаваться денежные средства. Здесь, видимо, имеются в виду иные (помимо самого бенефициара) лица, которые, соответственно, указаны в законе или в договоре.

Вторым ограничителем операций по номинальному счету является перечень лиц, с согласия которых совершаются операции по счету (например, номинальный счет открыт одному опекуну, но выплаты с него в соответствии с законом подлежат согласованию с другим опекуном).

Третьим ограничителем операций по номинальному счету является перечень документов, являющихся основанием совершения операций. Это основание может быть обнаружено, например, в договоре комиссии, заключенном между владельцем счета и бенефициаром. Оно может сводиться, например, к тому, что комиссионер вправе получить соответствующую сумму со счета, составляющую его вознаграждение, при предъявлении документов о заключенной им в пользу комитента сделки.

Четвертый ограничитель, по существу, создает открытую систему оснований, которые могут служить такими ограничениями операций по номинальному счету. Это — иные обстоятельства.

Статья 860.4. Предоставление сведений, составляющих банковскую тайну, бенефициару по договору номинального счета

1. Бенефициар по договору номинального счета вправе требовать от банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, если такое право предоставлено бенефициару договором.

2. Бенефициар по договору номинального счета с участием бенефициара вправе требовать от банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну.

Комментарий

Номинальный банковский счет отличается от ординарного банковского счета тем, что в правоотношение вовлечены не два лица, а три. Это объективным образом осложняет классическую относительную

связь в обязательственном правоотношении. Появление наряду с банком и его клиентом третьего лица – бенефициара – с неизбежностью требует определить права и обязанности этого третьего лица.

Правовая природа номинального счета, его функциональное назначение определяются целью договора, которая по большому счету сводится к урегулированию порядка получения выгоды от договора у бенефициара. Договор номинального счета заключается прежде всего к выгоде бенефициара, который является выгодоприобретателем в этом трехстороннем отношении. Целый ряд норм § 2 гл. 45 ГК РФ направлен на урегулирование соответствующих законных интересов и прав бенефициара по договору номинального банковского счета. Комментируемая статья имеет в этом ряду специальное назначение и устанавливает правовой режим банковской тайны, которая в той или иной степени охраняется позитивным правом по каждому договору банковского счета (ст. 857 ГК РФ).

С теоретической точки зрения сама цель договора (предоставление выгоды бенефициару) предопределяет тот модус, который справедливым и функциональным образом установит изъятие из правового режима охраны банковской тайны, предоставив доступ к соответствующей информации бенефициару. Права бенефициара по договору номинального банковского счета могли бы оказаться нарушенными, если бы он не имел доступа к банковской тайне: он не имел бы представления о размере денежных средств на счете, об операциях по этому счету и т.д. Если бы банковская тайна не раскрывалась бенефициару, это открывало бы дорогу для нарушений, совершаемых банком, или владельцем счета, или ими сообща. Первоначальный законопроект учитывал изложенное и в императивной форме устанавливал, что бенефициар по договору номинального счета вправе требовать от банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну. Законодатель отверг этот унитарный подход, проведя ошибочную дифференциацию правового режима банковской тайны в зависимости от дихотомического деления договоров номинального счета на договор с участием бенефициара и договор без такого участия.

Согласно букве ГК РФ, если бенефициар участвует в договоре номинального банковского счета, банк обязан предоставить информацию, составляющую банковскую тайну, а бенефициар, соответственно, имеет право требовать ее предоставления. Если же бенефициар не участвует в договоре номинального банковского счета, предоставление банком информации, составляющей банковскую тайну, предусматривается, только если такое право предоставлено бенефициару по договору.

Ошибка законодателя имеет двойное свойство: логическое и политико-правовое. Логическая ошибка заключается в том, что сторона в договоре банковского счета не нуждается в подтверждении своего права в отношении раскрытия банковской тайны по той простой причине, что она не является посторонней для этого обязательства. Если бенефициар участвует в договоре, то, как соответствующая сторона такого трехстороннего договора, он имеет право знать все то, что регулируется этим договором. Нельзя быть стороной обязательства, не зная его содержания. Это невозможно логически. Политико-правовая ошибка законодателя обоснована выше. Коль скоро договор номинального счета заключен к выгоде бенефициара и размещенные на счете средства входят в его имущественную массу, он всегда должен иметь право на получение информации по счету, в том числе и в отношении банковской тайны. Обратное положение вещей приводит к дисфункции механизма номинального банковского счета. При этом бенефициар, который не знает об операциях по счету, об остатке денежных средств на нем, не имеет возможности что-либо потребовать от номинального владельца счета, ибо он не знает, что он может потребовать.

Получается, что если бенефициар не участвует в договоре, то он должен требовать предоставления отчета о состоянии счета не от банка, а от владельца счета. У последнего однозначно имеется такая обязанность в силу тех отношений, которые связывают владельца счета и бенефициара. Если она не упомянута в соответствующем договоре между ними, она однозначно вытекает из принципа добросовестности (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Но такое опосредованное информирование бенефициара не вполне удобное решение. Если владелец счета обманывает бенефициара, уклоняется от исполнения данной обязанности или вовсе исчез, бенефициар оказывается в полном неведении в отношении тех средств, которые находятся в его имущественной массе.

Таким образом, поскольку правовое регулирование позитивного права имеет очевидный дефект, его следует исправить за счет коррекции нормы, но до тех пор истолкование данной нормы и ее применение необходимо строить таким образом, чтобы предоставить защиту объективно правомерным интересам бенефициара. Возможно, здесь даже потребуются толкование *contra legem* или выведение обязанности банка предоставить бенефициару запрошенную информацию о счете из запрета злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ) и общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ). Логично исходить из того, что *каждый* бенефициар по договору номинального банковского счета (даже тот, который формально не участвует в договоре) вправе требо-

вать от банка предоставления информации, составляющей банковскую тайну, относящуюся к этому счету, если она имеет юридическое значение для бенефициара.

Если такое истолкование утвердится в судебной практике, нарушение банком обязанности по предоставлению банковской тайны бенефициару должно влечь его обязанность возместить бенефициару убытки, а также применение иных мер ответственности, предусмотренных законом или договором.

Вопрос о диспозитивности данных правил необходимо, видимо, решать следующим образом. Перечень сведений, составляющих банковскую тайну, может быть конкретизирован договором, но без ущерба для прав бенефициара. В договоре может быть предусмотрен порядок доступа бенефициара к таким сведениям.

Статья 860.5. Арест или списание денежных средств, находящихся на номинальном счете

1. Приостановление операций по номинальному счету, арест или списание денежных средств, находящихся на номинальном счете, по обязательствам владельца счета, за исключением обязательств, предусмотренных статьями 850 и 851 настоящего Кодекса, не допускается.

2. Арест или списание денежных средств с номинального счета по обязательствам бенефициара допускается по решению суда. Списание денежных средств с номинального счета допускается также в случаях, предусмотренных законом или договором номинального счета.

Комментарий

1. Иммунитет от взысканий по долгам владельца счета. Целью договора номинального банковского счета является управление денежными средствами к выгоде бенефициара. Причем, как указывалось выше, помещение денежных средств на номинальный счет владельца счета позволяет отделить денежные средства, причитающиеся бенефициару, от денежных средств самого владельца счета. Иными словами, требования в отношении денежных средств на счете его владельца для него являются чужими: они входят в имущественную массу бенефициара (см. п. 1.1 комментария к ст. 860.1 ГК РФ).

Поскольку владелец счета является правоспособным участником гражданского оборота, он, как и всякий участник оборота, может иметь неисполненные обязательства перед третьими лицами (например, сво-

ими контрагентами, государством в части налоговой задолженности и т.п.). Эти последние вправе претендовать на удовлетворение своих притязаний к владельцу номинального счета за счет всего его имущества. Формально-юридически номинальный банковский счет открыт на имя его владельца. Хотя термин «владелец счета» и является скорее техническим, нежели отражает существо дела, по общему правилу права клиента на средства, размещенные на обычном банковском счете, входят в состав их имущества. Более того, согласно законодательству об исполнительном производстве такие авуары, как денежные средства на счетах, относятся к первоочередным активам, на которые надлежит обращать взыскание по долгам их владельцев. Однако такое положение дел противоречит природе номинального счета, поскольку требования в отношении денежных средств на номинальном счете входят в имущественную массу бенефициара.

Следовательно, правопорядок должен обеспечить эффективную реализацию прав бенефициара и исключить втягивание средств на номинальном счете в имущественную массу номинального владельца счета. Для этого закон и устанавливает правило о недопустимости приостановления операций по номинальному счету, ареста или списания денежных средств, находящихся на номинальном счете, по обязательствам владельца счета. Кредиторы владельца счета вправе претендовать на удовлетворение своих притязаний к владельцу счета за счет его *собственного* имущества.

1.1. Исключения. Несмотря на то что общим принципом является недопустимость включения денежных средств на счете в имущество владельца счета, которым он может отвечать по своим долгам перед другими кредиторами, закон вынужден сделать некоторое исключение из этого.

Управление номинальным счетом в интересах бенефициара может приводить к расходам по счету. Поскольку эти расходы понесены в интересах бенефициара, то экономическая логика подсказывает, что они могут быть возмещены банком за счет списания денежных средств, находящихся на номинальном счете. Закон относит к таким расходам овердрафт по счету, а также плату за услуги банка. Такое списание представляет собой зачет (см. подробнее комментарий к п. 2 ст. 851 ГК РФ).

Ограничение притязаний кредиторов названными требованиями обслуживающего банка не означает, что не может существовать и иных оснований, когда в отношении денежных средств на счете может быть удовлетворено притязание лица, не являющегося обслуживающим владельцем счета банком. Например, в случае неосновательного зачисления

на номинальный счет денежных средств самого владельца счета эти средства могут стать предметом взыскания по требованию соответствующего лица. В противном случае правопорядок мог бы спровоцировать сокрытие имущества от кредиторов, например, владельца счета. Несложно представить себе ситуацию, когда в противоречии с законом владелец номинального счета перечисляет на него принадлежащие ему денежные средства с целью сокрытия их от взыскания по его обязательствам перед кредиторами. В этом случае следует квалифицировать сделку по зачислению на номинальный счет в качестве незаконной.

Что же касается правовых оснований для объявления сделки незаконной, то они не столь очевидны. Зачисление на свой номинальный счет денежных средств можно было бы рассматривать в качестве ничтожной сделки, противоречащей законодательной конструкции договора номинального счета (п. 2 ст. 168 ГК РФ). Ведь он для того, в частности, и заключается, чтобы не допускать смешения имущества владельца счета с имуществом бенефициара. Если такое зачисление сделано, например, также и в незаконном интересе банка, то у такой сделки появляются черты притворной сделки (п. 2 ст. 170 ГК РФ), поскольку истинное намерение сторон (банка и владельца счета) состояло в предоставлении банку преимущественного удовлетворения своих требований к владельцу счета (например, по кредитному договору) в ущерб третьим лицам, а прикрываемая сделка имеет черты оспоримой сделки по законодательству о банкротстве или при внеконкурсном оспаривании (судебная практика небесспорным образом квалифицирует действия по сокрытию имущества от обращения взыскания в качестве мнимой сделки (п. 86 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25)). Другое обоснование могло бы обнаружиться в запрете обхода закона как одного из случаев злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ). Скрывая свои денежные средства от своих кредиторов, владелец номинального счета обходит закон, который предусматривает ответственность субъекта гражданского права всем своим имуществом.

2. Обращение взыскания на денежные средства на номинальном счете по долгам бенефициара. Поскольку бенефициар также является участником гражданского оборота, и у него могут быть свои кредиторы, перед которыми он имеет неисполненные обязательства. В этом случае такие кредиторы могут претендовать на удовлетворение своих притязаний за счет всего имущества бенефициара. Формально-юридически требования в отношении денежных средств на номинальном счете входят в имущество бенефициара. Специфика лишь в том, что бенефициар по общему правилу не может распоряжаться этими средствами

своей волей — он лишь имеет право требовать от владельца совершать те или иные операции. Это притязание есть не что иное, как обязательственное право (требование) бенефициара к владельцу счета. Опираясь на общие правила по долгам бенефициара, можно было бы обратиться за взысканием на его права (требования) к владельцу счета, но не на денежные средства на счете (т.е. на требования к банку). Между тем такой подход порождал бы лишь избыточные издержки и потери, которые можно избежать, допустив обращение взыскания на сами денежные средства на номинальном счете. Именно такой путь избирает законодатель: по долгам бенефициара на денежные средства, находящиеся на номинальном счете, по требованиям кредиторов бенефициара может быть обращено взыскание по решению суда (подробнее см. п. 1.1 комментария к ст. 860.1 ГК РФ).

Поскольку в данном случае допускается обращение взыскания на денежные средства, находящиеся на номинальном счете, должны допускаться и юридические способы обеспечения такого взыскания: арест и списание денежных средств.

Обращает на себя внимание, что если в п. 1 комментируемой статьи помимо ареста и списания денежных средств названо также и приостановление операций по счету, то в п. 2 такой юрисдикционный способ обеспечения взыскания, как приостановление операций по счету, не назван. Известно, что обычно законодательство предусматривает приостановление операций по банковскому счету как способ обеспечения взыскания по притязаниям, возникшим из публично-правовых отношений (например, притязания на уплату налогов). Означает ли это, что в отношении такого авуара, как денежные средства на номинальном счете, у бенефициара имеется иммунитет в отношении публично-правового кредитора, но иммунитетов в отношении частных кредиторов не имеется? Положительный ответ на этот вопрос повлек бы неравенство кредиторов, которое, будучи установленным в пользу частных кредиторов, представляется теоретически допустимым. Вместе с тем отыскать какое-либо обоснование в правовой политике для такого неравенства затруднительно. Поэтому по обязательствам бенефициара, будь они основаны на частном или на публичном праве, должно допускаться обращение взыскания и, следовательно, применяться такой способ обеспечения взыскания, как приостановление операций по счету. Нормативное обоснование данного вывода можно отыскать во втором предложении комментируемого пункта.

2.1. Номинальный счет, открытый для целей учета денежных средств, переданных эскроу-агенту, не являющемуся банком, на эскроу. Как уже отмечалось в п. 1.1 комментария к ст. 860.1 ГК РФ, закон

делает исключение из комментируемого правила для случая, когда безналичные денежные средства депонированы на основании договора эскроу на номинальном счете эскроу-агента, не являющегося банком. В такой ситуации по долгам бенефициара по эскроу взыскание обращается не на денежные средства на номинальном счете напрямую, а на обязательственное притязание бенефициара к эскроу-агенту о выплате денежных средств с номинального счета (возможное обоснование такого исключения см. в п. 1.1 комментария к ст. 860.1 ГК РФ).

2.2. Законодательство об исполнительном производстве. Законодательством об исполнительном производстве также предусмотрены законоположения, которые соответствуют правовому режиму взыскания денежных средств на номинальных счетах.

В соответствии с ч. 2–3 ст. 72.1 Закона об исполнительном производстве не допускается обращение взыскания по долгам должника на денежные средства, находящиеся на номинальном банковском счете или счетах, владельцем которых является должник. При этом обращение взыскания на денежные средства, находящиеся на номинальном счете должника-бенефициара, взыскание обращается: здесь законодатель имеет в виду то, что на денежные средства, размещенные на номинальном счете, взыскание обращается по долгам бенефициарам в строгом соответствии с положениями комментируемой статьи. При этом данные нормы Закона об исполнительном производстве, дублируя норму п. 2 ст. 926.7 ГК РФ, не допускают обращение взыскания на денежные средства, находящиеся на номинальном счете должника-бенефициара, открытом для исполнения денежных обязательств по договору условного депонирования.

2.3. Дополнительные случаи, вытекающие из закона или договора. Комментируемый пункт также предусматривает, что списание денежных средств по долгам бенефициара с номинального счета допускается также в случаях, предусмотренных законом или договором номинального счета. Из смысла нормы вытекает, что речь идет о случаях, когда обращение взыскания допускается во внесудебном порядке.

(а) В силу закона... Законодательство о налогах и некоторых других обязательных платежах предусматривает (как представляется, вопреки Конституции РФ) внесудебное обращение взыскания на имущество юридических лиц. Дискуссия о соответствии Конституции РФ такого положения дел уже не ведется в современной доктрине, которая в угоду целесообразности, к сожалению, смирилась с этим. Коль скоро законодательство предусматривает внесудебное обращение взыскания, комментируемая норма также транслирует это положение, причем достаточно общим образом. Списание соответствующих платежей

с номинального счета по обязательствам бенефициара может быть предусмотрено законом. Следовательно, видимо, на основании данной нормы должно допускаться и приостановление операций по номинальному счету по решению соответствующего внесудебного органа.

(б) В силу договора... Помимо такого основания, как закон, списание денежных средств по обязательствам бенефициара может быть предусмотрено договором номинального счета. Между тем основания для списания денежных средств с номинального счета по долгам бенефициара, предусмотренные договором, не должны противоречить существу данного договора. Владелец такого счета не может иметь полной свободы в установлении по соглашению с банком таких оснований. Эти основания могут быть ограничены законом, в том числе в его телеологическом толковании. Например, опекун, видимо, не может установить в договоре номинального банковского счета какие угодно основания списания денежных средств со счета, поскольку такие действия должны допускаться законодательством об опеке и попечительстве.

Статья 860.6. Изменение и расторжение договора номинального счета, замена владельца номинального счета

1. Договор номинального счета с участием бенефициара может быть изменен или расторгнут только с согласия бенефициара, если законом или договором номинального счета не предусмотрено иное.

2. В случае поступления в банк заявления владельца счета о расторжении договора номинального счета банк обязан незамедлительно проинформировать об этом бенефициара.

3. Если владельцем номинального счета является опекун или попечитель бенефициара, при прекращении исполнения обязанностей опекуна или попечителя такой владелец номинального счета заменяется на другого владельца, который в установленном законом порядке назначен опекуном или попечителем бенефициара. При прекращении опеки или попечительства в случаях, предусмотренных законом, в том числе при достижении бенефициаром совершеннолетия, договор номинального счета прекращается, остаток денежных средств по заявлению бенефициара выдается ему или перечисляется на другой его банковский счет.

4. При расторжении договора номинального счета остаток денежных средств перечисляется на другой номинальный счет владельца или выдается бенефициару либо, если иное не предусмотрено законом или

договором номинального счета либо не вытекает из существа отношений, по указанию бенефициара перечисляется на другой счет.

Комментарий

1. Изменение и расторжение договора. Договор номинального счета с участием бенефициара является трехсторонним договором. Он заключается к выгоде бенефициара и поэтому не может быть ни изменен, ни расторгнут без согласия бенефициара, поскольку в противном случае бенефициар мог бы потерять те выгоды, ради которых договор заключался.

Комментируемая норма в целом соответствует общему правилу об изменении и расторжении договоров, а именно п. 1 ст. 450 ГК РФ, согласно которому изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами или договором. Поэтому можно было бы увидеть здесь избыточность регулирования, ведь не будь этой нормы, кажется, что точно такое же правило применялось бы на основании общей нормы об изменении и расторжении договоров. Однако основания для такой специальной нормы все же имеются. Общим принципом для договоров банковского счета является безусловное право клиента банка расторгнуть договор в одностороннем внесудебном порядке. Согласно п. 1 ст. 859 ГК РФ договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время. Эта норма является специальной по отношению к п. 1 ст. 450 ГК РФ, а потому по принципу *lex specialis derogat generali* имеет преимущество. Для того чтобы п. 1 ст. 859 ГК РФ уступил свое преимущество, необходимо было создать еще более специальную норму, что и сделано законодателем в комментируемом пункте. Соответственно, норма п. 1 ст. 860.6 ГК РФ в силу п. 1 ст. 860 ГК РФ имеет преимущество перед п. 1 ст. 859 ГК РФ. Расторгнуть такой договор по воле одного лишь клиента (владельца счета) нельзя.

Комментируемый пункт применяется, если иное не установлено законом или договором.

Иное правило расторжения договора номинального счета может следовать из более специальной нормы ГК РФ или более специальной нормы иного закона.

Договор может также предусматривать любые другие правила расторжения договора, если они не противоречат закону или существу законодательного регулирования.

1.1. Особенности расторжения договора номинального счета, заключенного без участия бенефициара. Комментируемый пункт, по его

буквальному толкованию, применяется к договору номинального счета с участием бенефициара. На договор номинального счета без участия бенефициара он не распространяется, и поэтому владелец счета на основании п. 1 ст. 859 ГК РФ вроде бы вправе расторгнуть договор в любое время в одностороннем внесудебном порядке. Между тем это не всегда так. Если договор номинального счета без участия бенефициара устанавливает те или иные права бенефициара, он является договором в пользу третьего лица, и к отношениям сторон применяется п. 2 ст. 430 ГК РФ, согласно которому, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, с момента выражения третьим лицом должнику (в данном случае – банку) намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица. Если же договор номинального счета не содержит указаний на права бенефициара, видимо, следует смириться с тем, что такой договор может быть закрыт владельцем счета в одностороннем порядке. Это следует и из положений п. 2 комментируемой статьи.

2. Информирование бенефициара о волеизъявлении владельца счета о расторжении договора. До 1 июня 2018 г. обязанность банка проинформировать бенефициара в случае, если в банк поступит заявление владельца счета о расторжении договора, зависела от наличия такого условия в договоре номинального счета. В действующей редакции эта норма выглядит императивной. Такое изменение представляется оправданным, поскольку всякое расторжение договора номинального счета как минимум затрагивает интересы бенефициара.

Комментируемое законоположение не делает различия между двумя видами договоров: с участием и без участия бенефициара. Если бенефициар участвует в договоре, то соответствующее заявление владельца счета по общему правилу не может оказывать на него воздействие, поскольку согласно п. 1 комментируемой статьи не допускается расторжение договора номинального счета без согласия бенефициара (см. комментарий к п. 1 настоящей статьи). Если бенефициар не участвует в договоре, но в договоре указаны те или иные его права и он выразил свое намерение воспользоваться этими правами по договору, расторжение договора номинального счета без согласия бенефициара также не допускается в силу правил ст. 430 ГК РФ. Если же законом или договором предусмотрено, что согласия бенефициара для расторжения договора не требуется, или в договоре без участия бенефициара не указаны права бенефициара и тот не выражал своего намерения воспользоваться своими правами, информирование банком бенефициара

о поступлении от владельца счета заявления о расторжении договора, по существу, является лишь уведомлением об уже свершившемся факте расторжения договора.

Одностороннее внесудебное расторжение договора номинального счета владельцем счета (когда оно допускается согласно комментируемому пункту) может привести к нарушению прав бенефициара в правоотношении между владельцем счета и бенефициаром. Следовательно, правопорядок допускает, что отношения по договору номинального счета прекратятся, а права бенефициара, если они оказались нарушенными, подлежат защите в рамках правоотношения, имеющегося между бенефициаром и владельцем счета, по правилам, предусмотренным для данного вида отношения.

2.1. Уведомление бенефициара при расторжении договора банком.

Комментируемый пункт и вся ст. 860.6 ГК РФ не устанавливают никаких специальных правил на случай расторжения договора по инициативе банка по основаниям, предусмотренным п. 2–4 ст. 859 ГК РФ. Этот пробел может быть заполнен по аналогии с правилом, предусмотренным в комментируемом пункте. Банк обязан уведомить бенефициара о расторжении договора номинального счета по его инициативе. Что же касается процедурных правил расторжения договора, поскольку комментируемый пункт их не содержит, *mutatis mutandis* подлежат применению соответствующие положения п. 2–4 ст. 859 ГК РФ.

3. Замена владельца номинального счета. В первоначальной редакции 2013 г. нормы, содержащейся в п. 3 ст. 860.6 ГК РФ, не было. Это законоположение касается одной из разновидностей договоров номинального счета – счета, который открывается опекуну или попечителю. Ему же обязано и дополнение наименования статьи, в которое помимо расторжения и изменения договора включено также указание на замену владельца номинального счета.

С точки зрения систематики правовых норм выделение лишь одного из многих разновидностей открываемых различным субъектам по роду их деятельности счетов не представляется методологически верным. Видимо, законодатель не посчитал возможным урегулировать замену владельца счета на основании ст. 860 ГК РФ в специальном отраслевом законе, а именно в Законе об опеке и попечительстве. Политико-правовые и юридико-технические мотивы такого подхода в доктрине остаются пока не вполне ясными.

Содержательно данная новелла обеспечивает непрерывность защиты прав и законных интересов опекаемых лиц, а также устанавливает правило на случай прекращения опеки или попечительства. Соот-

ветственно, для первого случая установлена замена лица в договоре на стороне владельца номинального счета. Эта замена представляет собой одновременные переход прав и перевод долга, что означает передачу договора (ст. 392.3 ГК РФ). Такое законодательное решение по содержанию вполне оправданно, поскольку в случае прекращения исполнения обязанностей опекуна или попечителя права и законные интересы подопечного не должны нарушаться. В этом случае вновь назначенный в соответствии с законом опекун или попечитель заменяет прежнего на основании закона.

В случае прекращения в соответствии с законом опеки или попечительства, в том числе при достижении бенефициаром совершеннолетия, цель договора номинального счета отпадает. Коль скоро дееспособность подопечного восстанавливается, он в силу принципа автономии воли сам волен распоряжаться собственными активами, в том числе денежными средствами, находящимися на номинальном счете. В этой ситуации бенефициар вправе требовать выдачи остатка денежных средств на номинальном счете или перевода его на какой-либо банковский счет. Ликвидационная стадия прекращенного договора номинального счета продолжается до того момента, покуда бенефициар не распорядится остатком денежных средств. После этого счет закрывается.

4. Последствия расторжения договора. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает юридическую судьбу остатка денежных средств на счете в случае расторжения договора номинального счета. Данная норма предусматривает три варианта распоряжений в отношении остатка по счету при расторжении договора номинального счета:

- 1) перечисление на другой номинальный счет владельца счета;
- 2) выдача бенефициару;
- 3) перечисление на другой счет по указанию бенефициара.

О том же, по сути, говорит и п. 8.7 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И.

В Проекте реформы ГК РФ редакция данной нормы была иной. Здесь предусматривалось, что при расторжении договора номинального счета остаток денежных средств 1) выдается бенефициару либо 2) по его указанию перечисляется на другой счет, если иное не предусмотрено законом или договором номинального счета либо не вытекает из существа отношений.

Как видно, законодатель добавил в два изначальных варианта действий в отношении остатка по счету (выдача бенефициару или перечисление на другой счет) также и перечисление на другой номинальный

счет владельца. Такое добавление содержательно вполне оправдано, поскольку владелец номинального счета по тем или иным причинам может быть заинтересован сменить обслуживающий его банк, например, исходя из понижения доверия к первоначальному банку или если переход в другой банк сулит лучшие условия обслуживания.

В то же время итоговая редакция может возбуждать вопрос о том, к какой из трех сделок с остатком денежных средств на счете относится выражение «если иное не предусмотрено законом или договором номинального счета либо не вытекает из существа отношений». Проектная редакция предусматривала, что это изъятие из общего правила относится как к случаю выдачи денежных средств бенефициару, так и к случаю перечисления денежных средств по указанию бенефициара. Действующая редакция, напротив, грамматически относит это изъятие только к случаю перечисления денежных средств по указанию бенефициара на другой счет. Политико-правовые основания такого законодательного решения неясны. Напротив, изъятие из общей нормы регулирования в пользу другого закона, договора или существа отношений, изменяющих или отменяющих общее правило, является распространенным методом гражданского права и должно применяться ко всем трем случаям, предусмотренным в комментируемом пункте. В действующей редакции усматривается, что законодатель совершенно не видит необходимости упоминать о возможности установления каких-либо исключений на уровне закона и допускать возможность согласования в договоре иного на случай снятия бенефициаром остатка денежных средств наличными после расторжения договора номинального счета, но при этом предвидит, что при указании бенефициара о перечислении остатка по счету на другой банковский счет могут возникнуть такие особенности, что это потребует изъятия из общего правила в пользу иного закона, договора или существа обязательства. Создается впечатление, что здесь допущена редакционная неточность.

§ 3. Счет эскроу

Статья 860.7. Договор счета эскроу

1. По договору счета эскроу банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных им от владельца счета (депонента) в целях их передачи другому лицу (бенефициару) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу. Права на денежные средства, находящиеся на счете эскроу,

принадлежат депоненту до даты возникновения оснований для передачи денежных средств бенефициару, а после указанной даты — бенефициару. Распоряжение денежными средствами, находящимися на счете эскроу, осуществляется в порядке, предусмотренном настоящим параграфом.

2. Обязательства по договору счета эскроу могут содержаться наряду с договором счета эскроу в ином договоре, по которому эскроу-агентом является банк.

3. Вознаграждение банка как эскроу-агента не может взиматься из денежных средств, находящихся на счете эскроу, если иное не предусмотрено договором.

4. К отношениям сторон применяются общие положения о банковском счете и договоре эскроу (глава 47.1), если иное не предусмотрено настоящей статьёй и статьями 860.8—860.10 настоящего Кодекса или не вытекает из существа отношений сторон.

Комментарий

1. Природа договора счета эскроу. Договор счета эскроу является разновидностью договора банковского счета и одновременно особой разновидностью договора условного депонирования (эскроу). По сути, это гибрид двух указанных общих конструкций.

Согласно п. 1 ст. 926.1 ГК РФ по договору условного депонирования (эскроу) депонент обязуется передать на депонирование эскроу-агенту имущество в целях исполнения обязательства депонента по его передаче другому лицу, в пользу которого осуществляется депонирование имущества (бенефициару), а эскроу-агент обязуется обеспечить сохранность этого имущества и передать его бенефициару при возникновении указанных в договоре оснований. Смысл конструкции эскроу в том, что стороны, не доверяя друг другу в полной мере, находят третье лицо, которому они доверяют, и договариваются о том, что одна из сторон (депонент) осуществляет положенное предоставление путем передачи имущества этому третьему лицу (эскроу-агенту), которое, в свою очередь, становится обязанным передать данное имущество кредитору (бенефициару) при наступлении соответствующих срока или условия для получения предоставления последним. Эта конструкция используется тогда, когда предоставление в пользу кредитора должно осуществляться позднее, но кредитор опасается того, что должник в положенное время предоставление не осуществит, и хочет иметь гарантии того, что причитающееся ему имущество он может без серьезных затруднений получить в будущем, когда для этого созреют соответствующие основания.

В тех случаях, когда эскроу-агентом не является банк, эскроу-агент для целей учета переданных на депонирование безналичных денег обязан открыть в банке номинальный счет (п. 3 ст. 926.6 ГК РФ), а нотариус как эскроу-агент в силу труднообъяснимого законодательного решения учитывает полученные на эскроу деньги на своем публичном депозитном счете (ст. 88.1 Основ законодательства РФ о нотариате). Но когда эскроу-агентом является сам банк, данные правила не применяются, и банк в соответствии с правилами комментируемой статьи депоненту и бенефициару открывает счет эскроу. Этот счет открывается не самому банку, выступающему в качестве эскроу-агента, в некоем ином банке, а сторонам договора счета эскроу (депоненту и бенефициару) в том же банке, который действует как эскроу-агент.

Основанием для выплаты средств со счета бенефициару является наступление согласованного в договоре эскроу обстоятельства. К таким обстоятельствам относятся отлагательные условия или срок либо их сочетание (например, истечение определенного срока после наступления согласованного условия). Условие представляет собой обстоятельство, которое может как наступить, так и не наступить (п. 1 ст. 157 ГК РФ), а срок — обстоятельство, которое наступит неизбежно (ст. 190 ГК РФ). Если соответствующие основания возникли, у банка созревает договорное обязательство перечислить депонированную сумму (или ее соответствующую часть) бенефициару. Неправомысленный отказ банка делать это открывает бенефициару право на присуждение банка к уплате данной суммы. Если соответствующие основания для перечисления средств бенефициару не наступают, а срок депонирования истекает, банк закрывает счет эскроу и перечисляет деньги на обычный счет депонента или выдает их ему наличными (п. 1 ст. 860.10, п. 2 ст. 926.2 ГК РФ), и отношения по счету эскроу оканчиваются.

Наиболее типичная ситуация, в рамках которой возможно использование конструкции счета эскроу, имеет место в тех случаях, когда в рамках некоего договора одна из сторон имеет право на получение от другой стороны денег (оплаты цены в целом или в части, возмещения расходов, потерь или убытков, неустойки) при наступлении определенного условия, но кредитор не желает сталкиваться с возможным безосновательным отказом должника от исполнения своего денежного обязательства и необходимостью взыскивать долг в судебном порядке, а также хочет защититься на случай, если к соответствующему моменту у должника не будет возможности произвести расчет и он впадет в банкротство. Например, по условиям договора покупатель вносит оплату после получения имущества от продавца. По сути, в такой ситуации продавец кредитует покупателя. В качестве гарантии последующей

оплаты стороны могут договориться о том, что покупатель до передачи ему имущества вносит положенную оплату в пользующийся доверием у обеих сторон банк на счет эскроу, а условием перечисления денег в пользу продавца с этого счета является подтверждение передачи имущества покупателю (например, документы о государственной регистрации перехода права собственности на отчуждаемый объект недвижимости).

Другой пример: продавец акций дает покупателю определенные заверения в отношении характеристик предприятия, акции которого отчуждаются по договору купли-продажи, или гарантирует покрытие потерь, которые могут возникнуть у покупателя в связи с предъявлением к предприятию, акции которого им приобретаются, третьими лицами имущественных требований, основания для которых возникли до отчуждения акций. Материализация соответствующих убытков или потерь может произойти, а следовательно, и основания для взыскания с продавца убытков в связи с предоставлением ложных заверений по ст. 431.2 ГК РФ или потерь согласно ст. 406.1 ГК РФ — возникнуть намного позже, чем по данному договору осуществлены основные взаимные предоставления (уплачена цена и в реестре акционеров акции переоформлены на покупателя). У покупателя нет уверенности в том, что к соответствующему моменту, когда эти убытки или потери материализуются, продавец будет готов их немедленно добровольно возместить и не впадет в банкротство. Поэтому предметом переговоров может оказаться открытие сторонами счета эскроу на определенный период с депонированием на этом счете определенной суммы, которая по расчетам сторон может оказаться достаточной для компенсации убытков или потерь. Если стороны согласуют такой механизм, оговоренная сумма будет депонирована на счете эскроу, а условием для перечисления со счета в пользу бенефициара, например, могут быть указаны либо прямо выраженное согласие продавца или молчание продавца в ответ на запрос такого согласия, либо вступление в силу судебного акта, подтверждающего факт возникновения соответствующей суммы убытков или потерь у покупателя, либо предоставление заключения некоего указанного в условиях эскроу эксперта или аудитора.

Еще один пример: подрядчик в качестве гарантии покрытия убытков заказчика в связи с возможным выявлением скрытых дефектов в выполненных работах или покрытия требований заказчика, связанных с реализацией права на соразмерное уменьшение цены договора подряда (ст. 723 ГК РФ), может согласиться депонировать некую сумму на счете эскроу с условием перечисления соответствующей суммы

с этого счета в пользу заказчика при представлении соответствующих подтверждений факта выявления скрытых дефектов.

Использование эскроу дает гарантии не только бенефициару, но и депоненту: последний может рассчитывать на то, что деньги со счета эскроу не будут перечислены бенефициару при отсутствии оговоренных в договоре условий для раскрытия эскроу, а при наступлении оснований для раскрытия — своевременно возвращены. В этом плане данная конструкция отличается от обеспечительного платежа, уплачиваемого будущему кредитору в счет обязательства, созревание которого не предопределено.

В ряде случаев использование счета эскроу предписано специальными нормами закона. В частности, это сейчас предусмотрено законодательством об участии в долевом строительстве (см. п. 1.6 комментария к настоящей статье).

1.1. Оформление договора счета эскроу. Согласно п. 1 ст. 926.1 ГК РФ договор эскроу заключается между депонентом, бенефициаром и эскроу-агентом, т.е. носит трехсторонний характер. Есть все основания применять это правило и к договору счета эскроу. Ранее, до 1 июня 2018 г., когда вступило в силу указанное общее правило об оформлении эскроу, могла существовать точка зрения о том, что договор счета эскроу оформляется между депонентом и банком, но заключается в пользу бенефициара по модели договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ). Но с 1 июня 2018 г. вопрос прояснен: договор счета эскроу должен заключаться между депонентом, бенефициаром и банком. Соответственно, пусть владельцем счета до наступления оснований для раскрытия эскроу является в силу прямого указания в комментируемом пункте депонент, клиентами банка, с которыми банк оформляет договорные отношения, являются как депонент, так и бенефициар. Банк идентифицирует обоих этих контрагентов и подписывает договор с ними.

Трехсторонний характер договора предполагает среди прочего, что любые изменения договора по общему правилу возможны по соглашению всех трех сторон (о специфике расторжения договора счета эскроу см. комментарий к п. 1 ст. 860.10 ГК РФ).

Правило абз. 3 п. 1 ст. 926.1 ГК РФ об обязательном нотариальном удостоверении договора эскроу здесь не применяется в силу прямого указания в данной норме о том, что нотариальное удостоверение не требуется к случаям депонирования безналичных денежных средств.

1.2. Консенсуальность или реальность. Согласно п. 1 ст. 926.1 ГК РФ договор эскроу носит консенсуальный характер, и у депонента после его заключения по общему правилу возникает обязательство передать

имущество эскроу-агенту. Как представляется, кредитором по такому обязательству будет не эскроу-агент, а бенефициар, но суть обязательства состоит в передаче имущества не бенефициару напрямую, а эскроу-агенту. В то же время стандартный договор банковского счета не порождает обязательства клиента вносить деньги на счет. В таких условиях возникает вполне резонный вопрос о том, может ли договор счета эскроу порождать обязательство депонента перед бенефициаром внести деньги на счет эскроу, открытый в банке, согласившемся выступить в качестве эскроу-агента? Комментируемая норма данный вопрос в полной мере не проясняет.

Как представляется, с учетом того, что договор счета эскроу сильно отличается от обычного банковского счета по своим целям, есть все основания отдавать здесь приоритет положениям о договоре эскроу. Это открывает, в частности, возможность открытия счета эскроу с пополняемым остатком. Например, после перечисления части средств с эскроу в пользу бенефициара депонент по условиям договора может быть обязан пополнять счет эскроу до установленного уровня. Примерно так работает часто на практике обеспечительный платеж по долгосрочным договорам аренды. Отличие обеспечительного платежа (по сути, тоже своего рода депозита) от счета эскроу состоит в том, что в первом случае депозит отдается в руки потенциального кредитора, а в последнем — независимому третьему посреднику (в данном случае — банку), но между конструкциями есть много общего.

1.3. Динамика обязательственных отношений. Депонирование может осуществляться в целях исполнения проистекающих из заключенного между депонентом и бенефициаром и уже возникших к моменту депонирования обязательств депонента перед бенефициаром, которые предполагается исполнять в будущем при наступлении некоего срока или условия.

В такой ситуации в момент депонирования возникшее ранее обязательство считается исполненным досрочно с согласия кредитора. Это следует из нормы п. 5 ст. 926.1 ГК РФ, согласно которой обязательство депонента по передаче бенефициару имущества считается исполненным с момента передачи этого имущества эскроу-агенту. Вместо этого у банка возникает обязательство перед бенефициаром со своим порядком исполнения. С момента депонирования депонент уже не имеет соответствующего обязательства перед бенефициаром, свое требование бенефициар должен адресовать банку, а не депоненту. Если банк нарушает это обязательство, бенефициар может предъявить судебный иск именно банку и не может требовать исполнения изначального договорного обязательства по суду от депонента. В то же

время как договор счета эскроу, так и иное соглашение между депонентом и бенефициаром могут предусматривать, что депонент поручается за исполнение обязательства банка в целом или в части. Стороны могут усложнить эту базовую модель и иным образом: они могут, в частности, предусмотреть, что в случае отзыва лицензии у банка требование бенефициара к банку уступается депоненту в объеме 50% с выплатой бенефициару 50% номинального объема требования.

Как догматически можно описать саму конструкцию «перевода» на банк изначального обязательства депонента? В силу того, что по общему правилу исполнение прекращает обязательство (ст. 408 ГК РФ), на первый взгляд есть основания считать, что здесь имеет место прекращение исходного договорного обязательства депонента и возникновение первоначальным образом нового обязательства банка, основанного не на исходном договоре между депонентом и бенефициаром, а исключительно на договоре счета эскроу. Впрочем, может возникнуть вопрос о том, не логичнее ли считать, что в подобной ситуации депонирование приводит к переводу долга депонента на банк. Этот догматический вопрос в полной мере пока не прояснен, но он может иметь практическое значение. Так, в силу ст. 392 ГК РФ после перевода долга новый должник вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на отношениях между кредитором и первоначальным должником. Если исходить из того, что в описанной ситуации депонирование влечет перевод долга, банк может в качестве возражения против требования бенефициара ссылаться на обстоятельства, которые давали бы право на возражение депоненту, если бы такое требование было предъявлено к нему, даже если формально все закрепленные в договоре счета эскроу основания для «раскрытия» эскроу наступили.

Как представляется, модель перевода долга все же не вполне логична. Банк отвечает перед бенефициаром в соответствии с теми правилами, которые закреплены в договоре эскроу, у него возникает свой собственный долг перед бенефициаром, урегулированный договором эскроу. Положения изначального договора между депонентом и бенефициаром, не продублированные в договоре эскроу, банк не связывают. И было бы странно, чтобы банк такими условиями оказался связан. Вряд ли банки охотно согласятся принять на себя чужой долг с уникальной структурой обязательственных связей. Эскроу позволяет им вместо этого, получив покрытие в виде денег на счете эскроу, спокойно принять на себя формальное обязательство осуществить платеж бенефициару при наступлении определенных оснований. Так что модель перевода долга вряд ли оправдана.

Но здесь не все просто. Если отвергнуть модель перевода долга и принять модель прекращения исходного договорного обязательства депонента и замены его на новое обязательство банка, встает важный вопрос о том, как преобразуются обязательственные отношения, если основания для «раскрытия» эскроу не наступают в пределах срока депонирования и счет эскроу закрывается. Банк в такой ситуации, вернув деньги депоненту, больше ничего бенефициару не должен, его долг перед бенефициаром прекращается. Но должен ли что-то в данном случае кредитору (бывшему ранее бенефициаром) изначально должник (бывший ранее депонентом)? Здравый смысл, казалось бы, указывает на то, что долг должника должен восстановиться, причем, видимо, в том же формате, который изначально был согласован в исходном договоре между должником и кредитором. Модель перевода долга могла бы описать это как обратный перевод долга с банка на бывшего депонента, происходящий в момент закрытия счета эскроу. Но если мы отвергаем модель перевода долга, не остается ничего иного, кроме как исходить из фикции восстановления исходного договорного обязательства должника перед кредитором.

Наконец, встает и еще один догматический вопрос. Чаще всего депонирование может осуществляться в счет обязательств, поставленных под отлагательное условие (например, обязательство возместить убытки или потери, если таковые возникнут, вернуть часть цены в случае выявления скрытых дефектов в выполненных работах и т.п.). Можно ли говорить, что, депонируя деньги (естественно, до наступления соответствующих условий), депонент в такой ситуации *исполняет* свое обязательство? Проблема в следующем: российское частное право не вполне определилось в вопросе о том, когда возникает обязательство, основанное уже на заключенном договоре, но поставленное под отлагательное условие (в том числе условие права): в момент заключения договора или при наступлении отлагательного условия. Из буквы п. 1 ст. 157 ГК РФ следует, скорее, последнее. Как представляется, обязательство возместить убытки или уплатить неустойку возникает не при заключении договора, а в момент нарушения договора, обязательство же вернуть предоплату возникает в момент отказа от договора, обязательство возместить понесенные расходы — в момент их возникновения и т.п. Но иногда звучат голоса и в пользу того, что все подобные договорные обязательства возникают в момент заключения договора, а наступление соответствующих условий приводит к их созреванию (ровно так же как созревают срочные обязательства при наступлении срока исполнения). Как бы ни был решен этот догматический вопрос, не должно быть препятствий к тому, чтобы депонировать сумму под

исполнение обязательства, возникновение которого поставлено под отлагательное условие. Формальным аргументом против такого толкования может быть то, что в силу п. 5 ст. 926.1 ГК РФ «обязательство депонента по передаче бенефициару имущества *считается исполненным* с момента передачи этого имущества эскроу-агенту» (курсив мой. — А.К.). Данная норма, говоря об исполнении обязательства, намекает на то, что обязательство к моменту депонирования уже существует. В то же время ограничительное толкование данной нормы «от обратного» следует отвергнуть. Нет ни одной серьезной причины запрещать депонирование денег в счет как того обязательства, которое уже возникло и лишь ожидает срока или условий исполнения, так и того, которое при наступлении оговоренных срока или условий может возникнуть в будущем. В последнем случае норма п. 5 ст. 926.1 ГК РФ, видимо, просто не применяется. В такой ситуации, когда депонирование осуществляется под перспективу возникновения в будущем оснований для платежа в пользу бенефициара и чисто логически не может привести к исполнению обязательства, видимо, можно исходить из того, что при возникновении в будущем обязательства оно будет возникать сразу у эскроу-агента (т.е. банка). Впрочем, возможно рассуждать и так: в таком случае обязательство на логическую секунду возникает на стороне депонента, с тем чтобы тут же прекращаться фикцией исполнения с его заменой новым обязательством банка по договору счета эскроу. Но *по prima facie* первый вариант кажется более логичным и простым.

Тот же подход, как представляется, должен применяться к ситуации, когда к моменту депонирования еще не заключен сам договор, из которого должно проистекать то самое обязательство, ради гарантирования которого осуществляется депонирование. Мы не видим практических резонансов против того, чтобы депонирование происходило под исполнение договора, который лишь планируется. Например, стороны могут подписать рамочный договор, в рамках которого они свободны заключать дополнительные соглашения с конкретизацией предмета обязательств (до согласования которых никаких юридически действительных обязательств между сторонами попросту не существует), и после заключения такого рамочного договора одна из сторон может депонировать денежную сумму на случай возникновения возможных просрочек в погашении задолженности, убытков или начисления неустоек в ходе исполнения обязательств, которые стороны в будущем планируют согласовывать.

1.4. Порядок и срок депонирования. Депонирование осуществляется путем зачисления банком денежных средств на открытый счет эскроу по распоряжению депонента. Такие средства могут быть внесены де-

понентом наличными в кассу банка с поручением об их зачислении на счет эскроу, перечислены депонентом с иного своего счета в другом банке или в том же банке, где открыт счет эскроу. В принципе, нет возражений против того, чтобы третье лицо перечислило денежные средства на счет эскроу для депонента, исполнив тем самым за депонента его обязательство внести средства на счет эскроу. Главное, чтобы в платежном поручении было четко указано, что третье лицо перечисляет деньги на счет эскроу за депонента.

Срок депонирования определяет темпоральную продолжительность обязательств банка по учету переданных средств на счете эскроу и подержанию готовности осуществлять перечисления средств по требованию бенефициару или автоматически. Согласно п. 1 ст. 860.10 ГК РФ, если иное не предусмотрено договором эскроу, банк по истечении такого срока закрывает счет эскроу и либо а) возвращает депонированные средства депоненту, если основания для их перечисления в период депонирования не возникли, либо б) перечисляет средства бенефициару, если такие основания успели созреть в период срока депонирования, но по какой-то причине средства не были перечислены бенефициару ранее (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 860.10 ГК РФ).

Согласно п. 1 ст. 926.1 ГК РФ в договоре эскроу должен содержаться срок депонирования, но при этом срок действия договора эскроу не может превышать пяти лет. Казалось бы, это должно означать, что срок депонирования является существенным условием, без согласования которого договор эскроу не будет считаться заключенным. Но в этом же пункте содержится дополнение: «Договор эскроу, заключенный на больший срок или без указания срока, считается заключенным на пять лет». Последняя оговорка означает, что закон закрепляет диспозитивное правило о сроке депонирования на случай отсутствия в договоре указания на срок. Таким образом, срок депонирования на самом деле не является существенным условием, без согласования которого договор эскроу не будет считаться заключенным. Эти же выводы применимы и к договору счета эскроу: если в договоре срок депонирования не согласован или он больше пяти лет, считается, что деньги депонированы на пять лет.

Целесообразность установления в законе пятилетнего максимального срока депонирования вызывает определенные сомнения. Это положение закона может воспрепятствовать использованию эскроу в ряде долгосрочных инвестиционных и строительных проектов, сроки осуществления которых могут превышать пять лет. Возможно, законодатель опасался выведения на длительный срок имущества в особый

режим условно депонированного имущества, на которое обращать взыскание по долгам любого из трех участников этих отношений напрямую невозможно, и допускается лишь косвенное обращение взыскания на обязательственные требования о выдаче такого имущества.

1.5. Подтверждение оснований для перечисления средств бенефициару. Согласно ст. 926.3 ГК РФ «если договором эскроу предусмотрена необходимость предъявления бенефициаром документов, подтверждающих возникновение оснований для передачи ему имущества, эскроу-агент обязан проверить их по внешним признакам и при наличии разумных оснований полагать, что представленные документы являются недостоверными, воздержаться от передачи имущества, если иное не предусмотрено договором». При этом согласно той же статье «договором эскроу может быть предусмотрена обязанность эскроу-агента проверить наличие оснований для передачи имущества бенефициару». Все эти положения в полной мере применимы и к договору счета эскроу. Соответственно, в отличие от аккредитива, счет эскроу может предполагать более содержательный контроль со стороны банка за наступлением оснований для перечисления денег бенефициару. Так, например, в договоре счета эскроу, открытого для учета денег в счет оплаты покупной цены по договору купли-продажи недвижимости, может быть указано, что возникновение оснований для перечисления средств бенефициару подтверждается документами о регистрации перехода права собственности на объект недвижимости на покупателя с обязанностью банка проверить данные документы по внешним признакам и перепроверить эти данные за счет самостоятельного запроса выписки из ЕГРН.

Основанием для «раскрытия» эскроу может быть также заключение того или иного эксперта, юридической или аудиторской фирмы, подтверждающих возникновение у бенефициара оснований для получения платежа, или даже судебное решение, признающее такие основания. Например, если в эскроу депонирована сумма в качестве гарантии покрытия убытков, потерь или выплаты неустойки, наличие оснований для выплаты может подтверждаться судебным актом. При этом для подтверждения соответствующих оснований бенефициар должен инициировать не иск о взыскании таких убытков, потерь или неустойки с депонента (ибо депонент после депонирования уже не является должником бенефициара в отношении данных выплат), а либо иск о признании оснований для выплаты наступившими, либо иск о взыскании соответствующей суммы с банка (в зависимости от того, как будут сформулированы условия «раскрытия» в договоре счета эскроу).

1.6. Существенные условия. К существенным условиям договора счета эскроу, без согласования которых договор не может считаться заключенным, можно отнести те условия, которые характеризуют предмет договора, а именно следующие.

(а) Сумма депонирования или порядок ее определения. Сумма депонирования должна быть обозначена в договоре счета эскроу, но нет резона блокировать и такой вариант, при котором в договоре будет указан порядок определения такой суммы. Например, договор может содержать указание на плавающую сумму депонирования: определена изначальная сумма, а далее либо депонент при возникновении тех или иных обстоятельств (например, изменения определенных котировок) будет обязан пополнять счет эскроу, либо часть депонированной суммы будет позволено депоненту снять.

(б) Порядок определения размера суммы, подлежащей перечислению бенефициару. Депонированная сумма далеко не всегда будет равна той, перечисление которой при наступлении оговоренных обстоятельств будет входить в предмет обязательств банка. В тех случаях, когда размер обязательств банка может варьироваться в зависимости от согласованных обстоятельств, договор должен устанавливать размер долга банка перед бенефициаром или порядок его определения (например, некий предел, в рамках которого банк обязуется выплачивать средства бенефициару при наступлении оговоренных сроков и условий и подтверждении прав на получение соответствующих сумм). Последнее актуально, в особенности для случаев, когда депонирование осуществляется под будущее обязательство, размер которого на момент депонирования трудно предсказать с абсолютной точностью. Например, договор может идентифицировать такое обязательство банка, как обязательство покрыть любые убытки, возникающие при исполнении такого-то договора подряда, в сумме, подтвержденной судебным актом, и в рамках пределов депонированной суммы.

(в) Основания для перечисления средств бенефициару или порядок их определения. Как уже отмечалось, в договоре должны быть определены отлагательные условия, наступление которых будет давать бенефициару право требовать перечисления денег в свою пользу (включая механизм подтверждения оснований для «раскрытия» эскроу), либо сроки для такого «раскрытия» эскроу, либо сочетание условий и сроков.

Остальные вопросы, не урегулированные в договоре, должны определяться с учетом применения правил ГК РФ или иных законов о счете эскроу, общих положений о банковском счете, норм ГК РФ о договоре эскроу, при отсутствии таковых — посредством применения обычая, а в случае отсутствия и такового — посредством аналогии закона, ана-

логии права или применения принципов разумности, справедливости и добросовестности, как то и предписано в ст. 6 ГК РФ.

1.7. Включение денежных средств на счете эскроу в имущественную массу банка. Особенностью базовой модели договора эскроу в случае депонирования безналичных денег является то, что депонированные деньги, учтенные на особом номинальном счете, открываемом эскроу-агентом (п. 3 ст. 926.6 ГК РФ), не входят в имущественную массу самого эскроу-агента, и стороны не несут риск банкротства самого эскроу-агента. Для этого и предназначен номинальный счет: он отделяет деньги на открытом эскроу-агентом банковском счете от собственных средств эскроу-агента как формального владельца счета. Поэтому согласно ст. 926.7 ГК РФ на депонированное имущество взыскание по долгам эскроу-агента не обращается. В то же время в рамках базовой модели эскроу безналичных денег с их учетом на номинальном счете, открытом эскроу-агентом, стороны несут риски банкротства банка, в котором открыт номинальный счет. Вопрос о том, отвечает ли в таком случае эскроу-агент перед бенефициаром и депонентом своим собственным имуществом, в рамках общих правил об эскроу не вполне прояснен. Применительно к случаям передачи денег на эскроу нотариусу, для учета таких средств нотариусом используется не номинальный счет, а публичный депозитный счет (ст. 88.1 Основ законодательства РФ о нотариате), который согласно законодательству о банкротстве в его интерпретации ВС РФ предоставляет нотариусу спорный с политико-правовой точки зрения приоритет в деле о банкротстве банка (см. п. 1.5 комментария к ст. 860.11 ГК РФ), но даже в этом случае такой приоритет не гарантирует, что бенефициар или депонент получают причитающееся в ходе конкурсного производства.

Но в случае с эскроу, в рамках которого фигура эскроу-агента и банка сходятся в одном лице и открывается эскроу-счет, депонент и бенефициар однозначно несут риск банкротства эскроу-агента, коим является сам банк, в котором открыт счет. Связано это с тем, что деньги, перечисленные банку на эскроу, попадают в полное распоряжение банка и входят в его имущественную (в случае банкротства банка — конкурсную) массу. На эскроу-счете отражается обязательственный долг банка перед депонентом и бенефициаром, а сами деньги, перечисленные на эскроу, смешиваются с иными денежными средствами банка на его корсчете и используются банком для кредитования третьих лиц, финансирования своей деятельности и в иных целях. Естественно, на остаток денежных средств на счете эскроу взыскание по долгам банка не обращается, как это и написано в ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве, но такое указание бессмысленно, поскольку долги

должника не являются его активом, на который может быть обращено взыскание, а ведь запись по счету эскроу отражает именно долг банка перед депонентом и бенефициаром. При банкротстве банка никакого приоритета ни депонент, ни бенефициар перед иными кредиторами банка не получают, так как сепарации полученных банком на эскроу денег от иных денег банка на его корсчете не происходит. Отдельный внутренний учет полученных банком в рамках договора счета эскроу денежных средств не может считаться такой сепарацией, так как это учет не имущества, а долгов. Поэтому сторонам стоит очень тщательно подходить к определению банка, в котором планируется открытие счета эскроу.

Средства, размещенные на счете эскроу, по общему правилу не защищены системой обязательного страхования вкладов граждан (ч. 2 ст. 5 Закона о страховании вкладов), но имеются два исключения.

Во-первых, денежные средства, внесенные гражданином на счет эскроу, в ряде случаев защищены на случай банкротства банком системой обязательного страхования вкладов. В случаях, когда гражданин вносит деньги на счет эскроу для расчетов по сделке купли-продажи недвижимого имущества, внесенные средства в полном объеме, но не более 10 млн руб. защищены системой обязательного страхования вкладов на случай, если отзыв у банка лицензии (или введение Банком России моратория на удовлетворение требований кредиторов банка) происходит «в период с даты регистрации документов, представленных для государственной регистрации прав, до истечения трех рабочих дней с даты государственной регистрации прав в ЕГРН, или до истечения трех рабочих дней с даты принятия решения об отказе в государственной регистрации права, или до истечения трех рабочих дней с даты прекращения государственной регистрации права» (ст. 12.1 Закона о страховании вкладов в банках Российской Федерации). При наступлении страхового случая в течение этого периода право на получение страхового возмещения имеет физическое лицо, являющееся депонентом, либо при возникновении предусмотренных договором счета эскроу оснований для передачи денежных средств бенефициару – физическое лицо, являющееся бенефициаром по договору счета эскроу. Согласно данной статье указанные физические лица имеют все права вкладчика, предусмотренные настоящей главой.

Во-вторых, похожий режим предусмотрен в ст. 12.2 Закона о страховании вкладов для случаев, когда денежные средства размещаются на счете эскроу физическим лицом для расчетов по договору участия в долевом строительстве. Страховая защита распространяется на случаи, когда отзыв лицензии у банка (или введение Банком России

моратория на удовлетворение требований кредиторов банка) происходит в период со дня размещения денег на счете эскроу до дня представления застройщиком банку разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости и сведений ЕГРН, подтверждающих государственную регистрацию права собственности в отношении одного объекта долевого строительства, входящего в состав указанного многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, или сведений о размещении в единой информационной системе жилищного строительства указанной информации либо до истечения срока условного депонирования. Страхование покрытие распространяется на всю депонированную сумму, но не более 10 млн руб.

1.8. Денежные средства на счете эскроу и имущественные массы депонента и бенефициара. У депонента и бенефициара имеются условные или срочные требования к банку о выплате со счета. Депонент может потребовать возврат средств со счета эскроу, если соответствующие основания для перевода средств бенефициару не наступили в оговоренный срок депонирования, а бенефициар вправе требовать от банка списания средств со счета в свою пользу, если соответствующие основания в этот срок наступили. До наступления указанных оснований ни депонент, ни бенефициар не могут распоряжаться средствами на счете эскроу (п. 1 ст. 860.18 ГК РФ). Соответственно, в имущественных массах депонента и бенефициара с момента внесения средств на счет эскроу нет прав владельцев банковского счета по распоряжению средствами на счете. Вместо этого у депонента и бенефициара имеются осложненные отлагательным условием или сроком обязательственные, но еще не созревшие требования к банку. На каком-то этапе при возникновении оснований для перечисления или возврата средств со счета в пользу бенефициара или депонента одно из двух этих требований созревает (созревание требования бенефициара исключает созревание на ту же сумму требования депонента).

Как указано в комментируемой норме, «права на денежные средства, находящиеся на счете эскроу, принадлежат депоненту до даты возникновения оснований для передачи денежных средств бенефициару, а после указанной даты – бенефициару». Насколько это положение логично? Как мы знаем, права на денежные средства на счете представляют собой обязательственные требования к банку о проведении соответствующих расходных операций на сумму остатка по счету. У депонента до наступления оснований для перечисления средств бенефициару нет распорядительной власти над счетом (он не может давать банку распоряжения по счету); требование же о возврате у него

созреет, только если в пределах срока депонирования не возникнут основания для перечисления средств бенефициару. У бенефициара же право требовать выплаты появляется также не ранее, чем возникнут соответствующие основания для «раскрытия» эскроу. Следовательно, в течение срока депонирования в имущественных массах депонента или бенефициара находятся соответствующие условные или осложненные отлагательным сроком требования к банку. Но эти обязательственные (и, как правило, условные) требования не равнозначны обычным правам владельца по свободному распоряжению средствами на банковском счете. Поэтому в силу п. 4 ст. 860.8 ГК РФ «приостановление операций по счету эскроу, арест или списание денежных средств, находящихся на счете эскроу, по обязательствам депонента перед третьими лицами и по обязательствам бенефициара не допускается». Кредиторы бенефициара или депонента не могут требовать списания с эскроу-счета по долгам бенефициара или депонента, но могут требовать обращения взыскания на условные или осложненные отлагательным сроком обязательственные требования указанных лиц к банку. О том же говорят и п. 2–3 ст. 926.7 ГК РФ, и ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве. По вопросу о том, насколько это логично, см. комментарий к п. 4 ст. 860.8 ГК РФ.

Более того, даже при банкротстве депонента (если само депонирование не будет признано недействительным по банкротным основаниям) автоматического попадания в конкурсную массу депонента безличных денег на счете эскроу не происходит; право снять деньги со счета конкурсный управляющий получает, только если соответствующие основания для перечисления денег в пользу бенефициара не наступают в течение шести месяцев после открытия конкурсного производства (см. п. 1.9 комментария к настоящей статье).

Соответственно, с определенными оговорками можно согласиться, что права на депонированные денежные средства возникают у бенефициара с момента наступления оснований для «раскрытия» эскроу. Но упоминание в комментируемой норме того, что «права на денежные средства, находящиеся на счете эскроу, принадлежат депоненту до даты возникновения оснований для передачи денежных средств бенефициару», может вызывать сомнения. Получается, что по большому счету право требования к банку в отношении остатка на счете из имущественной массы депонента изымается на время, преобразуясь в условное обязательственное требование по возврату остатка на случай ненаступления оснований для перечисления средств бенефициару до истечения срока депонирования. В имущественной массе депонента до истечения срока депонирования имеется не «право на денежные

средства на счете», а условное требование их возврата при ненаступлении оснований для раскрытия эскроу в пределах срока депонирования. Это отсечение ординарных прав владельца счета на размещенные на счете эскроу денежные средства от имущественной (и частично даже от конкурсной) массы депонента и создает для бенефициара ту защиту, во имя которой договор счета эскроу и заключается.

1.9. Обеспечительная природа и последствия банкротства депонента. Является ли открытие счета эскроу обеспечением обязательства депонента перед бенефициаром?

Как принято считать, обеспечение проявляет значительную часть своего потенциала при банкротстве должника. Средства на счете эскроу автоматически не входят в конкурсную массу должника (депонента), которому открыт такой счет. Это следует из п. 4 ст. 860.8 ГК РФ, а также из ст. 131 Закона о несостоятельности (банкротстве). Согласно п. 2 последней статьи «конкурсный управляющий не вправе распоряжаться депонированным имуществом должника, являющегося депонентом по договору условного депонирования (эскроу)», и «признание должника, являющегося депонентом по договору условного депонирования (эскроу), банкротом не препятствует исполнению эскроу-агентом обязательства по передаче депонированного имущества бенефициару в целях исполнения обязательства депонента». В то же время в норме сделано исключение: «Если указанные в договоре условного депонирования (эскроу) основания передачи имущества бенефициару в течение шести месяцев с момента введения конкурсного производства не возникают, депонированное имущество подлежит включению в конкурсную массу». Данные положения применимы к договору счета эскроу, так как счет эскроу — это разновидность договора эскроу. Иначе говоря, открытие конкурсного производства само по себе не затягивает денежные средства на счете эскроу в конкурсную массу депонента, но ненаступление условий или сроков для перечисления средств бенефициару в течение шести месяцев после открытия конкурсного производства в отношении депонента приводит к тому, что денежные средства поступают в конкурсную массу. По сути, это не исключает полностью гарантийный потенциал конструкции эскроу-счета, но несколько его ограничивает.

Закрепив идею об отложенном включении депонированного имущества в конкурсную массу депонента, законодатель отреагировал на очевидную проблему, которая может возникнуть, если депонент будет ликвидирован в ходе банкротных процедур, а основания для перечисления средств бенефициару так и не наступят. Альтернативное возможное решение могло бы исключить полностью затягивание

средств на счет эскроу в конкурсную массу депонента, а удовлетворение иных кредиторов депонента обеспечить за счет включения в конкурсную массу обязательственного условного требования о возврате средств с эскроу на случай ненаступления в будущем условия для их перечисления бенефициару. Кто-либо мог бы купить такое условное требование на торгах, пусть и вряд ли цена за него была бы существенной. Это альтернативное решение усилило бы гарантийный потенциал конструкции эскроу-счета, но в ущерб интересам необеспеченных кредиторов депонента. Законодатель такое альтернативное решение отверг в качестве общего правила. Тем не менее он в качестве исключения из общего правила прибег к данному решению, желая усилить гарантийный потенциал эскроу-счета, открываемого гражданам для учета денежных средств, внесенных в счет оплаты цены по договору участия в долевом строительстве: в такой ситуации истечение какого-либо срока не приводит к затыгиванию депонированных средств в конкурсную массу депонента, признанного банкротом (п. 10 ст. 213.25 Закона о несостоятельности (банкротстве)).

Но означает ли это, что мы имеем дело с обеспечением? Ведь в отличие от поручительства или независимой гарантии, которые предоставляют обеспеченному кредитору доступ к дополнительной имущественной массе обеспечителя, не закрывая для кредитора возможность требовать погашения обеспеченного долга от изначального должника, при эскроу-счете должник, внесший деньги на счет эскроу, считается исполнившим свое обязательство (п. 5 ст. 926.1 ГК РФ), и бенефициар уже не может требовать погашения долга от депонента. Для бенефициара счет эскроу меняет фигуру должника, а не добавляет дополнительного должника. Если используется счет эскроу, значит, кредитор верит в платежеспособность эскроу-агента больше, чем в платежеспособность изначального должника, и в этом и проявляется гарантийный потенциал такой конструкции в сравнении с базовой моделью двустороннего договора, но достаточно ли этого, чтобы обозначить счет эскроу в качестве обеспечения? Как представляется, если закон в той или иной форме защищает кредитора от банкротства и депонента, и эскроу-агента, говорить об обеспечении можно. Например, такая ситуация имеет место при передаче на эскроу бездокументарных ценных бумаг, которые не входят в конкурсную массу эскроу-агента, но также автоматически не входят и в конкурсную массу депонента и остаются за рамками такой массы в течение шести месяцев после открытия конкурсного производства против депонента (п. 2 ст. 131 Закона о несостоятельности (банкротстве)). Также эскроу, видимо, можно признать обеспечением в ситуации, когда депонент и бенефици-

циар прибегают к услугам нотариуса, который учет депонированных средств осуществляет на своем публичном депозитном счете, с учетом того, что согласно законодательству о банкротстве в его интерпретации ВС РФ такой счет предоставляет нотариусу спорный с политико-правовой точки зрения приоритет в деле о банкротстве банка (см. п. 1.5 комментария к ст. 860.11 ГК РФ). Но в случае со счетом эскроу деньги, переданные банку, попадают в конкурсную массу последнего, и бенефициар по общему правилу несет риск банкротства банка. По сути, депонирование денежных средств на счете эскроу меняет для бенефициара фигуру должника (вместо депонента им становится банк), но каких-то преимуществ при банкротстве банка бенефициар не имеет. Безусловно, поскольку стороны используют конструкцию счета эскроу, значит, бенефициар исходит из того, что риск дефолта банка ниже, чем риск банкротства депонента, но достаточно ли этого, чтобы признать такую конструкцию обеспечением, не вполне ясно. Данный вопрос носит преимущественно доктринальный и в целом спорный характер с учетом некоторой неопределенности в отношении границ самого понятия обеспечения.

1.10. Порядок реализации требований бенефициара и депонента к банку. Согласно п. 1 ст. 860.8 ГК РФ, если иное не предусмотрено договором, ни депонент, ни бенефициар не вправе распоряжаться денежными средствами, находящимися на счете эскроу, за исключением случаев, указанных в настоящей статье. Если наступают основания для перечисления средств бенефициару и тот обращается к банку с требованием выплаты со счета, представляя при необходимости те или иные подтверждения возникновения у него такого права, банк обязан исполнить данное требование бенефициара (п. 3 ст. 860.8 ГК РФ). Согласно п. 3 ст. 860.8 ГК РФ банк исполняет такое требование в течение 10 дней, если иной срок не указан в договоре счета эскроу. Бенефициар имеет такое право, поскольку он является такой же стороной договора с банком, как и депонент. Но ничто не мешает сторонам установить в договоре, что банк осуществляет перечисление средств бенефициару и без предварительного предъявления им каких-либо требований, а автоматически при наступлении тех или иных условий или срока.

Согласно п. 7.15 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И по счету эскроу «право подписи может быть передано бенефициару счета эскроу на основании договора счета эскроу», и в этом случае в банк представляется карточка образцов подписей бенефициара или его представителей, «для цели оформления которой бенефициар счета эскроу рассматривается в качестве клиента банка». Надо сказать, что данное положение как будто бы исходит из того,

что договор счета эскроу заключается без участия бенефициара, а по умолчанию бенефициар не является клиентом банка. Это легко понять, ибо указанное положение было принято до 1 июня 2018 г., когда вступили в силу общие правила ГК РФ об эскроу. Правила ГК РФ о счете эскроу ни ранее, ни сейчас прямо не устанавливают, что соглашение о счете эскроу является трехсторонним, и до 1 июня 2018 г. теоретически можно было обсуждать идею о том, что договор счета эскроу заключается между банком и депонентом, а бенефициар является третьим лицом, в пользу которого данный договор и заключается (ст. 430 ГК РФ). Но с 1 июня 2018 г., когда вступила в силу норма п. 1 ст. 926.1 ГК РФ, установившая трехсторонний характер договора эскроу и применимая в полной мере к договору счета эскроу, логично говорить о том, что бенефициар по счету эскроу является стороной договора с банком и, соответственно, клиентом банка *по умолчанию*. Следовательно, банк должен идентифицировать бенефициара уже при заключении договора.

Если истекает срок депонирования, а основания для перечисления средств бенефициару не наступили, счет эскроу закрывается, а депонент получает право требовать возврата ему депонированной суммы (ст. 860.10, п. 2 ст. 926.1 ГК РФ), но это уже не будет распоряжением денежными средствами на счете (ибо счет закрыт). К правовому режиму такого требования, видимо, подлежит применению общая норма п. 5 ст. 859 ГК РФ о банковских счетах, согласно которой после расторжения договора банковского счета «остаток денежных средств на счете выдается клиенту либо по его указанию перечисляется на другой счет не позднее семи дней после получения соответствующего письменного заявления клиента».

1.11. Последствия неправомерного перечисления банком средств бенефициару. Если банк безосновательно перечислил средства бенефициару, он несет договорную ответственность перед депонентом и обязан восстановить остаток по счету или перечислить ту же сумму депоненту на иной его счет (основной долг банка), а также уплатить проценты по правилам ст. 856 ГК РФ (которая отсылает к начислению процентов по правилам ст. 395 ГК РФ в качестве неустойки и процентов за пользование капиталом, если по счету начислялись проценты) и возместить все убытки в сумме, не покрытой начисленными процентами по ст. 395 ГК РФ (подробнее об ответственности банка перед клиентом за неправомерное списание со счета см. комментарий к ст. 856 ГК РФ).

Впрочем, у депонента в такой ситуации имеется возможность заявить требование о возврате неосновательного обогащения и к бенефициару; он также может потребовать возмещения бенефициаром

убытков, если необоснованная выплата была сделана на основании безосновательного требования бенефициара.

Видимо, можно предположить, что депонент в такой ситуации может заявить один иск и к банку, и к получателю как солидарным ответчикам.

1.12. Проценты. В силу общего правила ст. 852 ГК РФ при отсутствии в договоре указания на иное банк обязан уплачивать владельцу счета проценты по согласованной ставке, а при отсутствии указания на ставку в договоре — по ставкам, обычно взимаемым по вкладам до востребования. Положения о счете эскроу не исключают применения данного правила, не противоречит последнее и существу отношений по счету эскроу. Соответственно, при отсутствии в договоре указания на начисление процентов, они подлежат начислению и, если иное не указано в договоре, ежеквартальному зачислению на счет эскроу. Если в результате таких зачислений на счете образуется «излишек», после перечисления положенной суммы бенефициару этот излишек подлежит возврату депоненту. Впрочем, такие проценты начисляются, если договор счета эскроу не предусматривает иное.

1.13. Отличия от смежных договорных конструкций. Отличие счета эскроу от обычного договора эскроу нами уже отмечалось: счет эскроу — это особая форма реализации конструкции эскроу, отличающаяся объектом депонирования (безналичные деньги) в сочетании с особым субъектом, выступающим в качестве эскроу-агента (банк).

Конструкция счета эскроу близка обеспечительному платежу, но отличается тем, что соответствующая сумма в счет будущих требований перечисляется не кредитору, который может реализовать обеспечительный механизм посредством зачета, а третьему лицу. Этот вариант обеспечения менее выгоден кредитору, чем обеспечительный платеж, так как требует от него более активных действий и возлагает на него риск уклонения эскроу-агента от перечисления средств или даже банкротства эскроу-агента (банка), но для должника он более предпочтителен, чем обеспечительный платеж, поскольку защищает его от риска банкротства кредитора и позволяет ему в такой ситуации вернуть средства при ненаступлении оснований для перечисления кредитору (ведь эскроу «раскрывается» только при наступлении соответствующих условий).

Ближайшим аналогом счета эскроу является безотзывный покрытый аккредитив, который может использоваться в тех же целях, что и договор счета эскроу. Условное депонирование (эскроу) функционально богаче аккредитива, так как может использоваться не только в отношении денег, но и в отношении вещей (включая документы

и наличные деньги) и бездокументарных ценных бумаг, а также предполагает, что услуги эскроу-агента может оказывать, по сути, любое лицо, а не только банк. Но в случае со счетом эскроу депонируются безналичные деньги, а эскроу-агентом является банк. Так в чем же отличие от аккредитива?

Договор счета эскроу следует сопоставить с безотзывным аккредитивом, покрытие по которому предоставляется самим плательщиком (вариант аккредитива, прямо в ГК РФ не урегулированный, но в силу принципа договорной свободы вполне возможный). Так, например, российские банки не первый год предлагают использовать аккредитив вместо банковской ячейки при проведении расчетов по договору купли-продажи недвижимости. Покупатель оформляет с банком договор об открытии аккредитива. Банк при открытии аккредитива просит покупателя (плательщика) внести ему соответствующую сумму в качестве «покрытия» (обычно эта сумма перечисляется банку и учитывается на каком-либо полноценном банковском счете клиента). Банк-эмитент одновременно является и исполняющим банком, и, следовательно, продавец после оформления перехода права собственности, предъявив этому банку соответствующие документы в подтверждение данного факта, «раскрывает» аккредитив и получает деньги с аккредитива. В чем же отличие счета эскроу от такого варианта использования аккредитива?

Аккредитив оформляется на основании соглашения между плательщиком и банком, а договор счета эскроу является трехсторонним соглашением. Это различие предопределяет ряд важных последствий. В силу того, что при оформлении аккредитива получатель средств не участвует, но при этом он является бенефициаром, чьи требования к плательщику при помощи аккредитива гарантируются, сама конструкция аккредитива не самая гибкая. Законодательство и подзаконные нормативные правовые акты (Положение о правилах осуществления перевода денежных средств, утвержденное Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П) пытаются достаточно подробно урегулировать отношения по аккредитиву, в определенной мере обеспечивая стандартизацию и формализацию данного финансового «продукта». Продавец, договариваясь с покупателем о том, что для оплаты последний откроет покрытый безотзывный аккредитив в определенном банке, должен быть уверен в том, как этот платежный инструмент будет работать. Тот факт, что договор, на основании которого открывается счет эскроу, является трехсторонним и в нем участвует бенефициар, позволяет сделать конструкцию более гибкой и учесть специфические интересы сторон. Например, стороны могут договориться о том, что

банк не будет ограничиваться проверкой представленных в подтверждение наступления условий для перевода документов по внешним признакам, а должен осуществить полноценную проверку наступления оснований для перевода (ст. 926.3 ГК РФ).

Еще одно отличие состоит в том, что раскрытие аккредитива, согласно нормам ГК РФ и банковским правилам, осуществляется при представлении бенефициаром оговоренных в соглашении об открытии аккредитива документов. Согласно п. 6.1 Положения о правилах осуществления перевода денежных средств (утв. Банком России 19 июня 2012 г. № 383-П) «при расчетах по аккредитиву... банк-эмитент... обязуется осуществить перевод денежных средств получателю средств при условии представления получателем средств документов, предусмотренных аккредитивом и подтверждающих выполнение иных его условий». О том же говорит и законодательная дефиниция аккредитива (п. 1 ст. 867 ГК РФ). Счет же эскроу в силу своей гибкости может предусматривать и автоматическое перечисление банком средств со счета эскроу указанному в соглашении бенефициару, например, при наступлении оговоренного срока.

Но куда важнее даже другое. В случае с покрытым аккредитивом мы имеем форму расчетов, поэтому если банк-эмитент, получив на свой счет сумму «покрытия» от плательщика, по какой-то причине средства бенефициару не переводит, несмотря на представление необходимых документов (например, у него отзывают лицензию и он впадает в банкротство), кредитор будет требовать оплаты от плательщика. У последнего остается долг перед кредитором, так как покрытие открытого им аккредитива путем предоставления денег банку-эмитенту не равнозначно исполнению обязательства. Как отмечено в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1999 г. № 39, «ненадлежащее выполнение банками своих обязательств по возврату средств с закрытого аккредитива не освобождает покупателя от обязанности оплатить полученный и соответствующий условиям договора товар». В отличие от этого при эскроу должник считается исполнившим свое обязательство путем внесения денег на счет эскроу в выбранном сторонами банке (п. 5 ст. 926.1 ГК РФ), и, соответственно, после депонирования бенефициар не может требовать исполнения данного обязательства от депонента, а должен адресовать свои требования исключительно банку. В этом аспекте аккредитив выгоднее бенефициару, а счет эскроу — депоненту.

1.14. Последствия замены кредитора в обязательстве о выплате денежных средств бенефициару. Так как при внесении денег на счет эскроу депонент считается исполнившим свое обязательство перед

бенефициаром и теперь для последнего должником становится банк, бенефициар уже не может уступить свое денежное требование к депоненту: последний просто уже не является должником бенефициара. Но бенефициар вполне может уступить свое требование к банку о перечислении средств со счета эскроу; кроме того, такое требование может быть продано с торгов в порядке обращения взыскания по долгам бенефициара перед собственными кредиторами (п. 3 ст. 926.7 ГК РФ), а равно перейти к правопреемникам бенефициара в формате универсального правопреемства (например, при реорганизации или по наследству). В таком случае банк, надлежащим образом уведомленный о замене кредитора, обязан перечислять средства новому кредитору.

1.15. Взаимосвязь счета эскроу и базового договора, обязательства из которого исполняются путем депонирования. Договор счета эскроу следует отличать от того договора, который связывает должника и кредитора и порождает то обязательство, исполнение которого осуществляется посредством депонирования денег на счете эскроу (далее — базовый договор). В отношениях между депонентом, бенефициаром и банком по поводу эскроу (касательно открытия счета эскроу, порядка зачисления средств на счет, перечисления их бенефициару или возврата депоненту и т.п.) условия договора счета эскроу имеют приоритет. Не продублированные в договоре счета эскроу положения базового договора между депонентом и бенефициаром по поводу этих отношений банк никак не связывают.

Если до истечения срока депонирования вероятность возникновения оснований для раскрытия эскроу в будущем отпадает (например, в силу расторжения договора), добросовестные стороны добровольно согласовывают и направляют банку волеизъявление об отказе от договора (см. комментарий к п. 1 ст. 860.10 ГК РФ), а в случае спора договор счета эскроу было бы логично расторгать в судебном порядке по правилам ст. 451 ГК РФ в связи с отпадением его цели. То же, видимо, логично применять и к случаям отпадения перспектив «раскрытия» эскроу в связи с выявлением ничтожности базового договора или признания его недействительным в судебном порядке. Вряд ли имеются основания увязывать действительность договора счета эскроу с действительностью базового договора. Даже если считать эскроу обеспечением, актуальная редакция ст. 329 ГК РФ отказалась от ранее существовавшей нормы о недействительности обеспечения при недействительности договора, обязательства по которому обеспечиваются. В случае недействительности базового договора счет эскроу может обеспечивать реституционные притязания, как это сказано в п. 3 ст. 329 ГК РФ. Вполне мыслима ситуация,

когда счет эскроу будет «обеспечивать» притязания одной из сторон на реституцию, которые могут возникнуть в случае признания базового договора недействительным. Стороны вполне могут оговорить недействительность базового договора и необходимость реституции в качестве одного из альтернативных условий для «раскрытия» эскроу. Более того, видимо, в силу п. 3 ст. 329 ГК РФ есть основания подразумевать такую роль депонированной суммы на случай выявления недействительности базового договора даже при отсутствии прямого указания на сей счет в договоре. Например, если после передачи имущества, но до снятия денег с эскроу-счета суд признает базовый договор купли-продажи недействительным, депонированная сумма превращается в обеспечение реституционного притязания продавца на возврат денежной стоимости имущества на случай его потребления, гибели или перепродажи (ст. 167 ГК РФ).

Но что, если базовый договор оказывается недействительным, а вопрос о реституции не стоит, поскольку бенефициар еще не осуществил исполнение по базовому договору? Сохранение отношений по договору счета эскроу в такой ситуации бессмысленно. Договор счета эскроу может предусмотреть досрочное закрытие счета эскроу и возврат депоненту денег на случай вступления в силу решения суда, признающего базовый договор недействительным или констатирующего его ничтожность (за исключением случаев присуждения судом реституционного притязания бенефициара к депоненту). Если такого условия в договоре счета эскроу нет, доступным инструментом досрочного прекращения договора счета эскроу по умолчанию, видимо, должно являться расторжение такого договора по правилам ст. 451 ГК РФ. Применение здесь ст. 451 ГК РФ может встретить догматическое возражение в отношении того, что ничтожность базового договора означает, что его не было изначально, а следовательно, обстоятельства с момента заключения договора счета эскроу не изменились. Но, как представляется, в данном контексте это возражение можно проигнорировать. В российском праве пока не выработан самостоятельный институт расторжения производного договора при недействительности базового договора, как и в общем отсутствует целостная доктрина связанных договоров (*linked contracts*). В таких условиях до прояснения контуров данного специфического режима расторжения производных договоров суды могут использовать правила ст. 451 ГК РФ. В любом случае автоматическая ничтожность договора счета эскроу при недействительности базового договора была бы неадекватной мерой с учетом трехстороннего характера договора счета эскроу: аннулирование договора счета эскроу было

бы крайне несправедливым по отношению к банку, так как с учетом ретроспективного характера недействительности по российскому праву это лишало бы банк прав на получение вознаграждения.

Все это может работать, только если нет оснований для признания недействительным самого договора счета эскроу.

1.16. Использование счета эскроу при долевом строительстве. Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 304-ФЗ ввел в Закон о долевом строительстве ст. 15.4, которая предусматривает использование механизма счета эскроу при внесении покупателями оплаты для строительства объекта долевого строительства¹. В 2018 г. эти положения были изменены.

На момент написания комментария Закон о долевом строительстве является единственным законом, который предусматривает случаи обязательного использования счетов эскроу. Использование счетов эскроу на момент написания настоящего текста обязательно в тех случаях, когда застройщик не уплачивает взносы в компенсационный фонд. Применение эскроу-счетов для расчетов по договорам об участии в долевом строительстве обязательно с 1 июля 2019 г., причем, за рядом исключений, даже для строительных проектов, начатых ранее (ч. 16 ст. 8 Федерального закона от 19 декабря 2018 г. № 478-ФЗ).

Можно предположить, что договоры о счете эскроу будут заключаться как договоры присоединения (ст. 428 ГК РФ), и дольщики (а возможно, даже некоторые небольшие застройщики, если таковые останутся на рынке) не смогут влиять на содержание договора о счете эскроу в той же степени, что и уполномоченный банк.

(а) Общая идеология реформы. В чем логика идеи ввести обязательность использования счетов эскроу в долевом строительстве? Ранее строительство в значительной степени финансировалось за счет беспроцентного коммерческого кредита, который застройщики привлекали у инвесторов, готовых вносить 100%-ную предоплату в обмен на обязательство застройщика построить дом к обозначенному сроку и передать соответствующее жилое помещение. Начисление процентов на период авансирования не производилось, но длительность периода авансирования и соответствующие риски банкротства застройщика или затягивания строительства закладывались в цену, которую покупатели готовы были платить. Цена квартиры на этапе строительства ниже, чем цена квартиры в уже возведенном жилом

¹ При этом сам Закон о долевом строительстве допускает привлечение денежных средств юридических лиц и индивидуальных предпринимателей не по договорам об участии в долевом строительстве.

доме. Эта, в общем-то, вполне законная с экономической и правовой точек зрения модель таит в себе значительные риски для покупателя, особенно в условиях нестабильности экономики и распространенной практики нечистоплотного ведения бизнеса в рамках несовершенной институциональной среды. Большое число покупателей оказывалось в числе обманутых дольщиков, но не готово было смириться со столь драматическим развитием событий, утратой последних (зачастую кредитных) средств и крушением планов купить жилье дешевле, чем оно стоит на рынке в виде квартир в уже построенных домах, и все громче призывало государство направить на финансирование завершения строительства брошенных застройщикам домов бюджетные средства (т.е. за счет средств, собранных со всех налогоплательщиков, возместить материализацию того риска, который они добровольно на себя приняли).

В целом данная проблема может решаться различными способами — от сохранения в силе практики долевого строительства и оставления без удовлетворения призывов обманутых дольщиков (с неминуемыми политическими рисками для правящих кругов при игнорировании ими запроса части населения на патернализм) до тотального законодательного запрета долевого строительства жилья (с неминуемым блокированием для многих граждан, готовых рискнуть, возможности приобрести жилье дешевле, чем оно стоит в готовом виде на рынке). Возможно и множество промежуточных решений, каждое из которых имеет ряд недостатков и преимуществ. Например, вполне возможно введение регулирования, подобного регулированию приобретения финансовых инструментов квалифицированными инвесторами, т.е. установить, что договоры участия в долевом строительстве могут заключать граждане, обладающие необходимым капиталом, не ниже установленной величины, или имеющие опыт высокорисковых инвестиций. Законодатель на данном этапе выбрал вариант обязательного использования счетов эскроу.

По-видимому, вводя такое жесткое правило о возможности привлечения денежных средств дольщиков только через счета эскроу, законодатель исходил примерно из следующего. Деньги от покупателей поступают не напрямую застройщику, а взаимодействующему с застройщиком банку на счета эскроу. По этим счетам проценты не начисляются (как и не начислялись они и ранее при прямом авансировании застройщика покупателями), что позволяет банку получить *de facto* бесплатное рефинансирование для кредитования застройщика. В результате банк, выступая как посредник между покупателями и застройщиком, кредитует последнего по теоретически более низкой ставке,

чем если бы застройщик получал кредит, под который в банк на счета не поступило целевое рефинансирование в виде соответствующих средств покупателей. Таким образом, банки получают возможность снижать ставку по кредиту по мере поступления средств на счета эскроу от дольщиков. Это делает для застройщика привлечение средств более дорогим, чем в случае принятого ранее прямого получения беспроцентных предоплат с покупателей для финансирования строительства, но не настолько дорогим, как если бы строительство дома от начала и до конца финансировалось за счет кредита под обычную рыночную ставку процента, в которую заложены стандартные расходы на рефинансирование. В результате цена строящегося жилья вырастет, но, по задумке разработчиков реформы, не настолько драматично по сравнению с ситуацией тотального запрета на долевое строительство. При этом надо понимать, что даже оплата всех квартир в конкретном доме путем внесения денежных средств на счета эскроу не означает полную обеспеченность кредита, выданного банком застройщику, поскольку, если такой дом не будет введен в эксплуатацию, банк по истечении срока депонирования должен будет вернуть средства дольщикам.

Что же общество выигрывает от вовлечения банков в данные отношения покупателей и застройщиков? По задумке разработчиков реформы, депонирование средств покупателей на счетах эскроу позволит обеспечить право дольщика на гарантированный возврат денежных средств в случае непередачи жилого помещения. Так что риск появления «обманутых дольщиков», оставшихся при банкротстве застройщика и без денег, и без жилья, минимизируется. Риски банкротства застройщика будут смещены на банки. В результате застройщики попадают под контроль со стороны банков за целевым расходованием выданных кредитных средств, поскольку нецелевое расходование средств, полученных от дольщиков, по общему мнению, признается главной причиной появления так называемых обманутых дольщиков. У массы граждан-покупателей нет адекватных ресурсов для контроля застройщика и мониторинга его деятельности, а у банка таких ресурсов теоретически больше. Соответственно, банк может дешевле и проще контролировать застройщика. Принятие банком риска банкротства застройщика закладывается в ставку кредита. За счет выпадения такого центрального элемента ценообразования, как стоимость рефинансирования, данная ставка оказывается ниже, чем ставка по обычному кредиту, для рефинансирования которого банк вынужден привлекать во вклады межбанковские кредиты и финансирование со стороны Банка России и платить по этим пассивам проценты, но она не становится нулевой именно в силу того, что банк закладывает в нее (помимо

ожидаемой прибыли) свои трансакционные издержки (в том числе по мониторингу и контролю) и риски банкротства застройщика.

После окончания строительства все находящиеся на счетах эскроу средства перечисляются застройщику, и тот получает возможность вернуть банку кредит, либо данные взаимные обязательства застройщика по возврату кредита и банка по перечислению застройщику депонированных средств могут быть прекращены зачетом.

Насколько эта схема финансирования долевого строительства работает, пока сказать сложно. Слишком много технических и иных вопросов остаются на данный момент нерешенными. Погружаться в анализ этой проблематики в рамках настоящего комментария к ГК РФ нет необходимости, и мы сконцентрируемся исключительно на тех частноправовых вопросах, которые связаны с правовым режимом счетов эскроу. Можно предположить, что судебная практика по спорам, связанным со счетами эскроу, будет складываться в ближайшие годы во многом применительно к счетам эскроу в долевом строительстве. Соответственно, видимо, и основные практические проблемы законной модели счета эскроу будут проявляться тоже в такого рода спорах.

(б) Требования к банкам. Правом на открытие счетов эскроу для расчетов в соответствии с Законом о долевом строительстве обладают не все банки, а только те, которые отвечают определенным критериям. Счета эскроу для расчетов в соответствии с Законом о долевом строительстве могут открывать банки, отвечающие критериям, установленным в Постановлении Правительства РФ от 18 июня 2018 г. № 697 «Об утверждении критериев (требований), которым в соответствии с Федеральным законом «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» должны соответствовать уполномоченные банки и банки, которые имеют право на открытие счетов эскроу для расчетов по договорам участия в долевом строительстве». Список таких банков публикуется на сайте Банка России в сети «Интернет».

(в) Договор о ведении счетов эскроу для конкретного застройщика. По-видимому, банки будут предлагать застройщикам конкретный и стандартный банковский продукт по ведению счетов эскроу для финансирования долевого строительства. Застройщик и банк будут заключать определенный договор организационного характера по конкретному строительному проекту.

Поскольку для каждого дольщика открывается отдельный счет эскроу, соответственно, в развитие такого организационного договора с каждым дольщиком банк будет заключать отдельный договор,

и участником каждого такого договора будет застройщик, поскольку договор счета эскроу носит трехсторонний характер.

(г) Эскроу и государственная регистрация договора участия в долевом строительстве. Договор о счете эскроу может быть заключен до государственной регистрации договора участия в долевом строительстве, однако денежные средства дольщика могут быть внесены на счет эскроу только после государственной регистрации договора участия в долевом строительстве (п. 4 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве). Это соответствует правилу Закона о долевом строительстве о том, что уплата цены договора производится после государственной регистрации договора участия в долевом строительстве.

(д) Проценты. Проценты на деньги, внесенные на счет эскроу, в соответствии с Законом о долевом строительстве не начисляются (п. 5 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве) и вознаграждение банку не выплачивается. Это связано с тем, что сама модель предполагает беспроцентное финансирование покупателем банка в целях обеспечения банку возможности предоставления более дешевого кредита застройщику. Начисление сколько-нибудь значимого процента по таким счетам повлекло бы соразмерное повышение процента по кредиту, выдаваемому банком застройщику, а значит, и удорожание строительства и, соответственно, рост цены жилья, отчуждаемого на стадии строительства.

(е) Банкротство банка. Как уже отмечалось, в отношении средств на счете эскроу не существует иммунитета в случае банкротства банка (эскроу-агента).

В то же время следует иметь в виду, что денежные средства, которые размещены на счете эскроу, открытом для расчетов по договору участия в долевом строительстве, попадают под действие Закона о страховании вкладов. Согласно ст. 12.2 этого Закона денежные средства, размещенные на счете эскроу, открытом физическим лицом (депонентом) для расчетов по договору участия в долевом строительстве, подлежат страхованию в соответствии с Законом о страховании вкладов. Размер страхового возмещения составляет не более 10 млн руб., и при этом возмещение по такому счету эскроу рассчитывается и выплачивается отдельно от возмещения по иным вкладам того же лица. Кроме того, Закон о долевом строительстве предписывает застройщику совместно с дольщиком в случае наступления в отношении банка, в котором открыт счет эскроу, страхового случая в соответствии с Законом о страховании вкладов заключить договор счета эскроу с другим уполномоченным банком. Не вполне ясно, каковы будут последствия неисполнения такой обязанности.

Иначе говоря, закон защищает депонированные средства за счет системы страхования вкладов, а не за счет ущемления прав иных кредиторов банка, что имело бы место, если бы закон предоставлял гражданам, разместившим средства на счетах эскроу, приоритет перед иными кредиторами банка (как это имеет место сейчас в отношении денежных средств, депонированных на депозитных счетах нотариуса)¹.

(ж) Переход права требования покупателя по отношению к застройщику к третьим лицам. Согласно ч. 10 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве в случае уступки участником долевого строительства, являющимся владельцем счета эскроу, прав требований по договору участия в долевом строительстве или перехода таких прав требований по иным основаниям, в том числе в порядке универсального правопреемства или при обращении взыскания на имущество должника, к новому участнику долевого строительства с момента государственной регистрации соглашения (договора) об уступке прав требований по договору участия в долевом строительстве², или с момента перехода по иным основаниям прав требований по такому договору переходят все права и обязанности по договору счета эскроу, заключенному прежним участником долевого строительства.

¹ В соответствии с п. 2 ст. 189.1 Закона о несостоятельности (банкротстве) из конкурсной массы банка банкрота исключаются денежные средства, полученные по договорам депозитных счетов нотариусов. Такое решение законодателя понимается судебной практикой как предоставление нотариусу «суперприоритета» по отношению к иным кредиторам банка (определения ВС РФ от 11 октября 2018 г. № 305-ЭС18-2878 (2), от 17 сентября 2018 г. № 302-ЭС18-4741). Если считать, что средства на депозите нотариуса заслуживают приоритетной защиты, не вполне ясно, почему средства должников — физических лиц не заслуживают такой же приоритетной защиты. Это может показаться нелогичным и несправедливым с учетом того, что сам Закон о несостоятельности (банкротстве) предоставляет приоритетную защиту гражданам в случае банкротства застройщика, поскольку обязательства застройщика перед физическими лицами прямо или косвенно связаны с осуществлением неотъемлемого конституционного права граждан на жилье. Впрочем, сама идея предоставить такой приоритет кредиторам банка по договору публичного депозитного счета представляется крайне сомнительной.

² По смыслу п. 135 приказа Минэкономразвития России от 16 декабря 2015 г. № 943 «Об установлении порядка ведения Единого государственного реестра недвижимости, формы специальной регистрационной надписи на документе, выражающем содержание сделки, состава сведений, включаемых в специальную регистрационную надпись на документе, выражающем содержание сделки, и требований к ее заполнению, а также требований к формату специальной регистрационной надписи на документе, выражающем содержание сделки, в электронной форме, порядка изменения в Едином государственном реестре недвижимости сведений о местоположении границ земельного участка при исправлении реестровой ошибки» регистрация уступки заключается в регистрации замены старого дольщика на нового дольщика, т.е. представляет собой регистрацию перехода права, а не регистрацию договора.

Этого правила нет в общих положениях о счете эскроу. Появление данного правила в контексте эскроу-счета в долевом строительстве кажется уместным.

(з) Прекращение договора счета эскроу. Закон о долевом строительстве предусматривает дополнительные основания для прекращения договора счета эскроу для долевого строительства. Одним из проявлений зависимости договора счета эскроу от основного договора являются правила ч. 7 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве, в соответствии с которыми при прекращении договора участия в долевом строительстве (т.е. при правомерном отказе от исполнения такого договора одной из сторон или при расторжении этого договора) прекращается и договор счета эскроу.

В случае прекращения договора счета эскроу по этим основаниям согласно ч. 8 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве денежные средства со счета эскроу на основании полученных уполномоченным банком в соответствии с ч. 9 указанной статьи сведений о погашении записи о государственной регистрации договора участия в долевом строительстве, содержащихся в ЕГРН, подлежат возврату участнику долевого строительства либо перечисляются на его залоговый счет, права по которому переданы в залог банку или иной кредитной организации, предоставившим денежные средства участнику долевого строительства для оплаты цены договора участия в долевом строительстве, если такое условие предусмотрено договором, заключенным между участником долевого строительства и кредитором.

При расторжении договора участия в долевом строительстве и последующем расторжении договора счета эскроу нормы об уплате процентов применяются без каких-либо изъятий. В частности, при расторжении договора участия в долевом строительстве по причине неисправности застройщика проценты, подлежащие уплате дольщику, начисляются с момента внесения денежных средств на счет эскроу (ч. 2 ст. 9 Закона о долевом строительстве).

(и) Недействительность. Признание договора участия в долевом строительстве недействительным, вообще говоря, не является основанием для прекращения договора счета эскроу или признания такого договора недействительным.

В нормах Закона о долевом строительстве нет прямого указания на то, что если договор участия в долевом строительстве является недействительным, то недействительным является и договор счета эскроу и средства на счете эскроу подлежат возврату депоненту по его требованию. Напрямую такое последствие не вытекает ни из общих норм об условном депонировании, ни из норм о счете эскроу, ни из Закона

о долевом строительстве. Между тем очевидно, что основанием для зачисления дольщиком денежных средств на счет эскроу является его обязательство из договора участия в долевом строительстве. Если такое обязательство как основание отпадает, то, как кажется, сам договор о счете эскроу тоже должен отпасть. Вряд ли здесь уместна ретроспективная недействительность договора счета эскроу, скорее, уместно его расторжение на будущее.

С учетом того, что основной задачей Закона о долевом строительстве является защита прав дольщиков — физических лиц, предусмотреть иное договором невозможно.

(к) Изменение цены. Если иное не указано в договоре счета эскроу, изменение цены договора участия в долевом строительстве не изменяет обязательства банка перед застройщиком. Законом о долевом строительстве предусмотрены случаи, когда цена договора может быть уменьшена судом по требованиям дольщика (ч. 2 ст. 7). По смыслу этой нормы при уменьшении цены обязательство дольщика изменяется по сравнению с его первоначальным обязательством. По-видимому, стороны договора о счете эскроу могут предусмотреть, что в случае уменьшения цены договора застройщику перечисляется не вся сумма, внесенная на счет эскроу, а сумма, равная уменьшенной цене, а остаток возвращается покупателю.

(л) Раскрытие эскроу. Средства со всех счетов эскроу перечисляются застройщику после ввода построенного объекта в эксплуатацию и регистрации права собственности хотя бы на один объект строительства. Передача объекта долевого строительства дольщику, вообще говоря, не требуется. Согласно ч. 6 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве средства со счета эскроу перечисляются банком застройщику после представления банку разрешения на ввод в эксплуатацию построенного объекта и государственной регистрации права собственности в отношении одного объекта долевого строительства, т.е. одной из квартир.

Это означает, что в отношении других квартир застройщик получит денежные средства не только до регистрации права собственности дольщиков на эти квартиры, но и до самой передачи этих квартир дольщикам. По-видимому, по идее законодателя, сам факт достройки объекта и введения его в эксплуатацию настолько повышает вероятность исполнения застройщиком обязательств перед дольщиками, что допускает перечисление денежных средств застройщику до исполнения его обязательства перед дольщиком, т.е. придерживается предоплатной модели договора долевого строительства, согласно которой исполнение застройщиком обязательств перед дольщиком обусловлено предварительной уплатой цены.

Вместе с тем очевидно, что принцип равенства дольщиков в данном случае несколько нарушается, так как застройщику для разблокирования средств со счета эскроу придется передать одному из дольщиков квартиру до получения оплаты от этого дольщика с целью регистрации права собственности на эту одну первую квартиру.

(м) Зачет. В принципе, банк или застройщик могут заявить о зачете по требованиям к банку перечислить застройщику средства со счетов эскроу и требованию банка к застройщику погасить кредит, если срок погашения кредита наступил. Может договор банка и застройщика, опосредующий их сотрудничество по конкретному строительному проекту, предусматривать и автоматическое зачитывание таких требований.

(н) Банкротство застройщика. Правила о банкротстве застройщика устанавливают дополнительные основания перечисления денежных средств со счета эскроу в пользу застройщика. Согласно п. 7 ст. 201.12-2 Закона о несостоятельности (банкротстве) в случае передачи участникам долевого строительства жилых помещений или передачи в соответствии со ст. 201.15-1 Закона о несостоятельности (банкротстве) недостроенного объекта новому застройщику денежные средства, внесенные дольщиками на счета эскроу, перечисляются на отдельный счет должника для удовлетворения требований отдельных залоговых кредиторов.

Это не вполне согласуется с общими правилами о счете эскроу ст. 860.7–860.10 ГК РФ, по смыслу которых основания для списания денежных средств со счета эскроу могут быть предусмотрены в ГК РФ, в самом договоре, но не в ином федеральном законе.

В то же самое время не вызывает сомнений, что законодательство о банкротстве носит специальный характер по отношению к иным нормам законодательства (абз. 10 п. 1 ст. 126 Закона о несостоятельности (банкротстве)) и по смыслу правил о банкротстве застройщика при удовлетворении требований участников долевого строительства в натуре путем передачи жилых помещений или при передаче недостроенного объекта другому застройщику такое списание денежных средств со счета эскроу в пользу должника является правильным.

(о) Истечение срока депонирования до окончания строительства. Возможны ситуации, когда в связи с истечением срока депонирования денежных средств на фоне затягивания строительства банк будет вынужден возвращать денежные средства дольщику. Очевидная практическая проблема, которая проявляется и в случае обычного счета эскроу (см. абз. 5 п. 1.3 комментария к ст. 860.7 ГК РФ), приобретает особую актуальность в связи с тем, что в соответствии с Законом

о долевом строительстве срок условного депонирования денежных средств не может превышать более чем на шесть месяцев срок ввода в эксплуатацию строящегося объекта недвижимости, указанного в проектной декларации. При этом в силу ч. 3 ст. 15.4 Закона о долевом строительстве обязанность участника долевого строительства по уплате обусловленной договором цены считается исполненной с момента поступления денежных средств на открытый в уполномоченном банке счет эскроу, что соответствует общему правилу п. 5 ст. 926.1 ГК РФ.

Таким образом, если срок передачи объекта по тем или иным причинам будет перенесен и объект долевого строительства не будет передан дольщику по истечении шести месяцев после окончания планируемого срока сдачи объекта в эксплуатацию (а такое случается очень часто), банк в силу закона должен будет возвратить дольщику депонированные на счете эскроу денежные средства. По-видимому, по отношению к дольщику — физическому лицу, приобретающему жилое помещение для личных нужд, договором не может быть предусмотрено иное в силу правил Закона о защите прав потребителей.

Но как такой возврат скажется на договорных отношениях застройщика и покупателя по договору участия в долевом строительстве? Проблем не возникает, если покупатель одновременно откажется от договора. Тогда возврат депонированных средств укладывается в логику расторжения договора. Но что, если покупатель не захочет отказаться от договора и готов подождать еще?

Адекватный правовой выход из этой ситуации неочевиден. Вряд ли в этом случае правило о том, что обязанность по уплате цены договора в момент депонирования считается исполненной (ч. 3 ст. 15.4 Закона о долевом строительстве), следует понимать таким образом, что покупатель может вернуть деньги, не отказываясь от договора и затем получить квартиру по итогам строительства бесплатно. Такое решение означало бы обязанность застройщика передавать жилое помещение дольщику в отсутствие гарантий, предоставляемых счетом эскроу. Соответственно, при возврате средств со счета эскроу долг покупателя по уплате цены восстанавливается. Но если так, то неплата покупателем цены формально дает основание застройщику отказаться от исполнения договора на основании ч. 4 ст. 5 Закона о долевом строительстве. С учетом того, что финансирование строительства жилья покупателями теперь возможно будет только в форме расчетов через счет эскроу, единственным выходом из положения при истечении шести месяцев после момента запланированного окончания строительства является переоформление условий счета эскроу. Если покупатель не переоформляет условия счета эскроу, пролонгировав

период депонирования по соглашению с застройщиком, и снимает средства со счета эскроу, но при этом не отказывается от договора участия в долевом строительстве в связи с просрочкой в сдаче квартиры, отказ от договора вправе осуществить застройщик.

Но что, если срок депонирования истекает, строительство затягивается, пролонгация срока депонирования не оформлена сторонами, но покупатель не желает снимать средства со счета эскроу? Пункт 1 ст. 860.10 ГК РФ предусматривает, что истечение срока депонирования влечет автоматическое закрытие счета, если иное не предусмотрено договором. С учетом того, что пролонгация срока депонирования требует согласия застройщика, складывается ситуация, при которой застройщик может *de facto* навязать покупателю расторжение договора участия в долевом строительстве. Это представляется не вполне нормальным: право должно учитывать интерес покупателя, желающего дождаться окончания строительства. Было бы, видимо, справедливым, если право будет лишать застройщика права вето при выражении покупателем своей воли сохранить договор участия в долевом строительстве.

Поскольку в силу закона срок депонирования средств на счете эскроу не может превышать более чем на шесть месяцев срок ввода в эксплуатацию, указанный в проектной декларации, не вполне ясно, продлевается ли этот срок автоматически в случае внесения изменений в проектную декларацию, в части срока ввода в эксплуатацию. С учетом того, что по смыслу ч. 4 ст. 15.5 Закона о долевом строительстве срок депонирования должен быть указан в договоре, вряд ли такое изменение условия договора о счете эскроу в части изменения срока депонирования возможно без согласия дольщика.

2. Смешанный договор. Согласно комментируемому пункту обязательства по договору счета эскроу могут содержаться наряду с договором счета эскроу в ином договоре, по которому эскроу-агентом является банк. Так, например, банк может выступить эскроу-агентом по комплексному договору, в рамках которого будут депонироваться не только безналичные деньги, но и ценные бумаги, которые обмениваются в рамках некоего синаллагматического договора. Деньги банк учитывает на счете эскроу, а бумаги – в рамках своего же депозитария. Согласно п. 6 ст. 926.1 ГК РФ «сторонами может быть заключен договор, на основании которого у эскроу-агента должно быть депонировано имущество, подлежащее передаче сторонами двустороннего договора друг другу (взаимное эскроу)». Видимо, комментируемая норма эту ситуацию и пытается охватить. Впрочем, даже и при отсутствии

такой нормы эта возможность в полной мере вытекала бы из общего принципа свободы заключения смешанных договоров (ст. 421 ГК РФ).

3. Вознаграждение банка. Договор счета эскроу может как предусматривать выплату банку какого-то вознаграждения за услуги, так и исключать вознаграждение. В последнем случае интерес банка состоит исключительно в привлечении денежных средств, которые позволят ему выдавать кредиты и финансировать текущие расходы. В ряде случаев депонирование крупной суммы может осуществляться на достаточно длительный срок (до пяти лет), так что оказание услуг эскроу-агента без взимания какого-то вознаграждения для банка может быть теоретически рентабельным.

Если договор предполагает выплату банку вознаграждения, оно должно выплачиваться отдельно, но не может списываться банком со счета эскроу. Соответственно, здесь правило п. 2 ст. 851 ГК РФ об обратном не применяется. Впрочем, комментируемая норма является диспозитивной, и в договоре может быть предусмотрено иное.

Согласно п. 1 ст. 926.2 ГК РФ эскроу-агент вправе требовать уплаты вознаграждения за исполнение своих обязательств, если иное не предусмотрено договором. Данная норма при ее применении к счету эскроу наталкивает на мысль о том, что в случае молчания на сей счет в договоре услуги банка как эскроу-агента должны быть оплачены, и при этом, видимо, в соответствии с правилами ст. 424 ГК РФ по обычно взимаемым ценам. Но такой подход вряд ли оправдан: в случае со счетом эскроу отсутствие каких-либо комиссий банка за услуги не делает договор безвозмездным, ибо банк получает выгоду в силу самого факта размещения клиентами денежных средств (ведь, по сути, банк привлекает заимствования). Поэтому логично исходить из того, что, если банк как профессионал ничего не указал в договоре о каких-либо комиссиях, они и не должны взиматься. Впрочем, этот вопрос, скорее, чисто теоретический.

Если договор предусматривает уплату банку вознаграждения за услуги, в силу ст. 926.2 ГК РФ обязательство депонента и бенефициара по уплате вознаграждения эскроу-агенту по общему правилу является солидарным. Но, естественно, договор может предусматривать и иное распределение бремени оплаты вознаграждения банку (например, доленое).

4. Субсидиарное применение общих правил о банковских счетах и эскроу. Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, договор счета эскроу одновременно является и особой разновидностью

договора эскроу, и особым видом банковского счета. Соответственно, общие нормы о счетах и эскроу применяются к данной конструкции субсидиарно в той степени, в которой применение таких норм не вступает в конфликт со специальными правилами о счетах эскроу или природой данной конструкции.

Например, в силу ст. 852 ГК РФ отсутствие в договоре указания на иное означает возникновение у банка по умолчанию обязанности начислить проценты на остаток по счету. В случае необоснованного списания банком средств со счета эскроу (например, в случае необоснованной выплаты депонированных средств бенефициару или безосновательного отказа в перечислении средств бенефициару) банк несет ответственность в виде уплаты процентов по ст. 395 ГК РФ согласно положениям ст. 856 ГК РФ. Применяются к договору счета эскроу и правила ст. 857 ГК РФ об охране банковской тайны.

Неприменение ряда норм о банковских счетах вытекает из прямого указания в положениях о счетах эскроу. Например, в силу п. 1 ст. 860.10 ГК РФ правило о праве банка на односторонний отказ от договора при длительной пассивности банковского счета юридического лица или индивидуального предпринимателя, установленные в п. 2 ст. 859 ГК РФ, не применяются к отношениям по счету эскроу. Кроме того, п. 3 комментируемой статьи прямо исключает применение правила п. 2 ст. 851 ГК РФ о праве банка взимать вознаграждение за свои услуги со счета клиента. Правило п. 1 ст. 859 ГК РФ о праве клиента произвольно отказаться от договора счета модифицируется в контексте счета эскроу с учетом правила п. 1 ст. 926.8 ГК РФ, согласно которому отказ от договора возможен при совместном волеизъявлении депонента и бенефициара.

В качестве примеров применимых к счету эскроу общих положений об эскроу можно отнести, в частности, нормы п. 1 ст. 926.1 ГК РФ о трехстороннем характере договора эскроу, п. 1 ст. 926.2 ГК РФ о солидарном характере обязательств депонента и бенефициара об оплате вознаграждения банку или уже упомянутое положение п. 1 ст. 926.8 ГК РФ, согласно которому депонент и бенефициар могут отказаться от договора эскроу, направив совместное уведомление об этом эскроу-агенту.

В то же время, например, правила ст. 926.4 ГК РФ об обособлении переданного на эскроу имущества от иного имущества эскроу-агента и запрете на использование данного имущества эскроу-агентом в силу природы счета эскроу не применяются, так как специфика договора счета эскроу предполагает попадание безналичных денег в полное распоряжение банка и смешение их с иными деньгами банка на его

корреспондентском счете (на счете эскроу учитывается задолженность банка по возврату или перечислению этих средств).

Статья 860.8. Ограничения по распоряжению денежными средствами и использованию счета эскроу

1. Если иное не предусмотрено договором, ни депонент, ни бенефициар не вправе распоряжаться денежными средствами, находящимися на счете эскроу, за исключением случаев, указанных в настоящей статье.

2. Зачисление на счет эскроу иных денежных средств депонента, за исключением депонируемой суммы, указанной в договоре эскроу, не допускается.

3. При возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу, банк в установленный таким договором срок, а при его отсутствии – в течение десяти дней обязан выдать бенефициару депонированную сумму или перечислить ее на указанный им счет.

4. Приостановление операций по счету эскроу, арест или списание денежных средств, находящихся на счете эскроу, по обязательствам депонента перед третьими лицами и по обязательствам бенефициара не допускается.

Комментарий

1. Ограничение свободы распоряжения средствами на счете. Из функционального назначения эскроу-счета следует, что после депонирования депонент не может давать банку распоряжения, направленные на списание средств со счета эскроу. Иначе бы вся гарантийная функция этого механизма теряла всякий смысл. Поэтому комментируемая норма, запрещающая распоряжение средствами на счете депоненту, вполне логична. Она в полной мере согласуется с правилом п. 1 ст. 858 ГК РФ, согласно которому закон или договор могут ограничивать свободу распоряжения средствами на счете. Право потребовать возврата депонированных средств возникает у депонента согласно п. 2 ст. 860.10 и п. 2 ст. 926.1 ГК РФ в случае закрытия счета эскроу (в первую очередь если основания для перечисления средств бенефициару не наступили, а срок депонирования истек), но это уже не право распорядиться деньгами на счете, а право потребовать возврата остатка после закрытия счета.

Бенефициар как сторона договора счета эскроу согласно комментируемой норме также лишен права давать банку распоряжения по счету.

Но если соответствующие основания для «раскрытия» эскроу наступают, бенефициар получает право требовать от банка перечисления денег в свою пользу (п. 3 ст. 860.8, п. 2 ст. 926.1 ГК РФ).

По сути, в силу специального характера режима счета эскроу по такому счету могут проводиться лишь операции по зачислению средств на счет эскроу от депонента или третьих лиц за депонента (но только в пределах суммы депонирования, согласованной в договоре счета эскроу) и операции по перечислению всей или соответствующей части депонированной суммы бенефициару при наступлении условий для раскрытия эскроу. Возврат депонированных средств депоненту при истечении срока депонирования не представляет собой операцию по счету, ибо производится уже после закрытия счета (п. 2 ст. 860.10 ГК РФ).

Естественно, в силу диспозитивности комментируемой нормы договор может предусматривать дополнительные основания для совершения соответствующих распоряжений по счету. Например, в договоре может быть указано, что депонент и бенефициар своим совместным волеизъявлением могут распорядиться частью депонированной суммы даже при отсутствии предусмотренных в договоре оснований для «раскрытия» эскроу, либо предусмотрено право депонента при определенных условиях снять со счета часть депонированной суммы до закрытия счета.

2. Запрет на смешение депонированной суммы с иными деньгами депонента. Комментируемая норма вполне логична. Депонированная сумма должна быть отделена от иных денежных средств депонента. Не могут на одном счете эскроу также учитываться и денежные средства, депонированные для разных бенефициаров.

Согласно классической модели, которую держал в уме законодатель, счет эскроу открывается целевым образом под исполнение одного конкретного договора между депонентом и бенефициаром, и после истечения согласованного срока или перечисления средств бенефициару он закрывается. В то же время теоретически можно представить себе эскроу-счет, открытый для исполнения обязательств по ряду контрактов, заключенных между одними и теми же лицами. Например, между сторонами может заключаться множество договоров, и стороны договариваются о том, что одна из них депонирует определенную сумму на счете эскроу в целях покрытия возможных сумм задолженности, убытков или неустойки по любому из таких договоров. Подобная конструкция, как представляется, не противоречит существу данного института.

Комментируемая норма должна толковаться таким образом, что банк не вправе зачислять на счет эскроу денежные средства депонента, превышающие сумму депонирования, согласованную в договоре. Иначе повышается угроза недобросовестного использования депонентом открытого под ту или иную сделку счет эскроу для защиты своих денежных средств от обращения на них взыскания по требованиям третьих лиц. Видимо, не вправе банк зачислять на счет эскроу и переводы третьих лиц, осуществляемые за депонента или для депонента, в той части, в которой сумма такого перевода превышает сумму депонирования.

3. Срок перечисления средств бенефициару. Комментируемый пункт устанавливает диспозитивное правило в отношении срока выплаты депонированной суммы бенефициару. Если иной срок не указан в договоре, такая выплата в форме выдачи наличных со счета или перечисления на иной счет бенефициара должна произойти в течение 10 дней.

Норма не проясняет, с какого момента должен отсчитываться данный срок. В подавляющем большинстве случаев речь может идти о моменте представления в банк требования бенефициара о «раскрытии» эскроу и тех или иных документов, подтверждающих наступление соответствующих условий. Но, в принципе, не исключена ситуация, когда договор эскроу будет предусматривать автоматическое перечисление банком депонированной суммы со счета эскроу при наступлении определенного срока или самостоятельное отслеживание банком наступления некоего условия (например, изменение тех или иных котировок) и перечисление соответствующих сумм без дополнительных напоминаний и требований со стороны бенефициара.

Как следует из текста нормы, сама выплата со счета эскроу может осуществляться как в наличной, так и в безналичной форме: бенефициар как клиент банка имеет право указать в соответствующем требовании, в какой форме он хочет получить деньги. Естественно, этот вопрос может быть решен и в самом договоре. Например, договор счета эскроу может предусматривать, что выплата со счета осуществляется исключительно в форме безналичного перечисления.

4. Защита от обращения взыскания на счет эскроу по долгам депонента или бенефициара. Как уже указывалось, депонирование приводит к временному отделению депонированной суммы от имущественной массы депонента. Точнее сказать, вместо классического права распоряжаться безналичными деньгами на ординарном банковском счете при зачислении этих денег на счет эскроу депонент вместо классического притязания в отношении остатка на банковском счете получает условное

притязание на возврат депонированной суммы, если в течение срока депонирования не наступят условия для «раскрытия» эскроу. В такой ситуации обратиться за взысканием на остаток по счету эскроу по долгам депонента кредиторы последнего не могут. А следовательно, невозможны и арест остатка по такому счету по требованиям к депоненту, и приостановление операций по счету в целях обеспечения тех или иных притязаний к депоненту (например, приостановление операций по счету в целях обеспечения налоговых претензий к депоненту). О том же, по сути, говорят п. 1 ст. 926.7 ГК РФ из общих положений об эскроу, а также ч. 1 ст. 73.3 и ч. 3.2 ст. 80 Закона об исполнительном производстве.

Но взыскание по долгам депонента может быть обращено на условное требование депонента к банку о возврате депонированной суммы на случай, если условия для раскрытия эскроу не наступают (п. 2 ст. 926.7 ГК РФ, ч. 2 ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве). Такое требование может быть продано с торгов. Естественно, это, скорее всего, произойдет с большим дисконтом, так как требование носит условный характер, и, возможно, оснований для взыскания чего-либо с должника (в данном случае – с банка) не будет. Это же условное требование, видимо, может быть и арестовано по правилам об аресте имущественных прав (если в принципе допустить возможность ареста условных требований до наступления условий). Если банк обязан вернуть остаток по счету депоненту, но на условное требование о возврате был ранее наложен арест, банк не вправе перечислять деньги на иной счет депонента в силу применения общих правил ст. 83 Закона об исполнительном производстве об аресте обычной дебиторской задолженности. При этом нет никаких сомнений в том, что требование о возврате остатка может быть арестовано в счет долгов депонента перед третьими лицами, если счет эскроу уже закрыт.

По сути, те же правила действуют и в отношении бенефициара. Как указано в комментируемой норме, а также в ч. 1 ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве по его долгам взыскание не может обращаться на депонированные на счете эскроу средства напрямую. То же касается и ареста. Вместо этого взыскание может обращаться на его договорное требование к банку о перечислении депонированной суммы при наступлении условия. Если основания для «раскрытия» эскроу еще не наступили, взыскание может быть обращено на его срочное или условное требование к банку о выплате со счета эскроу по правилам об обращении взыскания на денежные требования (п. 3 ст. 926.7 ГК РФ, ч. 3 ст. 73.3 Закона об исполнительном производстве). Но то же касается и тех ситуаций, когда основания для «раскрытия»

эскроу уже наступили. Здесь взыскание обращается на уже созревшее право требования к банку. То же касается и ареста: в силу комментируемого пункта сами деньги на счете эскроу не могут арестовываться по долгам бенефициара, но арест в силу ст. 83 Закона об исполнительном производстве может быть наложен на требование бенефициара к банку в режиме ареста дебиторской задолженности.

Логика в исключении возможности прямого обращения взыскания на депонированные денежные средства (т.е. прямое списание таких денег с этого счета) по долгам бенефициара даже после того, как основания для «раскрытия» эскроу, казалось бы, наступили, видимо, состоит в том, что выяснение вопроса о наступлении таких оснований требует нередко судебного разбирательства. Между депонентом и бенефициаром может быть спор о том, имеются ли основания для раскрытия эскроу. Впрочем, возможно, нет причин противиться прямому списанию средств со счета эскроу, если имеется судебное решение, подтверждающее право бенефициара на получение платежа со счета эскроу.

Остается только напомнить, что в силу ст. 131 Закона о несостоятельности (банкротстве) «если указанные в договоре условного депонирования (эскроу) основания передачи имущества бенефициару в течение шести месяцев с момента введения конкурсного производства не возникают, депонированное имущество подлежит включению в конкурсную массу». Эти положения, знающие, как было указано выше, и некоторые исключения (см. п. 1.9 комментария к ст. 860.7 ГК РФ), применимы к договору счета эскроу, так как счет эскроу — это разновидность договора эскроу. Иначе говоря, при ненаступлении условий или сроков для перечисления средств бенефициару в течение шести месяцев с момента открытия конкурсного производства счет эскроу закрывается, денежные средства со счета поступают на тот счет, на котором аккумулируются денежные средства должника-банкрота, и они затачиваются в конкурсную массу депонента. При этом в силу восстановления обязательства депонента перед бенефициаром последний получает право установить свое требование к депоненту на соответствующую сумму в реестре требований кредиторов.

4.1. Возможные злоупотребления. Безусловно, имеется определенный риск того, что некоторые участники оборота могут начать злоупотреблять данной конструкцией в целях защиты своих денежных средств от ординарного взыскания по требованиям третьих лиц. Для этого они могут заключать фиктивные, мнимые договоры с аффилированными третьими лицами, предусматривать депонирование на некий срок значительных денежных сумм, а далее открывать под такие мнимые

сделки столь же мнимые счета эскроу, при этом не имея реальной цели исполнить те или иные обязательства, а желая лишь создать защищенную от ординарных взысканий «кубышку». При возникновении необходимости открыть эту «кубышку» такие недобросовестные депоненты совместно с бенефициаром всегда могут расторгнуть договор счета эскроу и разблокировать деньги, но до тех пор средства будут защищены от списаний по исполнительным листам, арестов и т.п. Безусловно, открытие против депонента дела о банкротстве в конечном итоге приведет к раскрытию данной «кубышки» и возвращению денег в конкурсную массу для целей обращения на них взыскания в ходе конкурсного производства, но это только если основания для перечисления средств бенефициару не возникнут в течение шести месяцев после открытия конкурсных процедур, но в ординарных, не связанных с банкротством ситуациях деньги оказываются защищены от правомерных «атак» со стороны кредиторов депонента.

Вполне возможно, что массовых злоупотреблений механизмом счета эскроу и не будет, ибо, к сожалению, существуют куда более простые возможности недобросовестно «спрятать» денежные средства, не востребованные в операционной деятельности, от внебанкротных атак кредиторов (например, просто перевести их по фиктивным договорам на счета аффилированных третьих лиц). Но, безусловно, право должно будет научиться бороться с такими злоупотреблениями, если таковые действительно случатся. Основным инструментом борьбы должен являться институт мнимых сделок (ст. 170 ГК РФ). Впрочем, механика защиты здесь требует прояснений. Аннулировать по мнимости договор счета эскроу невозможно, если банк добросовестен, ибо мнимость предполагает порок воли у всех сторон договора, а счет эскроу — договор трехсторонний. Кроме того, аннулирование счета эскроу лишит добросовестный банк заслуженного вознаграждения, так как недействительность действует ретроспективно. Так что более перспективным и догматически правильным, видимо, является одно из двух возможных решений. Первое состоит в том, что пристав или взыскатель получают в отступление от общего правила комментируемого пункта право на обращение взыскания или наложение ареста на средства, размещенные должником на счете эскроу, доказав мнимость базового договора в рамках отдельного судебного разбирательства.

Второе состоит в том, что пристав или взыскатель получают право на иск о расторжении договора счета эскроу. В рамках такого решения, если пристав-исполнитель (или взыскатель) при обращении взыскания на имущество должника сталкивается с отсутствием достаточного объ-

ема имущества должника для обращения на него взыскания, но обнаруживает, что значительная сумма денег должника учтена на открытом им счете эскроу и имеются признаки мнимости базового договора, он подает иск о расторжении договора счета эскроу и закрытии счета, с тем чтобы далее получить возможность наложить арест или обратиться взыскание на требование депонента о возврате средств со счета эскроу. В обоснование такого иска может быть указано на ничтожность в силу мнимости базового договора, во исполнение которого открыт счет эскроу. Здесь может возникнуть вопрос о правовом основании такого иска о расторжении, подаваемого не стороной договора, а третьим лицом (приставом или взыскателем). Возможно ли расторжение договора по ст. 451 ГК РФ по иску третьего лица, или здесь логично требовать расторжения со ссылкой на ст. 10 ГК РФ? Этот доктринальный вопрос требует прояснения.

Статья 860.9. Предоставление сведений, составляющих банковскую тайну, по договору счета эскроу

Право требовать от банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, имеют как депонент, так и бенефициар.

Комментарий

Комментируемая статья кажется вполне логичной, ибо как депонент, так и бенефициар являются сторонами договора счета эскроу и клиентами банка.

Статья 860.10. Закрытие счета эскроу

1. Если иное не предусмотрено договором эскроу, закрытие счета эскроу осуществляется банком по истечении срока действия или прекращения по иным основаниям договора эскроу. Правила, установленные пунктами 1 и 2 статьи 859 настоящего Кодекса, не применяются к отношениям по счету эскроу.

2. Если иное не предусмотрено соглашением депонента и бенефициара, при расторжении договора счета эскроу остаток денежных средств перечисляется или выдается депоненту либо при возникновении оснований для передачи денежных средств бенефициару перечисляется или выдается бенефициару.

Комментарий

1. Основания для закрытия счета эскроу. Если срок депонирования истекает, счет эскроу подлежит закрытию, если сторонами не согласовано иное. Данное правило кажется вполне логичным, так как сам счет открывается строго на период, который сторонами был согласован (но не более чем на пять лет), а при отсутствии в договоре указания на срок депонирования он считается открытым на пять лет. В этой строгой срочности счета проявляется одна из важнейших особенностей конструкции счета эскроу.

1.1. Неприменение правил п. 1–2 ст. 859 ГК РФ. В силу прямого указания в комментируемой норме правила ст. 859 ГК РФ о праве клиента произвольно отказаться от договора, а также о праве банка в одностороннем порядке отказаться от договора при отсутствии операций по счету в течение двух лет не подлежат применению к счету эскроу. Это абсолютно логично. Право клиента произвольно закрыть счет исключается в силу того, что оно заменяется на правило о закрытии счета эскроу на основании волеизъявления депонента и бенефициара (см. п. 1.2 комментария к настоящей статье). Право же банка отказаться от договора при длительной пассивности счета исключается, ибо счет эскроу по своей природе носит пассивный характер, проведение по нему каких-либо расчетов, помимо перечисления средств бенефициару при наступлении основания для «раскрытия» эскроу, не предполагается.

1.2. Досрочное расторжение договора счета эскроу. Комментируемая норма не предусматривает возможность расторжения договора до истечения срока депонирования, но такая возможность упомянута в общих правилах об эскроу, которые применяются и к договору счета эскроу: согласно абз. 2 п. 1 ст. 926.8 ГК РФ «депонент и бенефициар могут отказаться от договора эскроу, направив совместное уведомление об этом эскроу-агенту в письменной форме или иным способом, предусмотренным договором эскроу». Такой отказ от договора вступит в силу согласно общим правилам ст. 165.1 и ст. 450.1 ГК РФ с момента доставки банку заявления сторон.

Игнорирование воли банка в данной ситуации кажется вполне логичным, ибо интерес банка в удержании соответствующей суммы остатка по счету на весь период депонирования должен уступать прямо выраженной воле депонента и бенефициара на прекращение отношений по эскроу. В то же время не является обязательным, но, естественно, возможно оформление расторжения и путем подписания трехстороннего соглашения с участием банка.

Вопрос о том, является ли правило абз. 2 п. 1 ст. 926.8 ГК РФ о праве депонента и бенефициара своим совместным волеизъявлением прекратить договор счета эскроу императивным, или можно допустить его диспозитивное прочтение и возможность согласования в договоре запрета на расторжение договора без согласия банка, является не вполне проясненным.

Также следует обратить внимание на то, что закон дает депоненту и бенефициару право навязать банку расторжение договора, но не упоминает возможность такого же навязывания изменений условий счета эскроу. Изменения договора счета эскроу должны быть согласованы всеми тремя сторонами в силу общих правил ГК РФ об изменении договора (п. 1 ст. 450 ГК РФ). В то же время в силу абз. 2 п. 1 ст. 450 ГК РФ «многосторонним договором, исполнение которого связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, может быть предусмотрена возможность изменения или расторжения такого договора по соглашению как всех, так и большинства лиц, участвующих в указанном договоре, если иное не установлено законом». Соответственно, договор счета эскроу может предоставлять депоненту и бенефициару право своим совместным волеизъявлением так или иначе изменить условия договора счета эскроу. Как представляется, эта возможность должна признаваться и тогда, когда депонент и (или) бенефициар не являются коммерсантами. Указание в абз. 2 п. 1 ст. 450 ГК РФ на предпринимательский характер договора, в котором можно согласовать принцип большинства при изменении договора, следует толковать ограничительно (телеологическая редукция): очевидно, что цель нормы состоит в защите неискушенных участников оборота. Если принцип большинства, закрепленный в договоре, предполагает навязывание изменения условий договора некоммерсантами коммерсанту, проблем быть не должно. В конечном итоге п. 2 ст. 310 ГК РФ допускает в такой ситуации возможность согласования одностороннего изменения условий договора; было бы странно, если бы закон блокировал здесь, по сути, идентичную возможность в контексте изменения условий договора по воле некоммерсантов и навязывание такого изменения коммерсанту (в данном случае — банку). Впрочем, эти рассуждения не слишком актуальны, так как вряд ли какой-либо банк включит в свою проформу договора счета эскроу подобное положение.

Кроме того, договор счета эскроу может расторгаться и в результате одностороннего волеизъявления депонента или бенефициара, если такая возможность согласована в договоре счета эскроу. Но здесь следует помнить о п. 2 ст. 310 ГК РФ, который не допускает согласование в договоре права на односторонний отказ от договора в слу-

чаях, когда такое право получает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, а другой стороной является лицо, такую деятельность не осуществляющее. Так, например, если депонентом является коммерсант, а бенефициаром — лицо, для которого сделка не связана с коммерческой деятельностью, договор не может давать депоненту право на отказ от договора. До сих пор в практике не прояснено, позволяет ли закон согласовывать право на отказ от договора, который заключается между лицами, коммерческую деятельность не осуществляющими. Как представляется, такая возможность должна допускаться. Если так, то в договоре счета эскроу, в котором депонентом и бенефициаром являются граждане, не выступающие в качестве предпринимателей, может быть указано на право одной из сторон на отказ от договора.

При реализации депонентом или бенефициаром права на отказ соответствующее волеизъявление должно быть доведено до сведения как банка, так и другой стороны трехстороннего договора.

Если депонентом и бенефициаром являются лица, заключающие данный договор в связи с осуществлением ими коммерческой деятельности, договор может предоставлять право на отказ от договора при наступлении определенных условий и самому банку.

1.3. Судьба договора счета эскроу при прекращении того договора, обязательства по которому исполняются путем депонирования. Вполне может сложиться такая ситуация, когда базовый договор, порождающий обязательство, исполняемое посредством депонирования на счете эскроу, прекращается досрочно (например, при правомерном отказе одной из сторон от такого договора в связи с его нарушением), что исключает саму возможность наступления оснований для «раскрытия» эскроу. Это ставит вопрос о судьбе депонированной суммы. Очевидно, что в подобной ситуации ожидать истечения срока депонирования бессмысленно. Соответственно, стороны могут в таком случае подписать совместное волеизъявление о расторжении договора счета эскроу и направить его банку. Но если одна из сторон отказывается это делать (например, не соглашаясь с прекращением базового договора), расторжение договора счета эскроу должно производиться в судебном порядке. Правовым основанием здесь, видимо, должны быть правила ст. 451 ГК РФ о расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельства; в данном случае таким изменением будет очевидное отпадение цели самого депонирования.

2. Последствия расторжения договора счета эскроу. Комментируемое правило абсолютно логично. Если договор счета эскроу правомерно

расторгается по соглашению всех его сторон или в силу адресованного банку заявления депонента и бенефициара о расторжении договора по правилам абз. 2 п. 1 ст. 926.8 ГК РФ, а также в силу одностороннего отказа депонента, бенефициара или банка от договора (если последняя возможность правомерно согласована в договоре), судьба остатка по счету определяется в зависимости от того, наступили ли к моменту расторжения договора основания для «раскрытия» эскроу. Если такие основания возникли, соответствующая сумма выплачивается бенефициару, если нет – возвращается депоненту. Если наступили основания для выплаты бенефициару лишь части депонированной суммы, бенефициару выплачивается соответствующая часть, а остальное возвращается депоненту.

Те же правила применяются и в тех случаях, когда счет эскроу закрывается не в результате расторжения договора, а в силу истечения срока депонирования (п. 2 ст. 926.8 ГК РФ).

§ 4. Публичный депозитный счет

Статья 860.11. Договор публичного депозитного счета

1. По договору публичного депозитного счета, заключаемому для целей депонирования денежных средств в случаях, предусмотренных законом, банк обязуется принимать и зачислять в пользу бенефициара денежные средства, поступающие от должника или иного указанного в законе лица (депонента), на счет, открытый владельцу счета (нотариусу, службе судебных приставов, суду и иным органам или лицам, которые в соответствии с законом могут принимать денежные средства в депозит).

Публичный депозитный счет может открываться в российских кредитных организациях, величина собственных средств (капитала) которых составляет не менее чем двадцать миллиардов рублей. В течение месяца со дня, когда владельцу публичного депозитного счета стало известно или должно было стать известно о том, что величина капитала кредитной организации составила менее указанной суммы, он обязан закрыть свой публичный счет в этой кредитной организации и перечислить все средства с него на другой свой публичный депозитный счет в другой российской кредитной организации, величина капитала которой составляет не менее указанной суммы.

2. По договору публичного депозитного счета банк не вправе контролировать соответствие операций владельца публичного депозитного счета

установленным законом правилам о депонировании, если иное не предусмотрено законом.

3. Депонирование денежных средств на публичном депозитном счете влечет за собой возникновение требования к владельцу счета в отношении этих денежных средств у лица, в чью пользу они депонированы (бенефициар). Бенефициар не вправе требовать совершения операций с денежными средствами, поступившими на публичный депозитный счет в его пользу, непосредственно от банка.

4. Бенефициар вправе потребовать от владельца счета перечисления (выдачи) бенефициару денежных средств с публичного депозитного счета по основаниям и в порядке, которые предусмотрены законом.

Комментарий

1. Природа публичного депозитного счета. До 1 июня 2018 г. позитивному праву не был известен такой специальный счет, как публичный депозитный счет. Между тем отношения по депонированию на практике имели место. Нотариусы, служба судебных приставов-исполнителей, суды открывали для целей депонирования обычные банковские счета, что в некоторых случаях приводило к нарушению прав и законных интересов лиц, в чью пользу осуществлялось депонирование, а также тех лиц, за чей счет оно осуществлялось. Поэтому в процессе подготовки реформы ГК РФ предлагалось следующее. Планировалось предусмотреть регулирование публичного депозитного счета нотариуса и суда. Оно должно было установить, что нотариусу и суду по договору может быть открыт публичный депозитный счет. По такому договору могут осуществляться только некоторые операции, оправданные целевым характером счета. На денежные средства, находящиеся на публичном депозитном счете, не может быть обращено взыскание по долгам владельца счета. Также предлагалось указать в ГК РФ, что эти средства не должны затрагиваться банкротством банка. В случае смерти нотариуса или сложения (прекращения) его полномочий предполагалось, что будет происходить сингулярное преемство по договору в пользу другого нотариуса, которому передаются дела умершего нотариуса. Тот же подход должен был применяться при упразднении или преобразовании суда. Бесспорное и безакцептное списание денежных средств с публичного депозитного счета не должно допускаться. В связи с этим защита интересов кредиторов лица, в чью пользу произведено депонирование, может быть реализована посредством обращения взыскания на его права требования к владельцу счета. Данная кон-

цептуальная модель с некоторыми изменениями была воплощена в законе посредством введения нового § 4 гл. 45 ГК РФ.

1.1. Дефиниция договора публичного депозитного счета. В абз. 1 п. 1 ст. 860.11 ГК РФ установлена легальная дефиниция договора публичного депозитного счета. Публичный депозитный счет отграничивается от других банковских счетов по своей специальной цели и особым субъектам.

Владелец публичного депозитного счета выступает, по существу, посредником между депонентом и бенефициаром. Причем эта посредническая функция носит публичный, а не частный характер, поскольку владелец счета преследует не свои частные интересы, а действует к общему благу, т.е. в широком смысле является публичным институтом. Целью договора публичного депозитного счета является юридико-техническое обеспечение депонирования, т.е. вноса обязанным лицом (депонентом) на такой специальный счет денежных средств для их передачи лицу, которому они причитаются или могут причитаться в будущем (бенефициару). Такой взнос или платеж может осуществляться депонентом по его собственной воле (например, исполнение в депозит нотариусу (п. 1 ст. 327 ГК РФ), на основании совместных волеизъявлений депонента и бенефициара (п. 4 ст. 327 ГК РФ) или принудительно (например, при взыскании долга и зачислении денежных средств на счет службы судебных приставов-исполнителей). При этом для заключения договора публичного депозитного счета не требуется, чтобы к моменту открытия счета нотариусом, приставами, судом или иным лицом, уполномоченным на открытие такого счета законом, имелся хотя бы один депонент. Договор публичного депозитного счета является консенсуальным.

По субъектному составу отношения, связанные с публичным депозитным счетом, характеризуются тем, что ординарным субъектом (но не стороной договора) здесь выступает только бенефициар, т.е. лицо, которому причитаются депонированные денежные средства. Им может быть любой правоспособный участник гражданского оборота: гражданин, любое юридическое лицо и публично-правовое образование. Два других субъекта являются специальными, т.е. на их месте может оказаться не любое лицо. Владельцем публичного депозитного счета может выступать лицо, уполномоченное на осуществление данной функции законом, т.е. субъект, осуществляющий публичную функцию. К таким лицам относятся:

- 1) суд;
- 2) служба судебных приставов-исполнителей;
- 3) нотариус;

4) иной орган или лицо, которые в соответствии с законом могут принимать денежные средства в депозит.

Как видно, данный перечень лиц не является закрытым, но его расширение недопустимо по частной воле — это допускается только закону.

Депонентом же может быть лицо, которое в силу положений закона обязано или вправе внести деньги в депозит при наступлении соответствующих обстоятельств и соблюдении определенных условий. Просто так участник оборота, не имея к тому соответствующих правовых оснований, не может депонировать средства на таком счете.

Порядок открытия публичных депозитных счетов некоторым владельцам счетов регулируется банковскими правилами (гл. 6 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И).

Публичный депозитный счет очень близок по своей природе к номинальному счету. Отличие состоит в том, что если в случае номинального счета требования к банку в отношении остатка по счету по общему правилу (за рядом изъятий) находятся в имущественной массе бенефициара (и по долгам бенефициара на эти требования обращается взыскание в силу ст. 860.5 ГК РФ), то в случае с публичным депозитным счетом сами требования к банку по счету не находятся ни в чьей имущественной массе — на денежные средства на счете не обращается взыскание ни по долгам владельца счета, ни по долгам депонента, ни по долгам бенефициара. Вместо этого взыскание по долгам депонента обращается на его обязательственное требование к владельцу счета о возврате денег, а по долгам бенефициара — на его требование к владельцу счета о перечислении средств со счета в свою пользу (п. 1 ст. 860.14 ГК РФ).

1.2. Случаи открытия публичного депозитного счета. Закон устанавливает несколько случаев, когда должен открываться и использоваться публичный депозитный счет.

Во-первых, такой счет открывается нотариусам для депонирования денег на основании ст. 327 ГК РФ (подробнее о порядке открытия такого счета нотариусу см. п. 1.3 комментария к настоящей статье).

Во-вторых, такой счет открывается судам. В соответствии с п. 1.3 Регламента организации деятельности верховных судов республик, краевых, областных судов, судов городов федерального значения, судов автономной области и автономных округов, окружных (флотских) военных судов, федеральных арбитражных судов, управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации по работе с лицевыми (депозитными) счетами для учета операций со средствами, поступающими во временное распоряжение, утвержденного Приказом

Судебного департамента при ВС РФ от 5 ноября 2015 г. № 345, на лицевые (депозитные) счета для учета операций с денежными средствами, поступающими во временное распоряжение, вносятся в том числе: а) денежные средства, являющиеся предметом залога; б) денежные средства взамен принятых судом мер по обеспечению иска (вносятся ответчиками); в) денежные средства для обеспечения возмещения судебных издержек, связанных с рассмотрением гражданского дела, арбитражного дела или административного дела; г) денежные средства в качестве встречного обеспечения при рассмотрении федеральным арбитражным судом заявлений о принятии обеспечительных мер и ходатайств с приостановлением исполнения судебного акта при их рассмотрении федеральным арбитражным судом апелляционной или кассационной инстанций; д) денежные средства на выплату вознаграждения финансовому управляющему и оплату услуг привлекаемых лиц по делам о банкротстве.

В-третьих, такой счет открывается приставам. Порядок открытия депозитного счета судебными приставами непосредственно Законом об исполнительном производстве не устанавливается, однако неоднократное указание на наличие такого счета приставов явным образом свидетельствует о наличии правомочия на его открытие.

Детальный порядок открытия депозитных счетов судов, подразделений службы судебных приставов, правоохранительных органов, нотариусов установлен в гл. 6 Инструкции Банка России от 30 мая 2014 г. № 153-И.

В-четвертых, с 3 сентября 2018 г. использование публичного депозитного счета предусмотрено Федеральным законом от 4 июня 2018 г. № 86-ФЗ «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг». Наличие такого счета у Службы обеспечения деятельности финансового уполномоченного по правам потребителей финансовых услуг вытекает из ч. 8–9 ст. 29 названного Закона. На этот счет финансовые организации должны перечислять денежные средства для покрытия возможных расходов на рассмотрение финансовым уполномоченным споров, связанных с деятельностью финансовой организации.

Законом могут быть предусмотрены и иные случаи.

1.3. Особенности открытия депозитного счета нотариуса. В ч. 4–8 ст. 87 Основ законодательства РФ о нотариате предусматривается следующее. Для целей принятия в депозит денежных средств нотариус обязан открыть публичный депозитный счет (§ 4 гл. 45 ГК РФ), зачисление на который собственных денежных средств нотариуса не допускается.

Нотариус, принявший в депозит наличные деньги, должен внести их на свой публичный депозитный счет не позднее следующего рабочего дня после дня принятия наличных денег.

Принятие нотариусом в депозит безналичных денежных средств осуществляется путем распоряжения нотариуса о принятии денежных средств на публичный депозитный счет, выдаваемого нотариусом должнику для представления должником в банк, в котором открыт публичный депозитный счет нотариуса.

Выдача либо перечисление должнику или кредитору денежных средств, находящихся на публичном депозитном счете нотариуса, и процентов, причитающихся за пользование этими денежными средствами, производится банком по распоряжению нотариуса.

Денежные средства, находящиеся в депозите нотариуса более 10 лет со дня их внесения на публичный депозитный счет нотариуса и не востребованные должником или кредитором в порядке, предусмотренном гражданским законодательством, подлежат передаче нотариусом в казну Российской Федерации на основании распоряжения нотариуса.

1.4. Соотношение с правилами ст. 327 ГК РФ о депозите нотариуса. Возникает некоторая проблема в определении границ использования применения публичного депозитного счета нотариусами.

Традиционно публичные депозитные счета использовались нотариусами для депонирования на них денежных средств, когда основания для депонирования предусмотрены законом. Пункт 1 ст. 327 ГК РФ предусматривает ряд подобных ситуаций (прежде всего просрочка по тем или иным объективным или субъективным обстоятельствам кредитора в получении денежных средств).

В соответствии с новым п. 4 ст. 327 ГК РФ в случае передачи нотариусу на депонирование движимых вещей (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичных денежных средств или бездокументарных ценных бумаг на основании совместного заявления кредитора и должника к таким отношениям подлежат применению правила о договоре условного депонирования (эскроу), поскольку иное не предусмотрено законодательством о нотариате и нотариальной деятельности. При этом, как уже указывалось выше, ст. 87 Основ законодательства РФ о нотариате предусматривает, что нотариус открывает публичный депозитный счет для целей принятия в депозит денежных средств *в случаях, предусмотренных законодательством*. Вопрос состоит в том, может ли нотариус зачислить на публичный депозитный счет деньги, полученные им не по основаниям, предусмотренным в п. 1 ст. 327 ГК РФ, а в качестве эскроу-агента для дальнейшей передачи кредитору на условиях эскроу.

Систематическое толкование норм этих двух законов, казалось бы, может позволить избежать кажущейся коллизии. Если денежные средства принимаются нотариусом не по основаниям, предусмотренным подп. 1–4 п. 1 ст. 327 ГК РФ (т.е. не по основаниям, напрямую указанным в законе), а в силу оказания нотариусом сторонам услуг эскроу-агента с получением соответствующего вознаграждения, отношения сторон подпадают под регулирование договора условного депонирования (эскроу) (гл. 47.1 ГК РФ), согласно которым (п. 3 ст. 926.6 ГК РФ) денежные средства вносятся или перечисляются (зачисляются) на открытый эскроу-агентом, не являющимся банком, на специальный *номинальный счет* для целей отделения этих средств от его собственного имущества.

В то же время с 1 июня 2018 г. Федеральным законом от 23 мая 2018 г. № 119-ФЗ Основы законодательства РФ о нотариате дополнены ст. 88.1. Данная норма предусматривает, что должник и кредитор на основании совместного заявления могут обратиться к нотариусу с заявлением о принятии, в частности, денежных средств, которые, согласно условиям данного заявления, подлежат передаче кредитору. Если же договор, предусматривающий такую передачу, удостоверен нотариально, с заявлением о принятии денежных средств нотариусом для кредитора может обратиться один должник. Трехсторонний договор при этом с участием нотариуса не заключается, но к отношениям сторон применяются правила об эскроу, за исключением изъятий, указанных в законе. При этом в качестве такого изъятия данная норма предусматривает размещение принимаемых нотариусом как эскроу-агентом денежных средств не на номинальном счете, а на публичном депозитном счете.

Иначе говоря, по действующему закону принятие денег на эскроу для нотариуса — это нотариальное действие, от которого он при получении заявлений должника и кредитора по общему правилу отказаться не может, а не результат свободного волеизъявления нотариуса, соглашающегося выступить в качестве посредника в отношениях по передаче исполнения между должником и кредитором. Это, видимо, и позволило логически объяснить, почему денежные средства депонируются не на номинальном счете (как это делают все остальные эскроу-агенты), а на публичном депозитном счете.

С таким подходом возникает одна проблема. Она состоит в том, что, как будет показано в п. 1.5 комментария к настоящей статье, публичный депозитный счет согласно законодательству в его интерпретации в судебной практике признается обладающим юридическим иммунитетом при банкротстве банка.

В результате получается, что, если эскроу-агентом выступает нотариус, он и, соответственно, должник и кредитор защищены на случай банкротства банка, а иной эскроу-агент, который открывает номинальный счет, и косвенным образом его контрагенты по договору условного депонирования оказываются в худшем положении. Если различие правовых режимов по номинальному счету и публичному депозитному счету можно попытаться каким-то образом обосновать, имея в виду интерес всего общества в надежном функционировании системы депонирования денежных средств на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ, то различие в правовом режиме сторон отношений по эскроу исключительно по такому основанию, кто является эскроу-агентом – нотариус или иное лицо (например, адвокат), обосновать достаточно сложно. Договор условного депонирования является частным делом двух лиц, они выбирают этот гарантийный механизм по собственному побуждению, тогда как депонирование на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ должник осуществляет в значительной степени вынужденным образом. По существу, нотариусы получили преимущество по отношению ко всем другим эскроу-агентам, что вызывает сомнение с точки зрения конституционного принципа равенства.

1.5. Риски банкротства банка. Проект реформы ГК РФ не предусматривал особых требований к банку. Законодатель пошел по иному пути, видимо, учитывая известные в судебной практике случаи несостоятельности банков, в которых были открыты банковские счета нотариусов. Судебная практика знает примеры, когда последующее после открытия счета нотариусу банкротство банка рассматривается через призму вины нотариуса. При его достаточной осмотрительности в выборе банка, он признается невиновным в открытии счета в таком банке (ответ № 2 в Обзоре судебной практики ВС РФ № 3 (2011), утвержденном Президиумом ВС РФ 7 декабря 2011 г.). Впоследствии Закон о несостоятельности (банкротстве) (п. 2 ст. 189.91) установил, что денежные средства на депозитном счете нотариуса не входят в конкурсную массу банка. Это законоположение было направлено на реализацию предложения исходного проекта реформы о защите средств на случай банкротства банка. Согласно ст. 860.27 ГК РФ (в ред. Проекта реформы ГК РФ) «в случае признания банка несостоятельным (банкротом) денежные средства, находящиеся на публичном депозитном счете, не включаются в имущество банка (конкурсную массу) и подлежат перечислению по указанию владельца счета на его иной публичный депозитный счет, открытый в другом банке». Эта норма была отвергнута законодателем при принятии ГК РФ, но оказалась включена впоследствии в Закон о несостоятельности (банкротстве).

Следует признать, что и исходное предложение, и его реализация ошибочны, ибо денежные средства на банковских счетах не являются имуществом банка, а фиксируют его долги и, соответственно, в конкурсную массу по определению входить не могут.

ВС РФ вывел из этой неудачной нормы, что закон таким странным образом предоставляет на случай банкротства банка привилегию нотариусам и косвенным образом тем лицам, которые вправе претендовать на выплату с депозита нотариуса или возврата депонированных сумм (Определение КЭС ВС РФ от 7 мая 2018 г. № 305-ЭС17-16841 (12)).

Каким образом реализуется иммунитет публичного депозитного счета нотариуса в его интерпретации, судом пока не установлено. Можно предположить, что, коль скоро средства на таких счетах защищены суперпривилегией владельца счета, нотариус вправе потребовать от несостоятельного банка перечисления или выдачи ему денежных средств, и эти отношения реализуются вне рамок процесса о банкротстве. Требования таких кредиторов в реестр кредиторов не включаются.

Это творческое толкование нормы Закона о несостоятельности (банкротстве), по сути, исключает очевидный абсурд, вытекающий из буквального прочтения указанной нормы данного Закона, но вызывает споры в юридическом сообществе с точки зрения политики права, ибо при таком подходе бенефициары (например, забывший о причитающихся ему деньгах кредитор, в пользу которого некий должник депонировал деньги у нотариуса) опосредованно получают на случай банкротства банка приоритет перед всеми кредиторами банка (включая работников, пострадавших от деликтов, вкладчиков в сумме, превышающей уровень застрахованности вклада, поставщиков и т.п.). Видимо, требуется более тонкое решение, балансирующее интересы разных лиц. Предоставление суперприоритета всем без исключения бенефициарам по публичным депозитным счетам нотариуса нельзя признать оправданным и справедливым. Судебная практика в будущем, возможно, нащупает такое решение.

Кроме того, следует отметить, что указанная новелла Закона о несостоятельности (банкротстве) создает иммунитет лишь для публичных депозитных счетов нотариусов, умалчивая об иных публичных депозитных счетах, что кажется крайне странным. Вопрос о том, готовы ли суды толковать эту норму в ее интерпретации ВС РФ по аналогии и к иным публичным депозитным счетам, пока открыт.

1.6. Требования к банку. Как бы ни закончилась описанная выше история, ситуацию размещения публичных депозитных счетов в проблемных банках стоит предотвращать.

В связи с этим в комментируемом пункте установлена обязанность владельца публичного депозитного счета открывать его в надежных банках, под которыми законодатель понимает такие, величина собственных средств (капитала) которых составляет не менее чем 20 млрд руб. Кроме того, владелец счета, по существу, обязан наблюдать за состоятельностью выбранного им банка. В случае, когда он узнал или должен был узнать о снижении капитала банка ниже указанной пороговой величины, он в течение месяца обязан перевести денежные средства на другой свой публичный депозитный счет в ином надлежащем банке.

Согласно ст. 34.1 Закона о банках и банковской деятельности российские кредитные организации, величина собственных средств (капитала) которых составляет не менее чем 20 млрд руб., не вправе отказать в заключении договора публичного депозитного счета нотариусу, службе судебных приставов, суду и иным органам или лицам, которые в соответствии с федеральным законом могут принимать денежные средства в депозит.

Целесообразность такого законодательного решения (ограничение субъектного состава банков) может вызывать сомнения, поскольку величина капитала сама по себе не гарантирует сохранения платежеспособности. Возможно, с учетом публичного характера деятельности владельца публичного депозитного счета имело бы смысл допускать открытие таких счетов строго в государственных банках по списку, утверждаемому Правительством РФ. Это свело бы к минимуму саму проблему, порождаемую банкротством банка.

О последствиях банкротства банка, в котором открыт публичный депозитный счет, см. п. 1.5 и 3.1 комментария к настоящей статье.

1.7. В чью имущественную массу входят деньги на публичном депозитном счете? ГК РФ не устанавливает, в чей имущественной массе (депонента, бенефициара или лица, открывшего такой счет) находятся права требования к банку в отношении денег, размещенных на публичном депозитном счете. Но из норм п. 1 ст. 860.14 ГК РФ вытекает, что они не находятся в имущественной массе ни депонента, ни бенефициара.

Более того, средства на депозитном счете нотариуса или иного спецсубъекта, наделенного законом правом открывать публичные депозитные счета, отделяются от имущественной массы данного лица. Неудивительно, что согласно ст. 87 Основ законодательства РФ о нотариате зачисление на депозитный счет нотариуса собственных денежных средств нотариуса не допускается. Тот же подход должен применяться и ко всем остальным случаям открытия таких счетов. Права на разме-

щенные на данном счете денежные средства формальному владельцу счета не принадлежат. С учетом этого на такие счета взыскание по долгам владельца счета не обращается, на что и указано прямо в п. 1 ст. 860.14 ГК РФ.

В этом последнем аспекте публичный депозитный счет напоминает счет номинальный, так как и там в силу ст. 860.5 ГК РФ размещенные на счете средства отделены от имущественной массы владельца счета, и на них по общему правилу не обращается взыскание по долгам такого лица. Но наблюдается и существенное отличие: на средства на номинальном счете по общему правилу обращается взыскание по долгам бенефициара, но этого не происходит в отношении средств, размещенных на публичном депозитном счете; здесь взыскание не обращается на депонированные средства и по долгам депонента и бенефициара (п. 1 ст. 860.14 ГК РФ). Вместо этого в имущественной массе депонента или бенефициара имеются права требования к владельцу счета о совершении соответствующего распоряжения по счету (но не напрямую к банку) (о возможной логике такого разграничения см. п. 1.1 комментария к ст. 860.1 ГК РФ).

2. Отсутствие контроля банка в отношении использования денежных средств на счете. По общему правилу банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и устанавливать другие не предусмотренные законом или договором банковского счета ограничения права клиента распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению (п. 3 ст. 845 ГК РФ). Норма п. 2 комментируемой статьи обращена к банку и должна распространяться не только на операции по счету, которые совершает сам владелец счета, но и в отношении поступающих на публичный депозитный счет денежных средств от третьих лиц. Банк не вправе вмешиваться в эти операции, как-либо препятствуя или чем-либо обуславливая операции по депонированию.

Данная норма является императивной. Возможность контролировать соответствие операций владельца публичного депозитного счета установленным законом правилам о депонировании появляется у банка только в случае, если это предусмотрено законом.

Вместе с тем представляется, что отнесение владельца счета при заключении договора к специальным субъектам, которым в соответствии с законом открываются публичные депозитные счета, подлежит проверке и контролю банком. Публичный депозитный счет не может быть открыт лицу, не имеющему на это право согласно закону.

3. Права бенефициара. Депонирование денежных средств на публичном депозитном счете осуществляется к выгоде бенефициара. Хотя

юридические основания его притязания к депоненту лежат за пределами правоотношений по счету, они получают через него связь с основанием возникновения требования к владельцу счета о выдаче депонированного. Зачисление денежных средств на публичный депозитный счет является тем юридическим фактом, с которым закон связывает возникновение такого требования у бенефициара и корреспондирующую ему обязанность владельца счета перед бенефициаром по выдаче или перечислении соответствующей суммы денежных средств.

Характер обязанности владельца публичного депозитного счета перед бенефициаром с доктринальной точки зрения может вызывать вопросы в отношении определения самой природы правоотношения, имея в виду осуществление такими владельцами счетов (судом, судебным приставом-исполнителем, нотариусом) не частной, а, скорее, публичной деятельности. Между тем в рамках правовой связи между владельцем счета и бенефициаром, видимо, в силу исключительно имущественного характера этих отношений можно говорить о возникновении своеобразного обязательственного отношения в силу закона. Бенефициар (кредитор) имеет право требовать от владельца счета (должника) совершения действий, необходимых для получения соответствующей денежной суммы. При неисполнении этой обязанности кредитор имеет право прибегнуть к судебной защите своего нарушенного субъективного гражданского права.

Несмотря на то что депонированная сумма денежных средств находится на банковском счете и причитается к выплате бенефициару, последний не имеет требования к банку, в котором открыт номинальный депозитный счет. У бенефициара возникает требование только к владельцу счета. Даже если банк допустит нарушение своей обязанности, его ответственность возникнет не перед бенефициаром, а перед владельцем счета.

3.1. Природа обязательства лица, открывшего публичный депозитный счет, перед бенефициаром и депонентом. Одним из не проясненных пока в доктрине и судебной практике вопросов является вопрос о природе и содержании обязательства нотариуса (суда или иных владельцев таких счетов) перед бенефициаром или депонентом. То, что это обязательство является имущественным, не вызывает сомнения, но следует ли его считать классическим гражданско-правовым обязательством с применением всех правил об обязательстве, учитывая публичный элемент в деятельности системы нотариата в обществе? Представляется все же более оправданным исходить из того, что, несмотря на указанный публичный аспект в деятельности владельца счета, не стоит множить бесосновательно дополнительные сущности и разумно исходить

из того, что природа этого обязательства все же является частноправовой, хотя и обладает некоторыми особыми чертами.

Содержание этой обязанности владельца счета сводится к совершению им адресованного к банку распоряжения по перечислению (выдаче) депонированных денежных средств бенефициару, а при определенных условиях – возврату депоненту. Коль скоро это обязательство владельца счета перед бенефициаром (или депонентом), общие принципы гражданского права в случае неисполнения данной обязанности, казалось бы, требуют защиты прав кредитора посредством взыскания причитающейся ему суммы, причем за счет всего имущества нотариуса, а в соответствующих случаях – за счет допустимого для обращения взыскания на имущество казны, от имени которых действуют такие образования, как суд и служба судебных приставов.

Вместе с тем сильный публичный элемент в рассматриваемых отношениях может привести к иному заключению. Владелец счета отвечает не своим имуществом, а только той суммой денежных средств, которая размещена на публичном депозитном счете. Соответственно, если права бенефициара (или депонента) на получение средств с депозитного счета нарушены, он может требовать взыскать в его пользу причитающуюся денежную сумму, но только за счет имеющихся на публичном депозитном счете денежных средств. Это следует и из п. 2 ст. 860.14 ГК РФ. Если же исполнение такой обязанности невозможно, ибо банк обанкротился, бенефициар (или депонент) вправе требовать взыскания с владельца счета убытков в части неполученного за счет средств на счете.

В отношении этих убытков, вызванных банкротством банка, теоретически может быть установлен режим строгой ответственности, не зависящей от наличия вины владельца счета в выборе банка и мониторинге его устойчивости. Это решение полностью согласуется с правилами ст. 403 ГК РФ, согласно которым должник по общему правилу отвечает за поведение третьих лиц, которых он привлек к исполнению.

Но, возможно, здесь стоит закрепить исключение из данного правила, предопределенное спецификой отношений по публичному депозитному счету. Эта специфика проявляется в том, что, в отличие от обычного должника, добровольно принявшего обязательство перед кредитором или обремененного таким обязательством в связи с деликтом или неосновательным обогащением, владелец публичного депозитного счета выполняет публичную функцию и не может уклониться от принятия денег в депозит. Возможно, с учетом этого есть основания задуматься над тем, что такая ответственность на него будет возлагаться, если не будет доказано, что в поведении данного владельца счета

при выборе банка и в дальнейшем при мониторинге его надежности не было вины.

Поскольку нотариус или иное лицо, открывшее такой счет, действует не в своем частном интересе, он обязан выбрать такой банк, надежность которого по воззрениям оборота является наилучшей. Это следует из очевидной воли законодателя, установившего формальные критерии таких банков в п. 1 комментируемой статьи. Следовательно, нарушение этой вытекающей из нормы закона обязанности должно повлечь ответственность нотариуса за умышленный или неосторожный выбор ненадежного банка, который лишь по видимости отвечает установленным критериям. Данное правило было бы логично применять не только тогда, когда счет открыт в банке, не соответствующем описанному в п. 1 комментируемой статьи критериям, или деньги не были переведены после снижения капитала банка ниже порогового значения (т.е. при наличии формальных нарушений), но и в иных случаях, в которых изначальный выбор банка или бездействие в ситуации, когда разумное лицо немедленно перевело бы средства на счет в другом банке, можно было бы признать неосторожным.

Этот вопрос о взыскании убытков, возможно, не столь актуален в свете сложившейся ситуации со сверхприоритетом (см. п. 1.5 комментария к настоящей статье), но в некоторых случаях даже такой сверхприоритет не позволит бенефициару получить все ему причитающееся (если конкурсная масса банка оказалась очень незначительной). Кроме того, само предоставление этого приоритета, как уже отмечалось, вопрос очень дискуссионный, так что не исключено, что он будет отменен.

Указанная проблематика требует более глубокого исследования на основе накопления эмпирического материала.

4. Основания и порядок предъявления требования к владельцу счета.

Требование бенефициара к владельцу счета возникает по основанию, предусмотренному законом. Таким основанием является юридический факт зачисления денежных средств на публичный депозитный счет. Обязательственное отношение между владельцем счета и бенефициаром имеет внедоговорную природу. Особой ситуацией является зачисление на публичный депозитный счет нотариуса в ситуации, когда нотариус на основании п. 4 ст. 327 ГК РФ и ст. 88.1 Основ законодательства РФ о нотариате выполняет функции эскроу-агента, т.е. действует на основании совместных волеизъявлений должника и кредитора. Но эта странная пестрота является следствием ошибочного решения допустить депонирование нотариусом, действующим

как эскроу-агент, денег не на номинальном счете, как должны делать все остальные эскроу-агенты, а на публичном депозитном счете.

Порядок перечисления (выдачи) денежных средств со счета бенефициару должен быть установлен законом. Для арбитражных судов особого порядка перечисления (выдачи) денежных средств с депозитного счета не предусмотрено. Регламент арбитражных судов на основании процессуального закона предусматривает, что выплата денежных средств, зачисленных на депозитный счет, производится на основании судебного акта, принятого арбитражным судом (п. 126 Регламента арбитражных судов, утвержденного Постановлением Пленума ВАС РФ от 5 июня 1996 г. № 7). Для судебных приставов-исполнителей этот порядок установлен в ст. 110–111 Закона об исполнительном производстве. Положения о перечислении (выдаче) денежных средств с публичного депозитного счета нотариуса предусмотрены в ст. 78 Основ законодательства РФ о нотариате.

Статья 860.12. Операции по публичному депозитному счету, совершаемые банком

1. По публичному депозитному счету на основании поручения (распоряжения) владельца счета могут совершаться операции по перечислению или выдаче депонированных денежных средств бенефициару и возврату этих денежных средств депоненту либо по его указанию другому лицу.

Совершение иных операций по публичному депозитному счету и кредитование счета (статья 850) не допускаются, если иное не предусмотрено законом.

2. Владелец публичного депозитного счета несет ответственность перед бенефициаром и депонентом за совершение операций по такому счету с нарушением правил о депонировании, установленных законом.

3. Банк не несет ответственности перед бенефициаром и депонентом за совершение операций по публичному депозитному счету на основании поручения (распоряжения) владельца счета с нарушением установленных законом правил о депонировании, за исключением случая, когда банк не исполнил установленную в соответствии с законом обязанность по контролю за использованием денежных средств на счете.

Комментарий

1. Ограничение числа возможных операций. Круг операций, допустимых по публичному депозитному счету, детерминирован целью до-

говора. Функция владельца счета сводится к тому, чтобы удовлетворить интересы депонента и бенефициара в части исполнения денежного обязательства.

Хотя в законе говорится о совершении операций на основании поручения (распоряжения) владельца счета, круг операций, совершаемых банком по этому счету, несколько шире. Более того, и те операции, которые поименованы в комментируемом пункте, на самом деле не исчерпывают перечень допустимых операций. Такое расширение числа банковских операций следует из системного толкования всех положений о публичном депозитном счете (в частности, из абз. 2 п. 1 ст. 860.12 ГК РФ), а не только из комментируемой нормы.

Одни операции совершаются на основании волеизъявления владельца счета, а другие – без непосредственного волеизъявления владельца счета. Последние тем не менее совершаются в интересе владельца счета, который имплицитно обнаруживается ввиду природы договора публичного депозитного счета, т.е. из его функциональности.

1.1. Поименованные операции. Согласно комментируемой норме по воле владельца счета (на основании его распоряжений) допускается совершать следующие операции:

1) перечисление и выдача денежных средств депоненту. Эта операция необходима, когда в допускаемом законом случае депонент вправе требовать возврата ранее депонированной у владельца счета суммы;

2) перечисление и выдача денежной суммы со счета в адрес бенефициара. Эта операция реализует основную цель депонирования – удовлетворение притязания бенефициара в отношении депонированной суммы;

3) перечисление или выдача денежных средств другому лицу по указанию депонента. Эта операция предусматривается для удовлетворения интереса депонента использовать причитающуюся к возврату с публичного депозитного счета сумму посредством направления ее в адрес другого лица (например, кредитора депонента).

1.2. Иные операции, предусмотренные законом. Абзац 2 комментируемого пункта указывает на то, что иные операции, помимо поименованных в этом законоположении, могут допускаться в случаях, предусмотренных законом.

В качестве примера можно привести операцию зачисления начисленных по публичному депозитному счету процентов на данный счет (п. 1 ст. 860.13 ГК РФ).

Другой пример – операция по перечислению владельцем счета в казну Российской Федерации соответствующей суммы денежных

средств. Эта операция, в частности, необходима для исполнения нотариусом обязанности, предусмотренной ст. 87 Основ законодательства РФ о нотариате. Согласно данной норме денежные средства, находящиеся в депозите нотариуса более 10 лет со дня их внесения на публичный депозитный счет нотариуса и не востребованные должником или кредитором в порядке, предусмотренном гражданским законодательством, подлежат передаче нотариусом в казну Российской Федерации на основании распоряжения нотариуса. Часть 7 ст. 107 Закона об исполнительном производстве предусматривает перечисление депонированных на публичном депозитном счете приставов и невостребованных средств в бюджет по истечении трех лет.

Также в ст. 86 Основ законодательства РФ о нотариате предусмотрено проведение банком следующих операций по счету:

- 1) зачисление на публичный депозитный счет вносимых нотариусом денежных средств, ранее полученных нотариусом от депонента;
- 2) зачисление на публичный депозитный счет безналичных денежных средств самим депонентом. В данном случае волеизъявление нотариуса осуществляется путем распоряжения о принятии денежных средств на публичный депозитный счет, выдаваемого нотариусом должнику для представления должником в банк, в котором открыт публичный депозитный счет нотариуса (ч. 6 ст. 87 Основ законодательства РФ о нотариате).

1.3. *Закрытый список?* По прямому указанию в законе иные операции, которые не указаны в комментируемой норме и иных законах, банк по публичному депозитному счету проводить не может. Логична ли эта попытка законодателя создать закрытый перечень операций? Очевидно, что в ряде случаев предусмотренный в законе перечень приходится расширять.

Так, буквальное толкование комментируемого пункта приводит к суждению о том, что перечисление или выдача денежных средств с публичного депозитного счета в адрес третьего лица допускаются, если указание о совершении такой операции сделано владельцу счета депонентом. Однако в силу принципа равенства необходимо применить расширительное толкование, поскольку нет никаких оснований ставить в различное правовое положение бенефициара и депонента в отношении законного интереса в перечислении причитающегося им с владельца публичного депозитного счета в адрес третьего лица. Бенефициар должен иметь такое же право на операцию в пользу третьего лица по его указанию.

Кроме того, в комментируемом пункте вовсе не указывается такая важная операция, как зачисление банком на открытый у него

публичный депозитный счет посредством принятия безналичного перевода от депонента. Статья 86 Основ законодательства РФ о нотариате предусматривает такую операцию для публичных депозитных счетов нотариусов. Не вызывает сомнений, что в отношении иных публичных депозитных счетов такая операция также должна осуществляться. Она должна подразумеваться и выводиться из указания в отдельных специальных законах на перечисление денежных средств на такой счет. Например, ч. 1 ст. 110 Закона об исполнительном производстве говорит, что «денежные средства, взысканные с должника в процессе исполнения требований, содержащихся в исполнительном документе... подлежат перечислению на депозитный счет подразделения судебных приставов». Очевидно, что упоминание перечисления подразумевает и обязанность банка по зачислению поступивших на имя владельца счета (в данном случае – службы судебных приставов) денежных средств.

1.4. Иные права владельца счета. Помимо прав владельца счета требовать от должника (банка) совершения соответствующих операций, владелец счета имеет и другие права, которые имеют все владельцы ординарных банковских счетов, например право получать информацию о состоянии счета.

1.5. Запрет на овердрафт. Как уже отмечалось, из содержания абз. 1 комментируемого пункта следует соответствующее ограничение допустимых операций по публичному депозитному счету. Однако законодатель посчитал необходимым подчеркнуть запрет на овердрафт по публичному депозитному счету. Это, видимо, потребовалось в связи с тем, что предоставление кредита по счету по своей характеристике шире понятия операции по счету. В случае с овердрафтом заключается кредитный договор, это правоотношение выходит за рамки операций по счету. Поскольку владелец публичного счета действует в публичном интересе, осуществляя деятельность не в своем частнопрововом интересе, а в интересах всего общества и всех участников гражданского оборота, потребность в кредитовании публичного депозитного счета противна его цели.

1.6. Вознаграждение банка за услуги. Первоначальный Проект реформы ГК РФ предусматривал ограничение размера вознаграждения банка за свои услуги по ведению счета. Предлагалось установить, что плата за услуги банка за совершение операций по публичному депозитному счету не может превышать сумму процентов, предусмотренных в действующей редакции ст. 860.13 ГК РФ.

Отказ законодателя от такого ограничения может провоцировать злоупотребления банков и владельцев публичных депозитных счетов.

И все же названное ограничение, хотя и не вполне явным образом, следует из п. 3 ст. 860.13 ГК РФ (см. п. 3.4 комментария к ст. 860.13 ГК РФ).

2. Ответственность владельца публичного депозитного счета. Права депонента и бенефициара защищаются законом от неправомерных действий владельца счета. Последний может быть привлечен к гражданской ответственности в случае совершения им операций по публичному депозитному счету с нарушением правил о депонировании, установленных законом. Нарушение правил может быть связано с неправомерным отказом в осуществлении операций по счету, когда в соответствии с законом владелец банковского счета был обязан совершить такие операции, но не сделал этого. Также нарушение правил может касаться сроков исполнения денежного обязательства, размера исполнения, модуса исполнения. Нарушением будет и зачисление на публичный депозитный счет собственных средств. Одним словом, владелец счета несет ответственность за любое ненадлежащее исполнение своих обязанностей, установленных законом.

Владелец банковского счета не осуществляет предпринимательскую деятельность, поэтому к нему не применяется строгий формат ответственности предпринимателей (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Ответственность владельца счета за соответствующие нарушения наступает в случае виновного действия или бездействия владельца публичного депозитного счета (п. 1 ст. 401 ГК РФ). При этом его вина презюмируется, и для освобождения от ответственности владелец счета должен доказать, что он не нарушал закон умышленно и вместе с тем не допустил со своей стороны неосторожности (п. 2 ст. 401 ГК РФ).

Поскольку закон не устанавливает никаких специальных правил относительно ответственности владельца публичного депозитного счета, такая ответственность определяется общими правилами об ответственности по обязательствам (гл. 25 ГК РФ). В частности, владелец указанного счета отвечает за убытки, причиненные управомоченному лицу, а при таком нарушении, как просрочка в подаче банку необходимых для перевода бенефициару или депоненту депонированных на счете средств, он обязан к уплате процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ.

От ответственности владельца публичного депозитного счета следует отличать его обязанность (долг). Даже если владелец не несет ответственности за совершение того или иного действия или бездействия, его долг перед бенефициаром или перед депонентом сохраняется. Размер долга определяется соответственно депонированной суммой

и начисленными по счету процентами на нее, если они причитаются бенефициару или депоненту.

3. Ответственность банка. Депонент и бенефициар не являются сторонами договорного правоотношения по договору публичного депозитного счета. Поэтому в силу принципа относительности в обязательственном праве (п. 3 ст. 308 ГК РФ) они не приобретают ни прав, ни обязанностей по этому договору. Коль скоро они не являются сторонами договора публичного депозитного счета, нарушение банком обязанностей перед владельцем счета не влечет возникновения его ответственности перед депонентом и бенефициаром. Он отвечает перед владельцем публичного депозитного счета.

Депонент и бенефициар имеют определенный интерес в том, чтобы обязательства банка по договору публичного депозитного счета исполнялись надлежащим образом, однако этот интерес не порождает непосредственной юридической связи (*vinculum juris*) между ними и банком. Этот интерес является опосредованным. Все требования депонент и бенефициар по общему правилу обращают именно владельцу счета, а не банку, против которого они требования не имеют. Владелец счета отвечает перед депонентом и бенефициаром за поведение банка по правилам ст. 403 ГК РФ.

При этом тот факт, что владелец счета не проявил неосторожность при выборе банка, не освобождает его от ответственности за неправомерное поведение банка, так как в силу ст. 403 ГК РФ должник отвечает безусловно за нарушение, произошедшее в связи с нарушениями, допущенными теми лицами, на кого он возложил исполнение своих обязательств. Здесь работает примерно та же логика, что и в ситуации, когда арестованное государственными органами имущество было передано ими на хранение третьими лицами, по вине которых оно было впоследствии утрачено: судебная практика в описанном случае допускает взыскание собственником своих убытков с казны (определения КГД ВС РФ от 26 сентября 2017 г. № 88-КГ17-8, от 14 апреля 2015 г. № 14-КГ15-1; п. 4 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.; Определение КЭС ВС РФ от 12 декабря 2014 г. № 309-ЭС14-2903; постановления Президиума ВАС РФ от 16 апреля 2013 г. № 17450/12 и от 27 июля 2010 г. № 13466/08). После возмещения депоненту или бенефициару их убытков, вызванных нарушением владельцем счета его вытекающих из закона обязательств перед ними, владелец счета может предъявить требование к банку о возмещении убытков в связи с нарушением договорных обязательств банка перед владельцем счета, тем самым компен-

сировав уплаченное депоненту или бенефициару. При ином подходе освобождение владельца от ответственности со ссылкой на отсутствие его вины в выборе лица, на которого им было возложено исполнение (в данном случае — банка), приводило бы к тому, что депонент или бенефициар не могли бы возместить свои убытки в принципе, а истинный виновник (банк) ушел бы от ответственности за свое неправомерное поведение.

Несмотря на то что комментируемая норма в своей гипотезе обозначает ответственность за совершение операций по публичному депозитному счету на основании поручения (распоряжения) владельца счета, банк не несет ответственности перед депонентом и бенефициаром также и за те операции, которые он совершает (или, напротив, отказывается совершать) без непосредственного поручения (распоряжения) владельца счета. Это следует из принципа относительности в обязательственном праве. Так, например, если депонент по указанию владельца счета перечисляет соответствующую сумму на его публичный депозитный счет, а банк неправомерно ее не принимает и не зачисляет на счет, ответственность банка возникает перед владельцем счета, но не перед депонентом или бенефициаром. Что касается последних, то в случае если их права оказываются нарушенными, они могут предъявить требования к владельцу счета, а последний, в свою очередь, к банку. Точно так же позиционируются отношения сторон, если, например, банк перечислит соответствующую сумму с публичного депозитного счета в адрес третьего лица, а не в адрес бенефициара в соответствии с поручением владельца счета.

3.1. Ответственность банка в случае нарушения им обязанностей по контролю. Комментируемый пункт устанавливает, что в отступление от общего указанного выше правила банк все же становится ответственным перед депонентом и бенефициаром, если он нарушил свои обязанности по контролю за использованием денежных средств на таком счете. Это исключение требует пояснений.

По общему правилу банк не вправе контролировать использование денежных средств на счете (см. п. 2 комментария к ст. 860.11 ГК РФ). Однако в соответствии с п. 2 ст. 860.11 и п. 3 ст. 860.12 ГК РФ законом может быть предусмотрена обязанность банка контролировать использование денежных средств на публичном депозитном счете.

Указанные нормы несколько по-разному определяют предмет банковского контроля. Если первая из них (п. 2 ст. 860.11 ГК РФ) обозначает предмет контроля банка как соответствие операций владельца счета установленным законом правилам депонирования, то вторая (п. 3 ст. 860.12 ГК РФ) обозначает эту обязанность шире: контроль

за использованием денежных средств на счете. Это разночтение может порождать вопрос о допустимых границах соответствующего контроля. Поскольку обязанность по контролю устанавливается в соответствии с законом, именно суды и должны определять границы такого банковского контроля. При этом указанное разночтение, возможно, установлено в целях законодательной экономии и в связи со стремлением законодателя не создавать громоздких норм, в которых повторяются одни и те же термины, образуя нежелательные для закона длинноты.

Теоретически контроль банка за действиями суда, судебного пристава-исполнителя, нотариуса или иных лиц, которые в силу закона открыли публичный депозитный счет, выглядит избыточным механизмом, поскольку действия этих субъектов предполагаются законными, а в случае нарушения закона публичное и частное право предусматривают специальные правила об их ответственности и о возмещении причиненного ими вреда. Тем не менее комментируемая норма предполагает ответственность банка перед депонентом или бенефициаром на случай нарушения банком обязанности по контролю, установленной законом. Учитывая, что перечень субъектов, которым может открываться публичный депозитный счет, не является закрытым и закон может уполномочить и других лиц или государственные органы выступать в качестве владельцев публичных счетов, гипотетически возможна и такая модель отношений, в которой дополнительный банковский контроль будет уместным. Но пока нам неизвестно о случаях установления в законе такого дополнительного контроля.

Банковский контроль за операциями владельца публичного депозитного счета, по существу, создает двойную защиту интересам депонента и бенефициара: их интересы и права должен блюсти сам владелец счета, а банк контролирует целевое использование денежных средств, что косвенным образом также идет им на пользу, предотвращая возможное нарушение их прав владельцем публичного депозитного счета. Гражданскому законодательству известны случаи, когда банки контролируют финансовую активность своих клиентов (ковенанты в кредитных договорах, защита интересов дольщиков по договору банковского счета застройщика и пр.). Однако надо признать, что такой контроль может повлечь негативные экстерналии, поскольку банк вмешивается в деятельность своего клиента, что чревато необоснованным вторжением в частные дела или нежелательным вторжением в публичную компетенцию госоргана. Система норм законодательства об участии в долевом строительстве, в том числе использующая эскроу-счета, как раз и является примером избыточного вмешательства одного лица (банка) в предпринимательскую деятельность другого лица (застрой-

щика). При этом такой легальный интервент не несет ответственности перед контрагентами контролируемого лица, определяя вместе с тем в известной степени его поведение. Это приводит к девиации подобных моделей, порождающей противоречие с принципом ответственности каждого за свои действия. В том гипотетическом случае, когда банк уполномочен законом контролировать использование денежных средств на публичном депозитном счете органа власти, будет иметь место ограничение компетенции госоргана частным лицом (банком), что представляется малосообразным с принципом разделения права на частное и публичное.

Поскольку размер ответственности комментируемой нормой не установлен, подлежат применению общие положения гражданского права об ответственности за нарушение обязательства (гл. 25 ГК РФ). Соответственно, банк подлежит ответственности в виде возмещения убытков, возникших у бенефициара или депонента, из-за нарушения обязательства банка по контролю в использовании денежных средств. Поскольку эта обязанность банка не является денежным обязательством, при ее нарушении банк не подлежит ответственности по ст. 395 ГК РФ.

В принципе, правило ст. 403 ГК РФ о том, что должник всегда отвечает за действия привлеченных им третьих лиц, содержит оговорку о том, что законом могут быть установлены случаи, когда такую ответственность третьи лица несут непосредственно перед кредиторами должника, возложившего на них исполнение. В комментируемой норме мы имеем одно из таких исключений, распространяющееся только на ситуации нарушения банками своих обязанностей по контролю (но не иных обязательств по договору публичного депозитного счета).

Теоретическая разработка таких исключений из правила относительности обязательственной связи в российском праве практически отсутствует. Получается, что закон допускает ответственность должника по договорному обязательству (в данном случае — банка) не перед своим непосредственным договорным кредитором (владельцем счета), а перед кредиторами этого кредитора (т.е. депонентом или бенефициаром). Здесь теоретически возможны три догматических объяснения этого законодательного феномена.

Во-первых, можно исходить из того, что мы здесь имеем необычный институт договора, заключенного в пользу третьих лиц *частично* (ст. 430 ГК РФ): такие третьи лица не имеют прямых требований к банку в отношении исполнения его основных обязательств по переводу денег на счете (поскольку такие требования к банку всегда предъявляет владелец счета и никогда бенефициар или депонент), но имеют право

требовать от банка исполнения своего обязательства по контролю. Иначе говоря, депонент и бенефициар (а не владелец счета) являются кредиторами банка в отношении данной конкретной обязанности, так как договор счета в части этой обязанности считается заключенным в их пользу. При нарушении данной обязанности у депонента или бенефициара появляется возможность предъявить банку прямые требования о возмещении своих договорных убытков.

Во-вторых, возможно и иное объяснение: такой договор не является заключенным в пользу третьего лица даже частично и ст. 430 ГК РФ здесь не применяется, но договор имеет охранительный эффект в отношении третьих лиц, давая им право предъявить договорный иск о возмещении убытков при нарушении банком одной указанной договорной обязанности, не находясь при этом с банком в прямом обязательственном отношении. Конструкция договора с охранительным эффектом в отношении третьих лиц в российском праве не разработана, но известна праву ряда зарубежных стран (например, Германии).

В-третьих, можно объявить, что такая ответственность банка вовсе не носит договорный характер, а является деликтной с применением к ней правил гл. 59 ГК РФ. В такой ситуации мы имеем дело с легализованным в законе примером взыскания деликтным иском так называемых чистых экономических убытков (т.е. убытков, не являющихся следствием причинения физического вреда вещам пострадавшего или его здоровью либо иным его абсолютным правам).

Какое из объяснений (одно из указанных или, возможно, некое иное) должно быть принято нашим правом, вопрос дискуссионный.

Статья 860.13. Проценты за пользование банком денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете

1. За пользование денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете, банк уплачивает проценты, сумма которых зачисляется на счет.

2. Проценты, указанные в пункте 1 настоящей статьи, уплачиваются банком в размере, который обычно уплачивается банком по вкладам до востребования (статья 838), если иной размер процентов не предусмотрен договором публичного депозитного счета.

3. Выплата депонированных для бенефициара денежных средств, а также их возврат депоненту осуществляется с учетом уплаченных или подлежащих уплате банком процентов за период с момента поступления

депонированных денежных средств на публичный депозитный счет до их выплаты бенефициару или возврата депоненту за вычетом вознаграждения, причитающегося банку по договору публичного депозитного счета.

Комментарий

1. Проценты. До 1 июня 2018 г. вопрос о начислении процентов на депонированную на банковском счете сумму денежных средств не был урегулирован в законодательстве. Следовательно, владельцы таких банковских счетов вольны были сами решать, разместить ли соответствующие денежные средства под проценты (например, заключив с банком договор о вкладе до востребования) или на обычный банковский счет с исключением начисления процентов. Какой-либо эмпирики о практике, сложившейся до реформы ГК РФ, не имеется. Между тем можно предположить, что соответствующие субъекты открывали ординарные банковские счета, проценты по которым не выплачивались. Такое положение дел может объясняться тем обстоятельством, что у таких владельцев счетов не было интереса в получении процентов по счету для себя, поскольку они действовали в публичных интересах или интересах третьих лиц, а не в собственных (частных) интересах. Поскольку ни бенефициар, ни депонент не имеют правовых и фактических возможностей определять условия договора о банковском счете, на котором размещаются депонированные денежные средства, их частный интерес в отношении процентов никак не учитывался.

В силу описанных причин банк, получая выгоду от размещения на счетах владельцев соответствующих денежных средств, не был обязан ни к какому денежному предоставлению в пользу владельца счета. Соответственно, не получали прироста на капитал ни бенефициар, ни депонент (последний в случае возврата депонированного). Это противоречило презумпции возмездности договорных отношений. Ясно, что ни бенефициар, ни депонент, ни владелец счета не имеют намерения одарить (облагодетельствовать) банк, т.е. у них нет *animus donandi*. Поэтому правопорядок должен был исправить такую ситуацию, что и было сделано в комментируемой статье.

Из текста и целей п. 1 ст. 860.13 ГК РФ следует, что данная норма является императивной в отношении обязанности банка уплачивать проценты, но не в отношении их размера (см. комментарий к п. 3 настоящей статьи). Стороны договора публичного депозитного счета не вправе договориться о том, что банк не обязан к уплате процентов. Такое условие будет являться ничтожным, поскольку нарушает права третьих лиц (депонента и бенефициара). Кроме того, из данной нормы

следует, что обязанность банка по уплате процентов возникает на основании закона (а не на основании договора). Для возникновения такой обязанности должен быть накоплен определенный фактический состав, состоящий из двух юридических фактов: первый юридический факт – заключение договора публичного депозитного счета, второй – наличие денежных средств на счете.

Суммы процентов, как и во всех других правовых режимах процентных банковских счетов, зачисляются на публичный депозитный счет. Теоретически можно помыслить такое соглашение между владельцем счета, согласно которому проценты подлежат перечислению на другой счет владельца счета с сохранением прав бенефициара или депонента в отношении них. Однако едва ли такое условие диктуется потребностью владельца счета и банка.

2. Размер процента. Поскольку предыдущий пункт комментируемой статьи императивно предусматривает обязанность банка уплачивать проценты, начисленные на суммы денежных средств, находящихся на публичном депозитном счете, с неизбежностью требуется тем или иным образом определить размер процентов. В гражданском праве размер процентов определяется либо договором, либо законом. В первоначальном Проекте реформы ГК РФ предусматривалось, что проценты, указанные в п. 1 ст. 860.13 ГК РФ, уплачиваются банком в размере, обычно уплачиваемом банком по вкладам до востребования (ст. 838 ГК РФ). Норма могла бы толковаться как императивная. В действующей редакции эта норма буквально определена как диспозитивная.

Диспозитивность нормы о размере процентов вызывает сомнения с политико-правовой точки зрения. Как уже отмечалось, договор публичного депозитного счета имеет ту особенность, что владелец такого счета действует не столько в частноправовом пространстве, сколько в публично-правовом. Он не имеет стимула заботиться о приумножении капитала, причитающегося депоненту и бенефициару. Поэтому автономия воли владельцев счета должна быть ограничена, чтобы обеспечить минимальную защиту интересов заинтересованных лиц (депонентов и бенефициаров). Кроме того, это необходимо для обеспечения объективно равного правового положения таких лиц. Когда всем владельцам публичного депозитного счета начисляются одинаковые проценты, обычно уплачиваемые банком по вкладам до востребования, правовое положение заинтересованных лиц является равным. Кроме того, денежные средства на публичном депозитном счете, равно как и причисленные проценты, причитаются не самому владельцу счета, а заинтересованным лицам. В этом смысле владелец

такого счета в силу закона действует в чужом интересе. Поэтому если владелец счета, например, согласует с банком более низкий процент по счету, то он нарушит права заинтересованных лиц, ибо они получают меньше денежных средств.

Изложенное позволяет заключить, что у правоприменителя есть все основания для ограничительного толкования комментируемого пункта, т.е. рассматривать данную норму о размере процентов как частично императивную. Согласно судебной доктрине толкования норм ГК РФ о свободе договора, если норма содержит прямое указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, суд, исходя из существа нормы и целей законодательного регулирования, может истолковать такое указание ограничительно, т.е. сделать вывод о том, что диспозитивность этой нормы ограничена определенными пределами, в рамках которых стороны договора свободны установить условие, отличное от содержащегося в ней правила (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

При таком толковании п. 2 ст. 860.13 ГК РФ означает, что проценты, указанные в п. 1 данной статьи, уплачиваются банком в размере, который обычно уплачивается банком по вкладам до востребования (ст. 838), если *более высокий размер* процентов не предусмотрен договором публичного депозитного счета. Понижать размер процентов недопустимо.

Иной подход, который дает полную свободу определения размера процентов по договору публичного депозитного счета, может спровоцировать недобросовестных владельцев таких счетов и банки согласовать меньший размер процентов и обратить выгоду к своей пользе.

Ограничительное толкование и применение этой нормы должно, соответственно, давать заинтересованным лицам (депоненту и бенефициару) право требовать от владельца счета уплаты процентов в размере, который обычно уплачивается банком по вкладам до востребования, независимо от условия договора о меньшем размере процентов. Кроме того, заинтересованные лица вправе требовать возмещения причиненных убытков, а если неправильное определение размера процентов привело к незаконному пользованию чужими денежными средствами, они вправе требовать уплаты процентов по правилам ст. 395 ГК РФ.

3. Учет процентов при перечислении депонированных средств бенефициару или депоненту. Поскольку законодатель установил в императивной норме обязанность банка уплачивать проценты по счету, требуется определить период, за который подлежат начислению и уплате проценты за пользование денежными средствами. Исходя из цели договора

публичного депозитного счета, этот период интуитивно понятен: он простирается от момента зачисления депонированных денежных средств на публичный депозитный счет до их списания. Поскольку в зависимости от обстоятельств денежные средства подлежат либо перечислению (выдаче) бенефициару, либо возврату (перечислению или выдаче) депоненту, период окончания начисления процентов определяется, соответственно, получением одним из надлежащих субъектов соответствующих сумм.

3.1. Соотношение с правилами ст. 327 ГК РФ. Комментируемая норма в той части, в которой она применяется при депонировании исполнения по обязательству в депозит нотариуса, имеет некоторую логическую связь с п. 3 ст. 327 ГК РФ. Последняя норма имеет существенный дефект, поскольку из ее буквального толкования следует, что проценты начисляются и подлежат выплате только при возврате соответствующей суммы денежных средств депоненту. Таким образом, законоположение устанавливает неравенство прав бенефициара и депонента. Последний при буквальном прочтении нормы вправе претендовать на уплату процентов, а бенефициар — нет. Это неравенство обоснованно устранено судебным толкованием, из которого следует, что проценты по депонированным средствам причитаются тому, кому следует капитальная сумма (сумма депонированных денежных средств). Юридическая судьба процентов определяется юридической судьбой капитальной суммы депонированного. Соответственно, если депонированная сумма в соответствии с законом возвращается депоненту, проценты получает он; если же депонированная сумма следует бенефициару, он же и получает проценты. Таким образом, неконституционное положение п. 3 ст. 327 ГК РФ потребовало расширительного толкования этой нормы (п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Для комментируемой же нормы такого вмешательства судебной власти не требуется, поскольку она верно определяет правило об уплате процентов в зависимости от субъектного состава.

3.2. Судьба уплаченных процентов. Комментируемый пункт содержит не совсем ясное указание на то, что при соответствующем распоряжении денежной суммой учитываются уплаченные или подлежащие уплате банком проценты. Установление подлежащих уплате процентов не вызывает особой сложности, поскольку они определяются арифметическим способом за период их начисления с момента зачисления соответствующей суммы на публичный депозитный счет и до их списания со счета. Сложнее обстоит дело с раскрытием понятия «уплаченные проценты». В контексте методологии банковских процентных счетов можно предположить, что указанное понятие сформулировано для

такой ситуации, когда в период нахождения депонированной суммы на публичном депозитном счете проценты выплачиваются лицу, которое признано уполномоченным на получение капитальной суммы, а соответственно, и на получение процентов, до того, как в его пользу перечислена сама капитальная сумма. Соответственно, когда капитальная сумма списывается со счета и перечисляется уполномоченному бенефициару (или возвращается депоненту), к ней не добавляются уже уплаченные этому же лицу ранее проценты. Однако данное положение настолько очевидно, что маловероятно преследование законодателем именно такой цели регулирования. В то же время неочевидно, в каких же случаях законные интересы того или иного лица в данных отношениях могут удовлетворяться за счет предшествующей выплаты капитала платежом процентов на них (т.е. когда проценты идут вперед капитальной суммы).

Уплата процентов до списания капитальной суммы кажется мало реалистичной для правового режима депонированной суммы. Во многих случаях до возникновения юридического факта, который влечет созревание требований бенефициара или депонента, юридическая судьба причитающегося по счету находится в неопределенности, поскольку не всегда ясно, кто же в конечном счете получит право требовать уплаты денежной суммы с публичного депозитного счета. Например, если в депозите суда находится сумма, обеспечивающая возмещение убытков из-за принятия обеспечительных мер, субъект притязания на депонированную сумму не может быть определен до исхода судебного спора. Поэтому выплата процентов невозможна вследствие неопределенности уполномоченного на их получение субъекта.

3.3. Учет вознаграждения банка. Комментируемый пункт содержит указание на то, что выплата причитающегося депоненту или бенефициару осуществляется за вычетом вознаграждения, причитающегося банку по договору публичного депозитного счета за проведение тех или иных допускаемых законом операций. Из этого положения следует, что банку причитается вознаграждение, а его размер в силу общего правила ст. 851 ГК РФ ничем не ограничен. Изначальный Проект реформы ГК РФ предусматривал ограничение размера вознаграждения для данного вида счета размером причитающихся владельцу счета процентов за пользование банком денежными средствами, находящимися на счете (см. п. 4 комментария к ст. 860.12 ГК РФ). В итоговой редакции эта идея не была реализована.

Такой подход законодателя может привести к злоупотреблениям недобросовестных владельцев публичных депозитных счетов и банков, когда по их свободному от ограничений волеизъявлению размер воз-

награждения банка за операции по зачислению или списанию (а также принятию наличных или их выдаче) может быть установлен достаточно высоким, чтобы не только поглотить все причисленные к счету проценты, но и урезать саму капитальную сумму, которая была депонирована. Данное злоупотребление, конечно, не должно поддерживаться правоприменителем, и в этом случае подлежит применению та же методология, которая применима к недобросовестно согласованным заниженным размерам процентов, причитающихся заинтересованным лицам (депоненту и бенефициару) (см. п. 2 комментария к настоящей статье).

3.4. Механизм вычета. Законодатель в части правомочия банка на получение вознаграждения использует термин «вычитается» в том смысле, что это арифметическое действие должно быть предварительно применено к сумме списания со счета. Иными словами, прежде чем выплатить соответствующую сумму со счета, из нее должна быть исключена сумма вознаграждения банка за ведение публичного депозитного счета. Использование такого термина вызывает вопрос о правовой природе такого «вычитания». По сути, речь идет о безакцептном списании со счета суммы, составляющей долг клиента по оплате услуг банка. О таком же, по сути, взимании оплаты услуг банка говорит и п. 2 ст. 851 ГК РФ в общих положениях о банковских счетах («плата за услуги банка... может взиматься банком по истечении каждого квартала из денежных средств клиента, находящихся на счете») (подробнее о природе этого механизма см. комментарий к п. 2 ст. 851, к ст. 853 ГК РФ).

Статья 860.14. Распоряжение денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете

1. Арест, приостановление операций и списание денежных средств, находящихся на публичном депозитном счете, по обязательствам владельца счета перед его кредиторами и по обязательствам бенефициара или депонента не допускаются. Взыскание по обязательствам бенефициара или депонента может быть обращено на их право требования к владельцу счета.

2. В случае неисполнения владельцем счета предусмотренной законом обязанности по выдаче или возврату депонированных денежных средств бенефициар или депонент вправе потребовать от владельца счета совершения соответствующих действий в судебном порядке.

Комментарий

1. Иммунитет публичного депозитного счета. Отношения по договору публичного депозитного счета складываются по поводу причитающихся бенефициару зачисленных владельцу счета денежных средств за счет депонента. Денежные средства на публичном депозитном счете имеют целевой характер и не предназначены для других лиц, кроме, соответственно, бенефициара или — при допускаемом законом возврате их — депонента.

Если бы правопорядок допускал арест, приостановление операций или списание денежных средств по долгам владельца счета, достижение соответствующих целей было бы весьма неопределенным. В таком правовом режиме публичный депозитный счет не выполнял бы свою функцию. Поэтому законодатель не допускает ни ареста, ни приостановления операций по счету, ни списания денежных средств с такого вида счета в пользу третьих лиц по долгам владельца счета.

Поскольку владелец публичного депозитного счета, по существу, ведет чужое дело, т.е. находящиеся на публичном депозитном счете денежные средства ни при каких условиях не становятся окончательно принадлежащими владельцу данного счета и за счет учета на таком специальном счете отделены от его собственной имущественной массы, правило об отстранении кредиторов владельца счета от притязаний в отношении счета не знает и не может знать каких-либо исключений.

Но норма исключает возможность обращения взыскания на требования к банку в отношении денежных средств на данном счете и по долгам бенефициара или депонента, отступая тем самым от общего правила ст. 860.1 ГК РФ о номинальных счетах. О возможном объяснении такого различия см. п. 1.1 комментария к ст. 860.1 ГК РФ.

1.1. Ошибочность названия статьи. В первоначальном Проекте реформы ГК РФ данная статья именовалась «Основания списания денежных средств с публичного депозитного счета». Законодатель изменил это название, которое теперь сообщает, что в статье пойдет речь о распоряжениях денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете. Данное изменение ошибочно, поскольку в комментируемой норме как раз описаны случаи, когда владелец счета никаких распоряжений не осуществляет. В результате название статьи не совпадает с ее содержанием. Поскольку названия статей содержательного значения не имеют, существо норм, регулирующих соответствующие отношения, от этой методологической ошибки не пострадало.

1.2. Притязания третьих лиц на требования бенефициара и депонента. Кредиторам депонента или бенефициара не позволяется

удовлетворить свои притязания за счет находящихся на публичном депозитном счете денежных средств. Но такие кредиторы управомочены комментируемым пунктом на обращение взыскания на обязательственные требования, соответственно, бенефициара или депонента к владельцу счета.

Конечно, указанное решение не является панацеей от всех злоупотреблений (например, сговора бенефициара и депонента, направленно-го на сокрытие авуаров от взыскания). Такое искусственное создание препятствий для обращения взыскания следует квалифицировать как притворную сделку, прикрывающую незаконную сделку по сокрытию имущества от кредиторов. Данная сделка является ничтожной. Всякое сокрытие имущества должника от взыскания его кредиторов не должно поощряться правопорядком.

Если же злоупотребление не доказано, а депонирование имеет легальные основания, то кредиторы заинтересованных лиц имеют другой способ защиты своих интересов. Они управомочены на обращение взыскания не на сами денежные средства, находящиеся на счете, а на права требования заинтересованных лиц (депонента или бенефициара). И здесь защита прав третьих лиц не является стопроцентной, поскольку некоторые права в отношении денежных средств, находящихся на счете данного вида, настолько неопределенны, что возмездное приобретение их кем-либо кажется нереалистичным. Например, если речь идет о притязании в отношении денежных средств, внесенных на депозит суда, для целей возмещения убытков от принятия обеспечительных мер, возмездное приобретение условного требования депонента на возврат данной суммы в случае наступления в будущем оснований для такого возврата возможно лишь с огромным дисконтом, учитывающим высочайшую степень риска цессионария не получить от должника (владельца счета) ничего в связи с ненаступлением условия для возврата. В каких-то иных случаях степень риска, а значит, и дисконт при приобретении требований к владельцу счета будут не столь высокими.

2. Последствия неисполнения владельцем счета своих обязанностей по распоряжению денежными средствами на счете. Бенефициар и депонент не являются участниками договора публичного депозитного счета. Получаемые ими выгоды опосредованы действиями владельца счета и банка, однако непосредственной договорной связи с банком они не имеют. Формально-юридически они для договора публичного счета лица посторонние, а их права или обязанности не охватываются условиями данного договора.

Всякий кредитор в обязательственном правоотношении получает удовлетворение по обязательству посредством совершения определенных действий должником. Поскольку банк не является должником в отношениях с бенефициаром или депонентом, они не имеют права давать банку распоряжения в отношении остатка по счету. Поэтому закон предусматривает, что по общему правилу свои требования данным лицам следует адресовать владельцу счета. Если же последний нарушит предусмотренную законом обязанность по подаче банку соответствующего распоряжения о выдаче (перечислении) определенной суммы денежных средств или по их возврату, бенефициар и депонент наделены комментируемым пунктом гражданско-правовыми средствами защиты своих прав.

Буквально в данном пункте установлено, что бенефициар или депонент вправе потребовать от владельца счета совершения соответствующих действий в судебном порядке. Соответствующими действиями являются такие действия владельца счета, которые должны привести либо к перечислению денежных средств на банковские счета бенефициара или депонента, либо к получению ими наличных денежных средств. Термин «совершение соответствующих действий в судебном порядке» может привести к выводу, что в данном случае способ защиты нарушенных прав бенефициара или депонента не сводится к обычному взысканию долга, а представляет собой понуждение судом к выполнению именно действий. Иными словами, может сложиться впечатление, что в этом случае владелец счета обязывается судом к составлению и направлению в банк таких распоряжений, которые необходимы и достаточны для достижения упомянутого выше результата. Таким образом, из текста закона можно усмотреть отсутствие у владельца счета денежного обязательства перед бенефициаром или депонентом. Именно поэтому закон оперирует термином «совершение соответствующих действий» владельцем счета. Последнее, однако, может вызывать сомнения (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 860.11 ГК РФ).

С момента возникновения юридических фактов, которые являются основанием для требования к владельцу счета о платеже в адрес одного или другого из числа заинтересованных лиц (бенефициара или депонента), созревает денежное обязательство владельца счета по перечислению (выдаче) таких средств со счета. При неисполнении денежного обязательства эффективным и традиционным средством защиты является взыскание долга. Понуждение к совершению действий по подаче банку распоряжений о перечислении (выдаче) денежной суммы логически допустимо в свете ст. 308.3 ГК РФ, но является не вполне эффективным средством защиты. Поэтому расширительное

толкование комментируемой нормы должно давать право бенефициару и депоненту при наличии соответствующих юридических оснований взыскать с владельца счета причитающиеся им суммы за счет средств, находящихся на счете. Исполнение такого судебного акта производится в общем порядке с учетом материально-правовой особенности характера рассматриваемых отношений: причитающаяся сумма взыскивается только за счет средств, находящихся на счете и причитающихся кредитору (см. п. 3.1 комментария к ст. 860.11 ГК РФ). К ответственности же в виде возмещения убытков владелец счета привлекается и за счет другого имущества, на которое по закону допускается обращение взыскания при наличии условий привлечения к такой ответственности (п. 1–2 ст. 401, ст. 403 ГК РФ).

Ни комментируемая глава, ни комментируемая статья не предусматривают никаких специальных мер ответственности владельца счета за просрочку в исполнении обязательства перед заинтересованными лицами. Следовательно, учитывая, что обязательство является денежным, кредитор по такому обязательству вправе требовать уплаты процентов по ст. 395 ГК РФ и сверх этого возмещения убытков в части, не покрытой суммой процентов. Кроме капитальной суммы также подлежат взысканию причитающиеся проценты на остаток по счету, которые не являются ответственностью, представляют собой дополнительное, но отдельное обязательство (регулятивные проценты).

С практической точки зрения риск неисполнения обязательства владельцем счета не столь велик по причине специального субъектного состава, статус которого в системе действующего регулирования, в том числе в публичном праве, должен служить достаточной гарантией надлежащего исполнения обязанности. Единственное исключение — случай банкротства банка. (касательно вопросов, связанных с банкротством банка, см. п. 1.5 комментария к ст. 860.11 ГК РФ).

2.1. Произвольный возврат депонированных у нотариуса средств.

Применительно к такой разновидности публичного депозитного счета, как счет нотариуса, в связи с законодательной ошибкой, допущенной при реформировании положений ст. 327 ГК РФ об исполнении обязательства в депозит нотариуса, возникла неопределенность по вопросу об ответственности нотариуса перед бенефициаром в случае возврата депонированной суммы депоненту.

Из буквального смысла п. 3 ст. 327 ГК РФ следует, что депонент вправе потребовать от владельца публичного депозитного счета (нотариуса) возврата внесенной им в депозит суммы. Российскому правопорядку неизвестно деление депонирования должником в счет исполнения его обязательства перед кредитором на два вида: с правом

должника изъять депонированное имущество обратно (возвратное депонирование) или без такового (окончательное депонирование). До реформы 2015 г. все случаи депонирования относились ко второму виду, т.е. по общему правилу возврат депонированного не допускался, если только 1) между кредитором и должником не состоится соглашения об ином или 2) кредитор согласится на такой возврат либо 3) по решению суда (ст. 88 Основ законодательства РФ о нотариате). Следовательно, нотариус не отвечал перед кредитором за списание соответствующих средств с его счета в пользу должника (депонента), если такое списание совершалось по одному из указанных выше трех оснований. Реформа ст. 327 ГК РФ привела к ошибочной единственной модели возвратного депонирования. Эту ошибку можно было исправить судебным толкованием, предусмотрев, что право на возврат депонированного должник имеет, но реализовываться оно может только в порядке (процедуре), предусмотренном ст. 88 Основ законодательства РФ о нотариате. Однако судебная практика избрала не вполне практичное решение: возврат депонированного не допускается, если владельцу счета (нотариусу) поступило заявление от кредитора о получении депонированных денежных средств (п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Сфера применения этого разъяснения представляется довольно узкой, поскольку депонирование в счет исполнения обязательства в силу оснований, предусмотренных законом, в основном происходит в связи с тем, что на стороне кредитора возникли препятствия для получения исполнения. Согласно п. 1 ст. 327 ГК РФ должник уполномочен к депонированию в следующих случаях:

- 1) отсутствия кредитора или лица, уполномоченного им принять исполнение, в месте, где обязательство должно быть исполнено;
- 2) недееспособности кредитора и отсутствия у него представителя;
- 3) 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;
- 4) уклонения кредитора от принятия исполнения или иной просрочки с его стороны.

В названных обстоятельствах поступление заявления от кредитора по обязательству выглядит совершенно нереалистичным.

Впоследствии и ст. 88 Основ законодательства РФ о нотариате была изменена, и теперь в ней указано, что возврат помимо отмеченных в ней ранее ситуаций происходит и в иных случаях, предусмотренных законом, что может подтолкнуть суды к тому, чтобы окончательно признать право депонента произвольно забирать деньги с депозита

нотариуса, так как ст. 327 ГК РФ теперь говорит о праве депонента требовать возврата ему депонированных средств.

Такое решение законодателя кажется абсолютно нелогичным и противоречащим идеологии депонирования. Внесение денег в депозит нотариуса погашает долг должника перед кредитором согласно прямому указанию в ст. 327 ГК РФ. В силу какого основания должник может произвольно отыграть назад и забрать то, что ему уже не принадлежит, абсолютно непонятно. Если даже представить, что кредитор никогда не явится за своими средствами, закон предусматривает перечисление невостребованных денег с такого депозита в бюджет (см. ст. 87 Основ законодательства РФ о нотариате). Более того, произвольный возврат денег с депозита будет в силу ст. 327 ГК РФ влечь автоматическое воскрешение погашенного путем депонирования обязательства, но при этом за период после внесения и до возврата, когда обязательство, которое было обеспечено залогом, считалось погашенным, залогодатель мог снять залог с заложенного имущества и распорядиться им путем отчуждения добросовестному покупателю или заложить повторно в пользу нового добросовестного кредитора. В такой ситуации восстановление обеспеченного долга после произвольного возврата средств с депозита не приведет к восстановлению залога, что болезненно ударит по интересам кредитора, который нередко абсолютно невиновен в возникновении оснований для депонирования (например, возникла неопределенность в принадлежности прав кредитора в связи со смертью кредитора и открытием дела о наследстве), и может использоваться как средство недобросовестного «стряхивания» залогов. Впрочем, анализ этой возникшей на ровном месте в связи с непродуманными правками ст. 327 ГК РФ проблемы выходит за рамки настоящего комментария.

В любом случае нотариус не может отвечать перед бенефициаром в случае, если он вернул депозит депоненту, повинуясь этой странной норме ГК РФ, по крайней мере до тех пор, пока либо не будет исправлен закон, либо эту проблему иначе не разрешит ВС РФ или КС РФ.

Статья 860.15. Замена владельца публичного депозитного счета и прекращение договора

1. В случае смерти нотариуса (иного уполномоченного на открытие публичного депозитного счета лица) или сложения им (прекращения) своих полномочий владелец публичного депозитного счета заменяется на другого нотариуса (иное лицо), которому в соответствии с законом,

иными правовыми актами передаются дела нотариуса (иного лица), являвшегося владельцем счета.

2. В случае упразднения или преобразования органа, который уполномочен на открытие публичного депозитного счета, владелец такого счета заменяется на другой орган, к компетенции которого в соответствии с законом, иными правовыми актами относится открытие публичного депозитного счета для депонирования денежных средств соответствующих депонентов.

3. Договор публичного депозитного счета не может быть прекращен по основаниям, указанным в пунктах 2 и 4 статьи 859 настоящего Кодекса.

Комментарий

1. Смерть нотариуса или сложение им полномочий. Деятельность владельцев публичных депозитных счетов является потребностью всего общества, что отражается в его названии. Такая потребность имеется постоянно, и поэтому соответствующие лица (нотариус или иное уполномоченное лицо) выступают владельцами публичных депозитных счетов постоянно, а не эпизодически. При этом потребность самого владельца счета не является исключительно частноправовой, поскольку он действует не в своем интересе, а в интересах всего общества.

Все владельцы публичных депозитных счетов могут быть разделены на две группы: физические лица и юридические лица. Это разграничение является не столько сущностным, сколько юридико-техническим. Правовой статус этих двух групп не является тождественным.

Указанные обстоятельства требуют установления специального регулирования на тот случай, когда владелец счета, являясь физическим лицом, оказывается не в состоянии исполнять свои публично-правовые обязанности. Речь в данном пункте идет прежде всего о нотариусах.

Закон предусматривает два таких случая:

- 1) смерть;
- 2) сложение (прекращение) полномочий.

При наступлении хотя бы одного из указанных юридических фактов производится замена владельца счета. Порядок замены владельца счета должен быть установлен в законе или ином правовом акте. Замена владельца счета представляет собой разновидность сингулярного преемства. К новому владельцу счета переходят все права в отношении банка, а также обязанности перед ним. Также на основании закона к новому владельцу переходят обязанности прежнего владельца счета перед депонентом и бенефициаром.

Если до момента замены владельца счета произошло нарушение прав бенефициара или депонента, новый владелец счета подчиняется тому же правовому режиму, что и прежний владелец, в том числе и в отношении тех обязанностей, которые возникли до замены владельцев счета. Новый владелец публичного депозитного счета без каких-либо ограничений привлекается к ответственности, основания которой возникли до замены владельца счета. В состав наследственной массы умершего владельца счета не включаются ни права, ни обязанности по публичному депозитному счету. Если наследники получили какое-то приращение в наследственной массе вследствие неправомерных действий умершего владельца публичного депозитного счета, они несут ответственность перед новым владельцем счета в той степени, в которой новый владелец счета возместил потери заинтересованным лицам (бенефициару или депоненту).

2. Последствия преобразования и упразднения органа, открывшего счет. Уполномоченные законом лица в основном являются органами власти (суд, служба судебных приставов) или квазипубличными институтами (омбудсмен). Одновременно эти субъекты, как правило, являются юридическими лицами. Юридические лица не умирают и не складывают с себя полномочий, но могут быть ликвидированы в случае упразднения или преобразования государственного органа. Соответственно, в таком случае также возникает общественная потребность в продолжении реализации соответствующей деятельности, предусматривающей операции с публичным депозитным счетом. Поэтому комментируемый пункт предусматривает замену одного органа на другой.

Имущественные последствия замены владельца публичного депозитного счета в случае замены органа, а не лица отличаются тем обстоятельством, что у государственных органов нет и не может быть наследников. Поэтому права и обязанности переходят к другому органу без какого-либо возмещения вреда наследниками в силу принципиального отсутствия последних.

Если какой-либо служащий упраздненного или преобразованного органа своими действиями нарушил права бенефициара или депонента до упразднения или преобразования органа, ответственность перед названными лицами несет вновь уполномоченный орган. Ответственность соответствующего служащего определяется тем нормативным режимом, который установлен для отношений между релевантным органом и его служащим. Комментируемая норма эти отношения не регулирует.

Замена лица или органа, являвшихся владельцами публичных депозитных счетов, другим лицом или органом не требует совершения каких-либо действий или применения каких-нибудь формальностей для перехода соответствующих обязанностей к новым владельцам счетов. Переход таких обязанностей перед банком, бенефициаром и депонентом осуществляется на основании закона вследствие замены владельца публичного депозитного счета.

3. Невозможность закрытия счета банком. Публичный депозитный счет вследствие тех или иных обстоятельств может иметь черты счета, который в соответствии с п. 2 и п. 4 ст. 859 ГК РФ может быть произвольно закрыт банком в одностороннем внесудебном или судебном порядке в связи с падением остатка на счете ниже минимального уровня, отсутствием на нем средств и (или) операций по нему. На основании указанных норм банк вправе прекратить соответствующим образом договорные отношения с владельцем счета. Характер отношений, связанных с функционированием этой разновидности банковского счета, требует сделать исключение из этих правил. Частный интерес банка в снижении издержек по минорным и пассивным счетам игнорируется законодателем, поскольку эти интересы должны отступить перед общественным интересом функционирования системы депонирования денежных средств. Обстоятельства, которые влекут отнесение того или иного публичного депозитного счета к пассивному или минорному, находятся вне области контроля владельца счета. Он не вправе так или иначе влиять на эти обстоятельства, поскольку они складываются между иными лицами: депонентом и бенефициаром.

Пассивность владельца публичного денежного счета определяется не тем, что его владелец потерял к нему интерес, а тем, что не возникли обстоятельства, служащие основанием для совершения соответствующей операции по счету. Таким же образом минорный счет становится таковым не по воле владельца счета, а ввиду относительно небольших сумм денежных средств, поступающих за счет депонента на публичный депозитный счет. Все эти параметры определяются не владельцем счета, а связаны с действиями других лиц, в договоре банковского счета не участвующих: депонента и бенефициара.

Ввиду изложенного комментируемый пункт отменяет действие предусмотренных в п. 2 и в п. 4 оснований для прекращения договора ординарного счета в отношении публичного депозитного счета. Банк обязан претерпевать невыгодные последствия ведения таких счетов.

ЗАЕМ, КРЕДИТ, ФАКТОРИНГ, ВКЛАД И СЧЕТ

**ПОСТАТЕЙНЫЙ КОММЕНТАРИЙ К СТАТЬЯМ 807–860.15
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов

ISBN 978-5-9500177-8-0



9 785950 017780