



**СОВЕТ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**  
ПО КОДИФИКАЦИИ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА  
103132, Москва, ул. Ильинка, д. 8      Телефон: 606-36-39, факс: 606-36-57

---

**Проект**  
**Рекомендован Советом к**  
**опубликованию в целях обсуждения**  
**(протокол № 69 от 30 марта 2009 г.)**

## **КОНЦЕПЦИЯ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЦЕННЫХ БУМАГАХ И ФИНАНСОВЫХ СДЕЛКАХ**

### **Раздел I. Ценные бумаги**

#### **§ 1. Ценные бумаги**

##### **1. Действующее законодательство и его оценка**

1.1. В Гражданский кодекс Российской Федерации (далее - ГК РФ, Кодекс) упоминание о ценных бумагах как объектах гражданских прав содержится в статье 128, где ценные бумаги отнесены к вещам.

Глава 7 «Ценные бумаги» подраздела 3 «Объекты гражданских прав» включает 8 статей (142 – 149), содержащих нормы о понятии ценной бумаги, видах ценных бумаг, требованиях к ним, о субъектах прав, удостоверенных ценными бумагами, о передаче прав по ценной бумаге, исполнении по ней; восстановлении ценной бумаги; о бездокументарных ценных бумагах.

Кроме этого, упоминания об отдельных видах ценных бумаг и особенностях их обращения имеются в других разделах ГК РФ.

Так, пункт 3 статьи 303 ГК РФ содержит правило, исключающее возможность истребования ценных бумаг на предъявителя от добросовестного приобретателя.

Пункт 2 статьи 454 ГК РФ предусматривает, что к купле-продаже ценных бумаг и валютных ценностей положения, предусмотренные параграфом 1 «Общие положения о купле-продаже» главы 30 «Купля-продажа» применяются, если законом не установлены специальные правила их купли-продажи.

Глава 42 «Заем и кредит» содержит три статьи (статья 815 «Вексель», статья 816 «Облигация», статья 817 «Договор государственного займа»), регулирующие отношения, возникающие при оформлении заемных обязательств ценными бумагами.

Глава 44 «Банковский вклад» содержит две статьи, содержащие положения об оформлении обязательств по банковскому вкладу ценными бумагами. Пункт 1 статьи 843 ГК РФ относит к числу ценных бумаг сберегательную книжку на предъявителя, и содержит перечень обязательных реквизитов этой ценной бумаги. Пункт второй этой статьи определяет порядок исполнения и восстановления прав по этой ценной бумаге.

Статья 844 «Сберегательный (депозитный) сертификат» содержит определение данной ценной бумаги, допускает возможность выпуска именных сертификатов и сертификатов на предъявителя.

Глава 46 «Расчеты» включает параграф 5 «Расчеты чеками», содержащую 9 статей (877-885), устанавливающих общие положения о расчетах чеками, реквизиты чека, порядок оплаты и передачи прав по чеку, гарантии платежа (авале), инкассировании чека, удостоверении отказа от оплаты чека, извещении о неоплате и последствиях неоплаты чека.

Глава 47 «Хранение», раздел 2 «Хранение на товарном складе» включает 6 статей (912 – 917), которые относят к числу ценных бумаг двойное складское свидетельство и две его составные части – складское свидетельство и залоговое свидетельство (варрант), а также простое складское свидетельство, определяют требования к реквизитам этих ценных бумаг, права держателей, порядок передачи прав и исполнения обязательств по этим ценным бумагам.

Правоотношения по поводу отдельных видов ценных бумаг урегулированы в иных законах. Так, Кодекс торгового мореплавания содержит ряд правил в отношении коносамента (статьи 142 – 149) о содержании коносамента, его видах, доказательственной силе, множественности экземпляров, передаче коносамента.

Федеральный закон «Об ипотечных ценных бумагах» регулирует отношения по ипотечным ценным бумагам - облигациям с ипотечным покрытием и ипотечным сертификатам участия.

Федеральный закон «Об ипотеке» (статьи 13-18) содержит правила о содержании закладной, регистрации владельцев закладной, осуществлении прав по закладной и исполнение обеспеченного ипотекой обязательства, восстановление прав по утраченной закладной.

Федеральный закон «Об инвестиционных фондах» регулирует отношения по поводу выдачи, замены и исполнения обязательств перед владельцами инвестиционных паев, отнесенных данным законом к ценным бумагам.

Вексельные отношения урегулированы Положением о переводном и простом векселе 1937 г., в ред. Закона о переводном и простом векселе 1997 г.

Значительный массив норм, регулирующих отношения по поводу ценных бумаг, сосредоточен в Федеральном законе «О рынке ценных бумаг».

Нормы о восстановлении прав по ордерным и предъявительским ценным бумагам содержатся в процессуальном законодательстве (глава 34 «Восстановление прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя или ордерным ценным бумагам (вызывное производство)» (статьи 294 – 301) Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ)).

1.2. Анализ современного состояния правового регулирования позволяет сделать следующие выводы.

1.2.1. Нормы главы 7 Кодекса, которые должны выполнять функцию своеобразной «общей части» права ценных бумаг, на современном этапе не удовлетворяют требованиям к кодифицирующему акту, поскольку на уровне текущего законодательства установлен целый ряд специальных правил в отношении различных ценных бумаг, в том числе по вопросам, требующим единообразного регулирования. Однако данные специальные правила являются не согласованными с общими положениями и вступают с ними в противоречие.

1.2.2. Включение целого ряда норм об отдельных видах ценных бумаг, которые по своему характеру являются общими положениями, в разделы Кодекса об отдельных видах договорных обязательств, снижает ценность общих положений о ценных бумагах, содержащихся в главе 7. Кроме того, нормы о передаче прав по ценным бумагам отдельных видов, осуществлении и защите прав их обладателей отличаются различным уровнем детализации, содержат повторы, а в ряде случаев и противоречия.

1.2.3. Нормы главы 7 Кодекса не соответствуют концептуальным положениям цивилистической теории ценных бумаг (например, по вопросу о способах передачи прав на бумагу или вопросу о возможности реализации права из бумаги), либо не

содержат соответствующего регулирования (например, по вопросу о добросовестном приобретении ценных бумаг).

1.2.4. В соответствии со статьей 143 ГК РФ к ценным бумагам относятся: государственная облигация, облигация, вексель, чек, депозитный и сберегательный сертификаты, банковская сберегательная книжка на предъявителя, коносамент, акция, приватизационные ценные бумаги и другие документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг.

В настоящее время в отношении признания того или иного документа ценной бумагой ГК РФ придерживается так называемого принципа легалитета, означающего, что ценной бумагой может быть признан только такой документ, который отнесен к числу ценных бумаг законом. Данное положение является традиционным для континентальной правовой семьи. Однако ст. 143 Кодекса содержит уточнение: определенные документы могут быть отнесены к числу ценных бумаг не только законом, но и в порядке, установленном законом. В настоящее время в соответствии с Федеральным законом «О рынке ценных бумаг» государственный орган по регулированию рынка ценных бумаг обладает полномочиями по признания тех либо иных финансовых инструментов ценными бумагами.

Учитывая цель закрепления в Кодексе положения, позволяющего относить не указанные в законе документы к ценным бумагам, принцип легалитета должен быть скорректирован, с тем, чтобы данное положение не воспринималось как позволяющее в любом законе определить порядок отнесения документов к ценным бумагам. Такое право предоставлено только органам по регулированию рынка ценных бумаг и для определенных целей.

Указание в ст. 143 Кодекса о том, что к ценным бумагам документы могут быть отнесены законами «о ценных бумагах»,

требует корректировки, так как нормы, относящие те или иные документы к ценным бумагам содержатся не только в законах о ценных бумагах (например, Федеральный закон «Об ипотечных ценных бумагах»), но и в других законах.

Требует пересмотра перечень видов ценных бумаг, приведенный в ст. 143 ГК РФ, поскольку отсутствуют существенные различия между государственными и иными облигациями; в настоящее время нет необходимости специального выделения т.н. приватизационных ценных бумаг.

1.2.5. Пункт 2 статьи 144 Кодекса предусматривает, что отсутствие обязательных реквизитов ценной бумаги или несоответствие ценной бумаги установленной для нее форме влечет ее ничтожность. Вместе с тем правовые последствия «ничтожности» ценной бумаги не раскрываются. Термин «ничтожность ценной бумаги» на практике вызывает ассоциации с последствиями недействительности ничтожной сделки, что в сфере оборота ценных бумаг представляется недопустимым. Несоответствие ценной бумаги установленным в законе требованиям к ее оформлению устраняет возможность рассмотрения документа в качестве ценной бумаги, но не исключает (в отличие от общего понятия ничтожности) применения общих положений ГК РФ об обязательствах. В связи с этим целесообразно установить общее последствие нарушения требований к форме и реквизитам ценной бумаги, аналогичное норме вексельного права: документ, не содержащий необходимых реквизитов, не может считаться ценной бумагой (и имеет правовые последствия простой расписки).

1.2.6. Пункт 1 статьи 145 Кодекса предусматривает, что права, удостоверенные ценной бумагой, могут принадлежать:

1) предъявителю ценной бумаги (ценная бумага на предъявителя);

2) названному в ценной бумаге лицу (именная ценная бумага);

3) названному в ценной бумаге лицу, которое само может осуществить эти права или назначить своим распоряжением (приказом) другое управомоченное лицо (ордерная ценная бумага).

Данная норма не разграничивает вопрос о формальной легитимации владельца ценной бумаги для целей определения, кому должник должен осуществлять исполнение, с тем, чтобы оно являлось надлежащим, и вопрос о наличии у владельца соответствующих прав. Упоминание в ней о том, что права, удостоверенные ценной бумагой, принадлежат предъявителю, названному в бумаге лицу и т.д. приводит к указанному выше смешению.

Соответствующее правило должно указывать, кто может требовать исполнение по соответствующим бумагам: по предъявительским бумагам – предъявитель бумаги; по ордерным бумагам – лицо, являющееся предъявителем бумаги и поименованное в ней в качестве первого держателя либо лицо, являющееся предъявителем бумаги и приобретшее бумагу по непрерывному ряду индоссаментов; по именным бумагам – лицо, указанное в бумаге и поименованное в реестре именных ценных бумаг в качестве владельца бумаги.

Исполнение должником по ценной бумаге обязательства, удостоверенного ценной бумагой, указанным лицам является надлежащим исполнением вне зависимости от того, имело ли формально легитимированное лицо права на ценную бумагу или они отсутствовали. Данное изменение связано с принципиальным положением общей теории ценных бумаг: права из бумаги принадлежат обладателю права на бумагу, но реализация этих прав осуществляется лицу, надлежащим образом легитимированному самой бумагой.

Положения главы 7 Кодекса не содержат общих положений о правах лица, имеющего право на бумагу, в отношении того, кто, воспользовавшись внешней легитимацией, незаконно получил исполнение по ценной бумаге, что, несмотря на возможность разрешения данного вопроса по правилам об обязательствах их неосновательного обогащения, создает определенные затруднения в правоприменительной практике.

Не нашел отражения в общих положениях Кодекса о ценных бумагах и принцип, в соответствии с которым риски исполнения ненадлежащему кредитору по ценной бумаге в случае недобросовестности должника возлагаются на последнего. Надлежащий кредитор (правообладатель) должен иметь право потребовать исполнения от должника, сознательно исполнившего обязательство ненадлежащему кредитору.

1.2.7. Положения статьи 146 Кодекса закрепляют подход, в соответствии с которым основанием для деления ценных бумаг на предъявительские, ордерные и именные является способ передачи бумаги. Однако этот подход не соответствует общепризнанным положениям теории ценных бумаг, в соответствии с которыми критерием деления бумаг является способ легитимации лица, имеющего возможность требовать исполнения по бумаге. Не нашел отражения в Кодексе такой способ передачи прав на именные ценные бумаги как трансферт по счетам (книгам) должника.

Положения об индоссаменте, содержащиеся в п. 3 ст. 146 ГК РФ, не содержат развернутого регулирования отношений по передаче прав по ценной бумаге в указанном порядке. В частности, отсутствуют положения о залоговом индоссаменте, об оговорках, ограничивающих ответственность за исполнение, о последствиях передачи бумаги с бланковым индоссаментом. Развернутое регулирование этих вопросов содержится в Положении о



переводном и простом векселе. Воспроизведение их в Кодексе, скорее всего, нецелесообразно. Вместе с тем, для устранения расхождений в регулировании передачи прав по ордерным ценным бумагам Кодекс мог бы распространить действие Положения в этой части на иные ордерные бумаги.

Необходимо включение в ГК РФ норм, посвященных общему регулированию трансферта ценной бумаги как способа создания легитимации держателя бумаги.

1.2.8. Статья 302 Кодекса содержит правило об ограничении виндикации ценных бумаг на предъявителя, устанавливая, что такие бумаги не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя.

В отношении векселя правило об ограничении виндикации закреплено в п. 16 Положения о переводном и простом векселе: если кто-либо лишился владения векселем в силу какого бы то ни было события, то лицо, у которого вексель находится и которое обосновывает свое право порядком, указанным в предыдущем абзаце, обязано отдать вексель лишь в том случае, если оно приобрело его недобросовестно или же, приобретая его, совершило грубую неосторожность.

Вместе с тем для целей обеспечения оборота ордерных ценных бумаг необходимо закрепления принципа защиты добросовестного приобретателя таких бумаг в Кодексе.

Этот же принцип должен быть положен в основу регулирования конфликта между интересами собственника и добросовестного приобретателя именных ценных бумаг, права по которым передаются посредством трансферта.

Вместе с тем в последнем случае понятие добросовестного приобретателя должно быть уточнено с тем, чтобы предоставлять защиту лицу, которое приобрело ценные бумаги возмездно. Данный

подход в отношении эмиссионных ценных бумаг в настоящее время закреплен в ст. 1 Федерального закона «О рынке ценных бумаг», где под добросовестным приобретателем предлагается принимать лицо, которое приобрело ценные бумаги, произвело их оплату и в момент приобретения не знало и не могло знать о правах третьих лиц на эти ценные бумаги. Опровержение презумпции добросовестности следует возлагать на истца.

Учитывая, что в случаях обращения ценных бумаг, содержащих денежное обязательство, права собственника могут быть эффективным образом защищены посредством возмещения убытков в денежной форме, нет необходимости предоставлять собственнику усиленную защиту даже в случаях выбытия у него такого имущества помимо его воли. В отношении ценных бумаг, предоставляющих права участия, правила о восстановлении прав на бумаги в случае выбытия их от собственника помимо его воли (в результате противоправных действий третьих лиц либо лица, ведущего учет прав) должны быть дифференцированы в зависимости от того, обращаются ли данные бумаги на организованном рынке. В частности, в случае возможности приобретения аналогичных бумаг на бирже истребование похищенных бумаг у добросовестного приобретателя нецелесообразно, поскольку возможно эффективное восстановление прав первоначального владельца с использованием иных средств защиты.

Применение традиционных «вещных» способов защиты прав владельца, утратившего права на ценные бумаги наталкивается на определенные препятствия в ситуациях, когда права, закрепленные в бумагах, трансформируются и закрепляются в иных документах (например, при конвертации). Для подобных ситуаций должны быть определены как специальные способы защиты прав истца, так и пределы их осуществления.

Требует специального урегулирования ситуация, возникающая при использовании незаконным владельцем ценных бумаг прав, в результате которых они приобретают дополнительные права (например, при приобретении акций с использованием преимущественного права).

1.2.9. В настоящее время отсутствуют правила, обеспечивающие реализацию прав, удостоверенных ценной бумагой лицами, которые формально не легитимированы (прежде всего - универсальные правопреемники, а также лица, приобретшие ценные бумаги в результате их продажи с публичных торгов судебным приставом-исполнителем либо управляющим в процедуре банкротства).

Судебная практика предпринимает определенные усилия для разрешения этой проблемы (см. например, п. 10 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 04.12.2000 № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей» где предусмотрено, что при переходе прав по векселю в составе наследственной массы, в составе имущества предприятия при его продаже как комплекса, при переходе прав к другому юридическому лицу при реорганизации юридического лица - векселедержателя, при принудительной продаже векселя с публичных торгов векселедержатель, заявляющий требования по векселю, должен представить соответствующие доказательства перехода этих прав. В указанных случаях отсутствие на векселе отметки в форме индоссамента о переходе прав само по себе не является основанием для отказа в удовлетворении требования векселедержателя по векселю при условии, что им будут представлены доказательства того, что вексель перешел к нему на законных основаниях). Вместе с тем проблема оформления перехода прав по ценным бумагам при публичной продаже и при переходе

прав в порядке общего правопреемства требует урегулирования в процессуальном законодательстве, законодательстве о нотариате и нормах гражданского законодательства, регулирующих соответствующие правоотношения.

1.2.10. Положения Кодекса о ценных бумагах не отражает принципа приоритетной защиты добросовестного приобретателя и начала ограничения возражений. Так, пункт 2 статьи 147 ГК РФ предусматривает, что отказ от исполнения обязательства удостоверенного ценной бумагой, со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо на его недействительность не допускается. Кодекс, таким образом не выделяет ситуации, когда имеют место личные отношения между обязанным лицом и владельцем ценной бумаги; не содержит исключений для случаев, когда доказана недобросовестность формально легитимированного держателя.

Принцип ограничения возражений, закрепленный в данной норме, направлен на защиту лица, действующего добросовестно; он не распространяется на субъекта, который при приобретении ценной бумаги знал либо должен был знать об отсутствии либо дефекте основания обязательства, выраженного в бумаге, либо о дефектах в праве предшествующих владельцев.

Данный подход нашел отражение в вексельном праве (см. пункт 17 Положения о переводном и простом векселе).

При восстановлении прав владельца ценных бумаг, закрепляющих права участия в хозяйственных обществах, возникает вопрос о влиянии последующего восстановления прав на отношения в обществе, возникшие до этого. Наиболее серьезные проблемы возникают при восстановлении прав на акции в связи с необходимостью разрешения вопроса о возможности аннулирования решений, принятых обществом с участием лица, не являющегося

действительным обладателем права, но формально легитимированным. При определении корпоративных последствий восстановления акционера в праве на ценные бумаги необходимо учитывать как интересы акционера, права которого восстановлены, так и интересы других участников, общества и третьих лиц, добросовестно основывающихся на формальной легитимации определенного лица. При регулировании этих отношений целесообразно исходить из общих принципов распределения рисков в отношениях с ценными бумагами: по общему правилу последствия восстановления не должны влечь негативных последствий для лиц, в отношениях с обществом основывающихся на формальных данных о владельцах бумаг. В отношении лиц, действовавших недобросовестно, данное правило не применимо, но с целью ограничения возможных негативных последствий для оборота необходимо исходить из того, что по общему правилу, последствия должны сводиться к возмещению убытков.

1.2.11. В соответствии с абз. 2 ст.147 Кодекса владелец ценной бумаги, обнаруживший подлог или подделку ценной бумаги, вправе предъявить к лицу, передавшему ему бумагу, требование о надлежащем исполнении обязательства, удостоверенного ценной бумагой и о возмещении убытков. Данное правило закрепляет принцип ответственности лица, передавшего ценную бумагу за действительность содержащегося в ней обязательства, но сводит такую ответственность только к случаям подлога и подделки ценной бумаги.

Предъявление требования по ценной бумаге к лицу, ее передавшему, в случае передачи бумаги, содержащей обязательство иное, чем денежное, не имеет практического смысла, поскольку правопродшественник в большинстве случаев не имеет возможности исполнить такое обязательство.

Лицо, которое передало поддельную ценную бумагу, должно нести ответственность только за убытки, причиненные приобретением поддельной бумаги. Данная мера гражданско-правовой ответственности подлежит применению без учета вины лица, передавшего поддельную бумагу. Обязанность по возмещению убытков не может быть возложена на лицо, которое безвозмездно передало поддельную ценную бумагу.

1.2.12. Статья 148 Кодекса предусматривает, что восстановление прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя и ордерным ценным бумагам производится судом в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством.

Порядок восстановления судом прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя и ордерным ценным бумагам в настоящее время урегулирован Главой 34 ГПК РФ (вызывное производство). Вместе с тем данный порядок, ориентированный на восстановление прав прежде всего по предъявительским ценным бумагам, не отражает специфики обращения ордерных ценных бумаг. В частности, требование о публикации в местном периодическом печатном издании не позволяет приобретателю большинства ордерных ценных бумаг, обращающихся не только на всей территории РФ, но и за рубежом, получить информацию о возбуждении вызывного производства. Предусмотренная данными положениями возможность выдачи нового документа не позволяет в отношении ордерных ценных бумаг обеспечить права держателя, если он не являлся первым приобретателем. Отсутствуют правила, обеспечивающие обязательное привлечение к участию в деле лиц, передававших вексель и т.д. Приведенные недочеты в правовом регулировании процедур судебного восстановления прав негативно влияют на оборот.

1.2.13. Не урегулированы ситуации, когда истец предъявляет иск об исполнении обязательства, удостоверенного ценной бумагой, однако саму бумагу он предъявить не может, так как она находится у должника (например, сам истец передал ему эту бумагу). Поскольку истец не может легитимировать себя как лицо, управомоченное на осуществление прав, удостоверенных ценной бумагой, он должен доказывать свое материальное право на иск путем доказывания правильности приобретения титула на бумагу.

### 1.3. Последствия «дематериализации» ценных бумаг.

1.3.1. Основные проблемы правоприменительной практики на современном этапе вызваны процессом «дематериализации» ценных бумаг, которая обусловлена объективными потребностями деловой практики. В целях снижения издержек обращения, права, традиционно закрепляемые в документе, наделяемом свойствами ценной бумаги, закрепляются посредством записей в реестре должника (обязанного лица), либо посредством записей по счетам депо.

Статья 142 ГК РФ, содержащая определение ценной бумаги, требует составления документа, с соблюдением требований к форме и обязательным реквизитам. Статья 128 ГК РФ относит ценные бумаги к вещам.

Положения статья 149 ГК РФ «Бездокументарные ценные бумаги» при буквальном прочтении регулируют ситуацию фиксации прав, закрепляемых ценной бумагой, в различной, в частности «бездокументарной» форме (с помощью средств электронно-вычислительной техники), но, строго говоря, не описывает ситуацию, возникающую при отсутствии документарной формы выпуска ценной бумаги. Распространение ее положений на отношения по поводу прав, фиксируемых исключительно путем записей в реестрах и на счетах депо, является результатом судебного

толкования, которое до настоящего времени подвергается значительной критике.

В то же время Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» оперирует понятиями «документарная форма эмиссионных ценных бумаг» - форма эмиссионных ценных бумаг, при которой владелец устанавливается на основании предъявления оформленного надлежащим образом сертификата ценной бумаги или, в случае депонирования такового, на основании записи по счету депо и «бездокументарная форма эмиссионных ценных бумаг» - форма эмиссионных ценных бумаг, при которой владелец устанавливается на основании записи в системе ведения реестра владельцев ценных бумаг или, в случае депонирования ценных бумаг, на основании записи по счету депо.

При этом в ряде случаев при «документарной форме выпуска» не происходит создания бумажных документов, подтверждающих права каждого владельца по конкретной бумаге, поскольку «сертификат эмиссионной ценной бумаги» это документ, выпускаемый эмитентом и удостоверяющий совокупность прав на указанное в сертификате количество ценных бумаг, не содержащий реквизитов, необходимых для его квалификации как ценной бумаги в соответствии с требованиями ст. 142 Кодекса.

Действующее законодательство оставляет открытым вопрос о правовой природе таких обрастаемых объектов, которые наделяют обладателя правами, аналогичными правам владельца классической ценной бумаги, но не закреплены в документе, обладающем материальной формой.

Тем не менее, представляется нецелесообразным исключать такого рода права из круга ценных бумаг и рассматривать их как объекты иного рода, поскольку, с нашей точки зрения, превалирующее значение должно быть отдано характеру прав, а не



способу их фиксации. Такое исключение, хотя и может быть оправдано с теоретической точки зрения, на практике может привести к масштабной и коренной ломке значительного массива нормативных актов, имеющих широкое и повседневное применение. В связи с этим целесообразно сохранить в качестве родового понятие «ценные бумаги», имея в виду, что оно должно охватывать как классические ценные бумаги, так и права, зафиксированные посредством записей по счетам.

1.3.2. Пункт 1 статьи 149 ГК РФ предусматривает, что к бездокументарной форме фиксации применяются правила, установленные для ценных бумаг, если иное не вытекает из особенностей фиксации. Как показала судебная практика, такое указание оказалось недостаточным и не разрешающим целый ряд фундаментальных проблем, касающихся порядка перехода и осуществления прав, и, прежде всего, защиты правообладателей.

Основной проблемой является определение характера прав владельцев «бездокументарных ценных бумаг» (прав на бумагу).

Ввиду отсутствия материальной формы применение к ним всего комплекса норм, регулирующих отношения по поводу вещей, вызывает серьезные теоретические и практические затруднения. В то же время специальные правила, учитывающие особенности такого рода объектов, отсутствуют либо вступают в противоречие с концептуальными положениями ГК РФ.

Так, статья 146 ГК РФ предусматривает только те способы передачи, которые применимы в отношении бумажных документов. Именные ценные бумаги подлежат передаче в порядке цессии. В связи с этим при применении положения Федерального закона «О рынке ценных бумаг», предусматривающего, что право на бумагу (которое данный Закон определяет как «право собственности») передаются посредством записей по счетам, судебная практика

сталкивается с необходимостью разрешения противоречия между этими положениями и положениями Кодекса о передаче именных ценных бумаг в порядке уступки права требования (цессии).

С большими затруднениями сталкивается хозяйственная практика в связи с тем, что нормы Кодекса о защите добросовестного приобретателя (ст. 302), направлены на защиту владения и согласно общепринятой концепции применяются в отношении индивидуально определенных вещей. Отсутствие общих положений, обеспечивающих баланс интересов собственника и лица, которое добросовестно приобрело имущество (в том числе права, закрепленные посредством записей на счетах) негативным образом сказывается на обеспечении интересов оборота. Судебная практика предпринимает определенные усилия, направленные на распространение закрепленного в ст. 302 Кодекса принципа на права, закрепленные в ценных бумагах, в том числе и на права, закрепляемые исключительно посредством записей на счетах, исходя из необходимости обеспечения максимально равной защиты прав и интересов субъектов гражданского оборота. Различия в способах фиксации прав не должны оказывать существенного влияния на решение принципиальных вопросов распределения рисков и ответственности.

Классические ценные бумаги могут быть «обездвижены», т.е. переданы депозитарию, который будет вести учет прав на них. Последствия такого изменения режима передачи прав на ценные бумаги в законодательстве в настоящее время прямо не урегулированы, как и последствия возобновления обращения ценных бумаг как материальных объектов.

1.3.3. Ввиду особенностей объекта использование виндикационного иска для защиты прав владельца, утратившего права на дематериализованную ценную бумагу, нежелательно,

поскольку используемые в этом случае конструкции традиционно привязаны к концепции защиты владения.

В связи с этим восстановление прав предшествующих правообладателей бездокументарных ценных бумаг должно производиться посредством иска к лицам, формально легитимированным посредством записей по счетам, о понуждении к совершению перевода на имя истца (о взыскании ценных бумаг в пользу истца). При этом условия удовлетворения этого требования и распределение бремени доказывания должны определяться так же, как и в отношении классических ценных бумаг.

1.3.4. Система фиксации прав на «дематериализованные» ценные бумаги требует обеспечения сохранности и правильности ведения учета лицами, на которые возложен учет соответствующих прав, а также оперативных и эффективных процедур восстановления этих данных в случае их утраты. Вместе с тем в настоящее время ни гражданское, ни процессуальное законодательство не предусматривают порядка восстановления прав при утрате данных реестра. Определенные технические правила, определяющие порядок действий регистратора, установлены только на уровне подзаконных актов. Отсутствие таких положений в процессуальном законодательстве, а также отсутствие единых подходов к материальным и процессуальным последствиям такой утраты при рассмотрении требований, в рамках которых необходимо установление статуса владельца ценной бумаги, является одним из серьезных дестабилизирующих факторов.

1.3.5. В настоящее время в качестве объектов оборота используется целый ряд финансовых инструментов, не отнесенных к ценным бумагам, но по характеру обращения сходных с ними (опционы и т.п.). Правовой режим, а также правила передачи таких объектов в настоящее время не определены, что вызывает

определенные затруднения в практике. С целью устранения неопределенности следует обсудить возможность распространения режима бездокументарных ценных бумаг на определенные виды обращаемых обязательств (в случаях, когда такой режим на них будет распространен Законом о рынке ценных бумаг).

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Необходимо провести ревизию норм о ценных бумагах, размещенных в различных разделах Кодекса, с целью изъятия дублирующих положений, устранения противоречий. С учетом этого подлежат переработке положения главы 7 ГК РФ, определяющие общие правила оборота ценных бумаг.

Аналогичная работа должна быть проведена и в отношении норм о ценных бумагах, содержащихся в иных законах.

Необходимо также осуществить пересмотр норм Кодекса для того, чтобы (1) исправить имеющиеся в нем противоречия конструкции ценной бумаги; (2) дополнить общие положения о ценных бумагах нормами общего характера, которые имеются в нормативных актах, регулирующих отдельные виды бумаг (например, вексельном праве). Прежде всего, речь идет о положениях, обеспечивающих защиту добросовестного приобретателя ценных бумаг.

2.2. Уточнить перечень видов ценных бумаг, исключив из него указание о приватизационных ценных бумагах. Обозначить, в каких случаях закон может определять порядок отнесения документов к ценным бумагам; исключить указание на возможность установления ценных бумаг «законами о ценных бумагах».

2.3. Установить общие последствия нарушений требований к форме и реквизитам ценной бумаги, определяющие возможность

рассмотрения документа в качестве обычного письменного доказательства.

2.4. Последовательно закрепить принцип, в соответствии с которым исполнение, произведенное должником по ценной бумаге лицу, формально легитимированному в соответствии с правилами, установленными для определенного вида ценной бумаги, считается надлежащим.

Определить права лица, имеющего права на бумагу, в отношении лица, воспользовавшегося формальной легитимацией, а также последствия недобросовестных действий должника.

2.5. Внести коррективы в положения Кодекса о передаче прав в порядке индоссамента с целью устранения пробелов и противоречий с нормами, регулирующими индоссамент по векселю.

2.6. Необходима разработка общих положений о трансферте как способе передачи прав по именованным ценным бумагам.

2.7. Закрепить общий принцип защиты добросовестного приобретателя ценных бумаг. Дифференцировать правила о возможности истребования ценных бумаг у добросовестного приобретателя в зависимости от обстоятельств выбытия бумаг у владельца, вида ценных бумаг и характера их обращения.

Особо следует урегулировать ситуации, возникающие при конвертации ценных бумаг и при использовании преимущественных прав на приобретение.

Учитывая облегченный характер передачи прав по ценным бумагам, необходимо также установить, что если приобретатель сам являлся участником обманных или незаконных действий, связанных с ценной бумагой, или когда он в качестве предшественного держателя знал о наличии притязаний третьих лиц, он не может улучшить свое правовое положение, приобретая ее от последующего добросовестного приобретателя.

При определении, является ли приобретатель добросовестным, следует специально установить, при каких обстоятельствах лицо считается осведомленным или имеющим возможность получить необходимую информацию; дифференцировав эти правила в зависимости от того, обращаются ли эти ценные бумаги на организованных рынках или нет (см. проект Конвенции УНИДРУА о правах на ценные бумаги, учитываемых на счетах посредника).

2.8. Урегулировать в процессуальном законодательстве и законодательстве о нотариате вопросы оформления перехода прав на ценные бумаги в порядке общего правопреемства и при реализации имущества посредством публичной продажи.

2.9. Закрепить в Кодексе принцип начала ограничения возражений с учетом того, что этот принцип не должен распространяться на недобросовестного приобретателя ценной бумаги.

2.10. Определить в Кодексе принципы распределения последствий восстановления прав владельца ценной бумаги, предоставляющей права участия в хозяйственном обществе.

2.11. Внести изменения в положения Кодекса о защите прав приобретателя ценной бумаги в отношении лица, передавшего ценную бумагу, в случае передачи недействительной, в т.ч. подложной или поддельной бумаги.

2.12. Внести изменения в существующий порядок восстановления прав по ордерным ценным бумагам; установить процессуальный порядок восстановления данных реестра по учету прав владельцев именных ценных бумаг; установить материально-правовые и процессуальные последствия утраты данных реестра при рассмотрении требований лиц, ссылающихся на наличие у них статуса владельца ценных бумаг.

2.13. Определить характер прав лица, права которого на бумаги закреплены посредством записей в реестре или на счете депо, как права абсолютного и подлежащего защите от всех третьих лиц; о характере защиты этих прав при банкротстве депозитария и при обращении взыскания на его имущество.

Закрепить в Кодексе порядок передачи прав и обременения таких ценных бумаг (посредством внесения записей по счетам владельцев).

Распространить институт «добросовестного приобретения» на отношения, связанные с оборотом бездокументарных ценных бумаг, с особенностями, учитывающими природу таких объектов и их обращения.

Закрепить различия в правовом режиме, особенно в отношении используемых средств защиты, в частности, для ценных бумаг, содержащих денежное обязательство, и ценных бумаг, закрепляющих права участия в капитале.

2.14. Необходимо закрепить в Кодексе правила, распространяющие на владельца бездокументарной ценной бумаги общие принципы регулирования отношений по ценным бумагам (обеспечение публичной достоверности, ограничение возражений в отношении добросовестного приобретателя, защита добросовестного должника (эмитента)).

Определить меры защиты надлежащего субъекта права в отношении формально легитимированного субъекта и в отношении эмитента, действовавшего с умыслом либо не проявившего должной заботливости и осмотрительности.

Определить основания и пределы использования такого способа защиты как возложение на эмитента (лица, ведущего реестр, депозитария) обязанности восстановить права надлежащего субъекта права в натуре, посредством восстановления

соответствующей записи на его имя (если их приобретение возможно на рынке).

2.15. Определить последствия «обездвижения» ценных бумаг, т.е. передачи их депозитарию, который будет вести учет прав, а также последствия обратной ситуации – возобновление обращения бумаг.

2.16. Предоставить органам, осуществляющим регулирование рынка ценных бумаг распространить режим бездокументарных ценных бумаг на иные обращаемые финансовые инструменты.

2.17. Внести изменения в статью 128 ГК РФ, указав на ценные бумаги как на самостоятельный объект права.

## **§ 2. Оборот ценных бумаг**

### **1. Действующее законодательство и его оценка**

ГК РФ практически не содержит специальных правил, которые бы касались регулирования сделок с ценными бумагами. К числу немногочисленных норм относятся следующие правила.

Пункт 4 ст. 338 ГК РФ - «при залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, она передается залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное».

Пункт 2 ст. 454 ГК РФ - «к купле-продаже ценных бумаг и валютных ценностей положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются, если законом не установлены специальные правила их купли-продажи».

Пункт 1 ст. 1013 ГК РФ – «объектами доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы, отдельные объекты, относящиеся к недвижимому имуществу, ценные бумаги, права, удостоверенные



бездокументарными ценными бумагами, исключительные права и другое имущество».

Статья 1025 ГК РФ устанавливает правила о доверительном управлении ценными бумагами:

«При передаче в доверительное управление ценных бумаг может быть предусмотрено объединение ценных бумаг, передаваемых в доверительное управление разными лицами.

Правомочия доверительного управляющего по распоряжению ценными бумагами определяются в договоре доверительного управления.

Особенности доверительного управления ценными бумагами определяются законом.

Правила настоящей статьи соответственно применяются к правам, удостоверенным бездокументарными ценными бумагами (статья 149)».

Кроме того, п. 3 ст. 224 ГК РФ содержит правила о товарораспорядительных документах – «К передаче вещи приравнивается передача коносамента или иного товарораспорядительного документа на нее».

Правила о некоторых сделках с отдельными ценными бумагами, содержатся в специальных законах. Так, правила о залоге закладной содержатся в Федеральном законе «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

В целом ГК РФ фактически не устанавливает каких-либо правил, регулирующих оборот ценных бумаг, что, принимая во внимания значение ценных бумаг как объекта оборота и их специфику, представляется неудовлетворительным. Решение соответствующих вопросов отдано практически полностью судебной практике и доктрине.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Положения ГК РФ не могут отразить все многообразие соответствующего оборота ценных бумаг и, следовательно, необходимо принимать во внимание возможность и целесообразность установления определенных особенностей для сделок с ценными бумагами исходя из того или иного критерия в специальных законах. В Кодекс должны быть включены лишь наиболее общие и принципиальные положения, касающиеся оборота ценных бумаг.

При разработке норм ГК РФ, определяющих особенности в регулировании сделок с ценными бумагами, необходимо учитывать следующие три критерия:

во-первых, характер сделок, объектом которых могут являться ценные бумаги;

во-вторых, виды ценных бумаг, исходя из особенностей передачи прав по таким бумагам и легитимации их владельцев, в том числе выделение среди ценных бумаг группы товарораспорядительных ценных бумаг, представляющих в обороте вещи, которые сами могут быть предметом гражданско-правовых сделок;

в-третьих, возможность совершения сделок с ценными бумагами на организованном рынке и неорганизованном.

Нормы ГК РФ о сделках с ценными бумагами должны являться правилами для сделок на неорганизованном рынке и основой для правил на организованном рынке. Вместе с тем ГК РФ должен допускать возможность установления законами специальных правил для сделок на организованном рынке, а также допускать возможность установления для отдельных ценных бумаг законами специальных правил о совершении отдельных сделок (например, залог закладной в Федеральном законе «Об ипотеке (залоге

недвижимости)» (далее – Закон об ипотеке)). Вместе с тем при разработке общих правил, которые будут регулировать особенности соответствующих сделок с ценными бумагами, желательно воспринять как общие отдельные удачные решения, найденные для таких сделок для отдельных ценных бумаг. Так правила Закона об ипотеке, устанавливающие особенности реализации заложенных закладных, вполне могут быть восприняты при разработке правил о залоге документарных ценных бумаг и в особенности именных ценных бумаг, правило об оформлении залогового индоссамента при залоге ордерного векселя – правил о залоге ордерных ценных бумаг.

2.2. В соответствии с принципом свободы договора стороны вправе заключать с ценными бумагами и иные сделки, не противоречащие природе ценных бумаг. Потенциально возможность заключения каких-либо сделок с ценными бумагами может быть ограничена только законом. При этом и для документарных и для бездокументарных ценных бумаг открыт одинаковый круг сделок. Вместе с тем круг сделок с ценными бумагами, специальные правила о которых должны найти отражение в ГК РФ следует ограничить вполне определенными сделками по отчуждению (купля-продажа, внесение в уставные капиталы, рента, дарение, сделки репо); залог; доверительное управление; договор займа и кредита.

Сделки по отчуждению ценных бумаг. Необходимо учесть, что специальные правила, которые необходимо включить в ГК РФ, в целях регулирования сделок по отчуждению ценных бумаг должны будут применяться не только в отношении договоров купли-продажи, но и иных сделок, связанных с отчуждением ценных бумаг. Поэтому включение соответствующих правил в нормы ГК РФ, регулирующие отношения по купле-продаже, необходимо

сопроводить оговоркой, что они должны применяться и при иных сделках, влекущих отчуждение ценных бумаг.

Заем и кредит. Необходимо прямо указать в ГК РФ на возможность заключения договоров займа и кредита ценных бумаг. Однако предметом таких сделок могут быть только ценные бумаги, определяемые родовыми признаками, прежде всего эмиссионные ценные бумаги.

Вопрос о допустимости использовать ценные бумаги в качестве предмета займа и кредита может быть решен в ГК РФ путем прямого соответствующего указания в ст. 807 и 819 ГК РФ или косвенно через специальные нормы, которые потребуется ввести в ГК РФ для регулирования отношений по таким договорам.

Так договор займа в отношении ценных бумаг не должен считаться беспроцентным, но как по такому договору, так и по договору кредита необходимо установить правило о порядке определения процентов по этим договорам.

2.3. Принимая во внимание устанавливаемые законом особенности передачи прав по ценным бумагам и порядок легитимации прав владельцев ценных бумаг, в ГК РФ должен быть решен комплекс вопросов, возникающих в связи с необходимостью заключения сделки с ценной бумагой и одновременного оформления передачи прав по этой бумаге.

Во-первых, в случае совершения сделки с ценной бумагой и неисполнении ее владельцем обязанности оформить надлежащим образом передачу прав по такой бумаге, наделить суд по требованию контрагента правом «оформлять» такую передачу надлежащим образом (оформлять индоссамент, обязывать лицо, ведущее учет прав на бездокументарные ценные бумаги, вносить необходимые записи по счетам и т.д.).

Во-вторых, применительно к бездокументарным бумагам система учета прав должна позволять отражать основной статус лица, в зависимости от приобретаемых прав по соответствующей сделке (счет владельца, залогодержателя, доверительного управляющего), а также, по-видимому, определенные допускаемые законом в рамках соответствующей сделки ограничения этих прав или наоборот дополнительные права. Например, бумаги в доверительном управлении зачислены на счет доверительного управляющего, но объем прав доверительного управляющего может быть разным в зависимости от условий договора доверительного управления.

Таким же образом необходимо урегулировать правила о трансферте по именованным ценным бумагам. Сегодня, например, правила Закона об ипотеке, касающиеся закладных, вообще, не предусматривают возможности отражения в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, никаких сделок с закладными, кроме их отчуждения.

В-третьих, применительно к документарным бумагам необходимо решить вопрос об оформлении передачи прав по соответствующей бумаге (хотя бы диспозитивно) при совершении сделок с ценными бумагами. Например, закон не устанавливает никаких правил о порядке оформления передачи в доверительное управление ордерной или именной бумаги.

Возможно в качестве некоего общего правила можно было бы предусмотреть, что если не установлено иное законом или договором, то при совершении сделки с документарной бумагой права передаются по ней как при отчуждении.

В-четвертых, необходимо решить вопрос о соотношении сделки с ценной бумагой и сделкой по передаче прав по бумаге.

Применительно к сделкам с любыми ценными бумагами желательно закрепить в качестве общего правила о том, что для всех третьих лиц (включая должника по ценной бумаге) объем прав лица определяется тем, как ему переданы право по бумаге (независимо от характера сделки), а для отношений сторон по сделке условиями сделки.

Далее необходимо определить возможные последствия для одной сделки при недействительности или отсутствии другой:

- недействительность сделки по передачи прав, безусловно, не порочит сделку, являющуюся основанием по передаче. При действительности сделки, являвшейся основанием для надлежащей передачи соответствующему лицу прав по бумаге, это лицо вправе требовать передачи ему прав по бумаге в установленном порядке;

- недействительность или отсутствие сделки, которая являлась основанием для оформления передачи прав по бумаге, не может по общему правилу влечь недействительность сделки по передачи прав по этой бумаге, если это нарушит права третьих добросовестных лиц на эти бумаги.

В-пятых, необходимо прямо оговорить возможность должника по ценной бумаге, который приобрел бумагу и права по ней, распорядиться бумагой в установленном порядке, исключив применение в этой ситуации правила ГК РФ о прекращении обязательства в результате совпадения должника и кредитора в одном лице.

2.4. Если в будущем широкое распространение получают такие товарораспорядительные ценные бумаги как складские свидетельства, то применительно к товарораспорядительным ценным бумагам необходимо законодательно решить вопрос о соотношении сделок с такими бумагами и сделок непосредственно с соответствующим имуществом.

По общему правилу при наличии товарораспорядительной ценной бумаги предметом сделки должна являться бумага, а не соответствующее имущество. Сделка с бумагой означает и сделку с имуществом. Если все-таки возникает коллизия, ее нужно решать в пользу лица, обладающего соответствующим правом на бумагу.

2.5. По таким длящимся сделкам как доверительное управление и залог, предметом которых являются ценные бумаги, но по которым эти бумаги не отчуждаются, в ГК РФ необходимо отразить решение вопросов, связанных с объемом прав контрагента (по распоряжению указанными бумагами и по осуществлению прав ими удостоверенных) и о последствиях, которые будет иметь изменение ценной бумаги в период действия договора.

Первое. Более подробно урегулировать вопрос о правах залогодержателя и доверительного управляющего по ценным бумагам, принимая во внимание, что они не собственники, а договоры длящиеся. В частности:

- закрепить возможность на основании договора залога ценных бумаг передавать залогодержателю права, удостоверенные ценные бумагой, что позволило бы залогодержателю осуществлять такие права от своего собственного имени, без оформления доверенности;

- четко закрепить норму о том, кто осуществляет прав по ценной бумаге, переданной в доверительное управление: доверительный управляющий или учредитель управления.

Второе. Ценные бумаги (как документарные, так и бездокументарные) являются таким видом имущества, которое может в течение своей “жизни” существенным образом изменяться. Причем такие изменения могут происходить независимо от воли залогодателя.

Во-первых, ценная бумага одного вида в соответствии с условиями ее выпуска и обращения может быть конвертирована в

ценную бумагу другого вида: облигация в акцию, привилегированная акция в обыкновенную и др. (см. ч. 4 п. 2 ст. 32, ст. 37 Федерального закона “Об акционерных обществах”).

Во-вторых, может измениться (увеличиться или уменьшиться) номинальная стоимость ценной бумаги. Такое изменение может быть связано как с изменением размера уставного капитала, так и с простой конвертацией (консолидацией или дроблением) акций (см. п. 1 ст. 28, ч. 1 п. 1 ст. 29, ст. 74 Федерального закона “Об акционерных обществах”).

В-третьих, ценные бумаги, обязанным по которым является одно лицо, могут быть конвертированы в ценные бумаги другого лица. Так, при реорганизации (слиянии, присоединении, разделении, выделении) акционерного общества его ценные бумаги конвертируются в ценные бумаги нового акционерного общества (см. п. 2 ст. 16, п. 2 ст. 17, п. 2 и 3 ст. 18, п. 2 и 3 ст. 20 Федерального закона “Об акционерных обществах”).

В-четвертых, ценная бумага может быть погашена и заменена другим имуществом (чаще всего наличными или безналичными денежными средствами) в том случае, если она будет оплачена либо удостоверенное ею право будет осуществлено (реализовано).

И, наконец, в-пятых, может быть проведена новация по ценной бумаге (реструктуризация ценной бумаги), т.е. ценная бумага может быть заменена новой ценной бумагой по соглашению между лицом, обязанным по этой ценной бумаге, и лицом, уполномоченным по этой бумаге. Подобная новация была обычным явлением в российской практике после 17 августа 1999 г. Возможно, она получит распространение и сегодня.

Во всех названных случаях с формально-юридической точки зрения имеет место замена одного имущества другим. В связи с этим неизбежно возникает вопрос о том, какие правовые последствия



будет иметь такая замена для длительных сделок с ценными бумагами. Это особенно важно в отношении заложенных ценных бумаг. Законодательством должно быть прямо предусмотрено, что залог распространяется на ценные бумаги (и иное имущество), которые получает залогодатель при их обмене или конвертации. Именно так решается этот вопрос при наложении ареста на ценные бумаги. «Полученные в результате конвертации или обмена иные ценные бумаги считаются находящимися под арестом на тех же условиях, что и ценные бумаги, арестованные по постановлению о наложении ареста, если это не противоречит целям наложения ареста» (ч. 6 ст. 82 Федерального закона «Об исполнительном производстве»).

### **§ 3. Секьюритизация**

#### **1. Действующее законодательство и его оценка**

Секьюритизация в самом общем виде представляет собой совокупность сделок, которые позволяют финансировать или рефинансировать активы юридических лиц, приносящих доход, посредством «преобразования» таких активов или рисков, связанных с такими активами, в торгуемую форму путем выпуска или выдачи ценных бумаг. Такой способ преобразования одних низколиквидных активов в ликвидные активы получил широкое распространение на финансовых рынках. Различают классическую и синтетическую секьюритизацию. Первая связана с передачей активов, которые генерируют платежи, и они затем секьюритизируются путем выпуска ценных бумаг, как правило, долговых. Вторая не предполагает передачу активов, а связана с передачей кредитных

рисков, которая осуществляется с использованием финансовых инструментов - кредитных деривативов.<sup>1</sup>

В России секьюритизация осуществляется в соответствии с общими нормами ГК РФ и специальных законов - («Об ипотечных ценных бумагах» и «Об инвестиционных фондах»). Указанные законы регулируют сделки по секьюритизации прав требований по ипотечным кредитам. В рамках секьюритизации ипотечных кредитов могут выпускаться долговые ценные бумаги (облигации), обеспеченные ипотечным покрытием,<sup>2</sup> и долевые ценные бумаги (паи паевых инвестиционных фондов и ипотечные сертификаты участия), которые удостоверяют «право собственности» в отношении прав требований по ипотечным кредитам. Практика выпуска ипотечных облигаций показала необходимость совершенствования законодательства в этой сфере. Часть вопросов носят технический характер, необходимость решения других вопросов вызвана необходимостью защиты прав инвесторов (владельцев облигаций). К таким вопросам относятся, в частности, необходимость введения института представителя облигационеров, а также института общего собрания владельцев облигаций.

Таким образом, в рамках российского законодательства без существенных юридических рисков, возможна только секьюритизация прав требований по ипотечным кредитам. Секьюритизация иных видов финансовых активов, таких как права требования по потребительским кредитам, банковским картам, лизинговым договорам, права требования в отношении будущих прогнозируемых платежей (абонентской платы за пользование

---

<sup>1</sup> Основными среди кредитных деривативов являются: кредитно-дефолтные свопы (CDS), свопы с полным возмещением (TRS) и кредитные ноты (CLN).

<sup>2</sup> По данным АИЖК объем ипотечных облигаций, выпущенных в соответствии российским правом, составляет на конец 2008 г. 30,352411 млрд. руб.

телефонами, электричеством, дорожных платежей, иных обязательных платежей и т.д.) невозможна.

Основными проблемами при осуществлении секьюритизации иных видов финансовых активов являются фрагментарное регулирование залога прав требований, строго формализованные процедуры уступки прав требований, невозможность уступить права требования, которые не могут быть индивидуализированы на момент их уступки, невозможность уступки прав требований в отношении еще несуществующего права, которое не оспаривается и не обусловлено встречными предложениями, уступка будущих прав требования возможна только в рамках факторинговых схем, проблемы регулирования залога прав требований.<sup>3</sup>

В основном указанные проблемы уже обозначены в разделах Концепции, посвященным вопросам обязательственного права, а также в настоящем разделе (параграф 2). Серьезные юридические риски в процессе секьюритизации связаны с возможностью признания уступки прав требований недействительной в связи с установленными в договоре ограничениями на уступку.

Кроме того, существующее законодательство не позволяет использовать уже ставшими традиционными для многих финансовых рынков улучшение кредитного качества выпускаемых в процессе секьюритизации ценных бумаг. Одним из механизмов повышения кредитного качества секьюритизированной задолженности является залог банковских счетов, обеспечительные (временно блокированные) банковские счета. Учитывая сложившееся доктринальное толкование норм действующего российского законодательства и существующую практику их

---

<sup>3</sup> Существуют и иные вопросы, которые требуют урегулирования в рамках законодательства о юридических лицах – специальные требования к специализированному юридическому лицу, которое выступает эмитентом ценных бумаг, необходимость установления нейтрального режима налогообложения и т.д.

применения, возможность залога указанных прав невозможна, ибо она должна быть прямо закреплена в ГК РФ.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

Основные вопросы, которые требуют урегулирования в этой сфере, могут быть разрешены в рамках совершенствования общих положений о замене стороны в обязательстве, уступке прав по будущим обязательствам, оптовой уступке, ответственности цедента за действительность уступленного требования и т.д., а также совершенствования положений главы 43 ГК РФ.

Кроме того, необходимо урегулировать такой способ обеспечения исполнения обязательств как залог прав по договору банковского счета (вклада).

Для этого необходимо прямо закрепить в законе нормы, позволяющие использовать в рамках обеспечения исполнения финансовых обязательств институт залога прав (требований), вытекающих из договора банковского счета (вклада). Вместе с тем, во избежание возможных коллизий между режимом применяемых в настоящее время в банковской практике банковских счетов и режимом залога прав по договору банковского счета, залог права по договору банковского счета, видимо, следует допустить при условии, что клиенту открывается специальный залоговый банковский счет.

При залоге банковского счета (вклада) на банк, который, не являясь стороной в этом договоре, открывает клиенту такой счет, следует возложить, в частности, обязанность по учету договоров о залоге прав по договору банковского счета (вклада).

Регулирование залога прав по договору банковского счета (вклада) должно учитывать особенности его предмета. В частности, нет необходимости давать оценку предмета залога и указывать

место нахождения предмета залога. Момент возникновения прав по договору залога должен быть связан с моментом учета договоров о залоге прав по договору банковского счета (вклада); права залогодателя (клиента или вкладчика банка) распоряжаться денежными средствами, находящимися или поступающими на счет, должны быть ограничены, также как и его права в отношении самого договора банковского счета (вклада), права по которому были заложены. Специальными должны быть и правила о порядке удовлетворения требований залогодержателя по договору о залоге прав по договору банковского счета (вклада). В отношении такого залога отсутствует необходимость использовать процедуру реализации заложенного имущества с публичных торгов. В качестве общего правила при обращении взыскания на заложенные права необходимо установить правило о том, что требования залогодержателя удовлетворяются путем списания банком денежных средств с залогового счета в безакцептном порядке на основании платежного требования залогодержателя.

Реализация указанных предложений позволит создать юридические рамки для осуществления секьюритизации различных видов финансовых активов.

Несмотря на то, что одной из причин финансового кризиса называют чрезмерное увлечение сложными финансовыми продуктами, в основе которых лежали некачественные активы, а также чрезмерные риски, которые на себя брали как продавцы, так и покупатели кредитных деривативов (прежде всего CDS), не предполагается, что рассматриваемые способы финансирования (рефинансирования) и перераспределения рисков, будут запрещены. Основным направлением станет усиление правового регулирования и надзора за рисками, которые берут на себя участники рынка. В рамках работы «Группы 20» в качестве мер, направленных на

преодоление кризиса, являются повышение устойчивости и прозрачности рынка кредитных деривативов, пересмотр стандартов бухгалтерской отчетности, в особенности в отношении сложных финансовых продуктов, установление более высоких требований к «объему собственного капитала банков в отношении структурированных кредитов и мероприятий по секьюритизации», оценка стандартов деятельности кредитно-рейтинговых агентств и т.д. Как видно, все эти меры находятся вне рамок частного права и касаются регулирования экономических нормативов и рисков.

При совершенствовании гражданского законодательства в указанной сфере необходимо, прежде всего, предоставить юридическую возможность осуществления секьюритизации, которая обеспечивается правами требования. Одновременно с этим необходимо вводить специальные требования и нормативы, которые бы снижали риски эмитента и участников рынка, приобретающих ценные бумаги, например, введения четких критериев оценки качества прав требований, которые секьюритизируются, и т.д.

## Раздел II. Финансовые сделки

### § 1. Заем и кредит

#### 1. Действующее законодательство и его оценка

1.1. Источниками регулирования заемных отношений являются:

- гл. 42 ГК РФ «Заем и кредит»;
- отдельные нормы в других разделах ГК РФ – об оплате товаров (ст. 488 и т.п.), о кредитовании счета (ст. 850);
- нормы о займе и кредите в других кодексах (гл. 15 Бюджетного кодекса РФ, Налоговый кодекс РФ) и других законах (Федеральный закон «О рынке ценных бумаг», Федеральный закон «О кредитных историях», Федеральный закон «О кредитных потребительских кооперативах граждан», ст. 24 «Заимствования унитарным предприятием» Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» и т.д.).

Отношения по кредитованию регулируются также нормативными актами Банка России.

Вопросы кредитования регулируются рядом актов Европейского сообщества. Это, в частности, Директива ЕС от 20 мая 1997 г. о дистанционных услугах, Директива ЕС 87/102/EWG «О приведении в соответствие правовых и административных норм государств-членов о потребительском кредите», Директива ЕС 2000/35/EG «О мерах по борьбе с задержками платежей в деловом обороте».

1.2. Глава 42 ГК РФ, посвященная разновидностям заемных отношений, не содержит параграфа «Общие положения». Их роль выполняют нормы о договоре займа. Такая структура главы

отвечает потребностям практики и не нуждается в принципиальном изменении.

Разновидностям заемных отношений посвящены отдельные нормы параграфа 1 гл. 42. Среди них есть две – ст. 815 «Вексель» и ст. 816 «Облигация», не используемые на практике, поскольку соответствующие отношения урегулированы специальным законодательством. Указанные нормы входят в противоречие со специальным законодательством, формально ограничивают его применение, часто без разумного объяснения. Кроме того, поскольку оборот векселей на территории РФ регулируется Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 года № 104/1341 "О введении в действие Положения о переводном и простом векселе", которое является формой введения на территории страны акта международного права - Единообразного закона о переводном и простом векселе, противоречие между ст. 815 ГК РФ и Положением разрешается в пользу Положения (ст. 7 ГК РФ).

1.3. К компетенции ЦБ РФ отнесено установление правил проведения банковских операций, а предоставление кредитов отнесено к их числу (ст. 4, 34, 80 Федерального закона «О Центральном Банке («Банке России»)). Столь общее описание компетенции ЦБ РФ привело к тому, что многие вопросы, урегулированные в ГК РФ, нашли отражение и в актах Банка России, причем не всегда в соответствии с ГК РФ. Установление Банком России собственного гражданско-правового регулирования кредитования во всех его аспектах, включая порядок заключения и исполнения кредитных договоров, указывает на серьезный структурный дефект законодательства, поскольку в главе 42 ГК РФ «Заем и кредит» отсутствуют отсылки к актам ЦБ РФ, а в ст. 3 ГК РФ ЦБ РФ не назван в качестве органа, имеющего право издавать акты гражданского права. Признание за ЦБ РФ права осуществлять



не только административное, но и гражданско-правовое регулирование в сфере кредитования, является нежелательным, поскольку провоцирует применение административных методов управления частноправовых отношений, что на практике выливается в не основанные на требованиях ст. 1 ГК РФ ограничения прав участников оборота.

1.4. В последние годы договор займа перестал быть договором, заключаемым в основном между гражданами в бытовых целях. Юридические лица активно предоставляют займы друг другу, своим работникам. Немало граждан, предоставляющих собственные средства в рост по договорам займа. Однако это изменение сферы использования договора займа не нашло отражения в ГК РФ, нормы которого не дифференцированы в зависимости от субъекта договора займа или целей, преследуемых его сторонами. Для сравнения, в главе ГК РФ, посвященной заемным по природе отношениям – отношениям по договору банковского вклада, выделен массив норм, устанавливающих особое регулирование для физических лиц. Представляется, что отсутствие дифференциации норм о займе по субъектному признаку либо признаку цели займа является дефектом законодательства.

1.5. Некоторые нормы о договоре займа не удовлетворяют потребностям практики.

1.5.1. В силу ст. 807 ГК РФ предметом договора займа являются вещи, в том числе деньги, которые передаются в собственность заемщика. Предоставление займы денежных средств и бездокументарных бумаг, являющееся обычным явлением, оказывается вне сферы прямого регулирования. Противоречие подчеркивается тем, что в силу п. 3 ст. 810 ГК РФ возврат займа допускается и в безналичной форме.

1.5.2. На практике ощущается потребность в консенсуальной модели договора займа, в частности, при оформлении заемных отношений с участием микро финансовых организаций (кредитные кооперативы и т.п.); между юридическими лицами; между юридическими лицами и их работниками. Для вещного займа такая возможность уже предусмотрена (ст. 822 Кодекса).

1.5.3. Является потребность в упорядочении норм о различных процентах по договору займа и порядке их начисления. Кроме того, практикой сформулированы и применяются правила, отсутствующие в нормах ГК РФ о займе:

- правило о том, что проценты-санкции не начисляются на проценты - плату за заем (запрет сложных процентов);

- правила о капитализации процентов (см.: "Методические рекомендации к Положению Банка России "О порядке начисления процентов по операциям, связанным с привлечением и размещением денежных средств банками, и отражения указанных операций по счетам бухгалтерского учета" от 26 июня 1998 г. № 39-П", утв. письмом ЦБ РФ от 14 октября 1998 г. № 285-Т); соответствующее правило предусмотрено для вкладов пунктом 2 ст. 839 ГК РФ;

- правило о том, что «в тех случаях, когда в договоре займа либо в кредитном договоре установлено увеличение размера процентов в связи с просрочкой уплаты долга, размер ставки, на которую увеличена плата за пользование займом, следует считать иным размером процентов, установленных договором в соответствии с пунктом 1 статьи 395 Кодекса» (п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ и Пленума Верховного Суда РФ от 08.10.98 № 13/14 «О практике применения положений Гражданского Кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»). Установление повышенного процента рекомендовано Директивой ЕС 2000/35/EG

«О мерах по борьбе с задержками платежей в деловом обороте» и воспринято некоторыми национальными законодательствами (см., например, ст. 288 ГГУ).

1.5.4. Практика поставила вопрос о ростовщических процентах. Они встречаются в основном в отношениях между гражданами, при получении займов в ломбардах, при кредитовании клиентов банков для осуществления ими расчетов с использованием карт. Квалификация условия о ростовщических процентах как недобросовестного в суде затруднительна. Ростовщические проценты запрещены в праве Германии (ст. 138 ГГУ).

1.5.5. Широкое распространение на практике получило использование в договорах условия о т.н. «плавающей процентной ставке», которое позволяет сторонам соглашения адаптировать свои отношения к изменяющимся экономическим условиям на рынке капитала и влечет изменение процентной ставки, в зависимости от изменения ставки рефинансирования. Этот подход является обоюдовыгодным и оправданным. Между тем, такая договорная техника, не имея твердой опоры в законодательстве, нередко признается судами незаконной.

1.5.6. ЦБ РФ в Положении от 31 августа 1998 г. № 54-П запретил предоставление кредитов путем оплаты счетов третьих лиц, отменив переадресовку исполнения (ст. 312 ГК РФ) при исполнении кредитного договора. Представляется, что к компетенции ЦБ РФ не относится решение вопроса о том, что кредит может (не может) предоставляться путем передачи средств лицу, указанному заемщиком. Кроме того, это ограничение вызывает возражение и по сути, поскольку устраняет один из традиционных для банковской практики способ финансирования.

1.5.7. На практике ощущается потребность в более подробном регулировании отношений по досрочному возврату займа, а именно

о праве на досрочный возврат и обязанности компенсировать займодавцу ущерб в имуществе, связанный с осуществлением заемщиком его права (компенсация за досрочный возврат).

1.5.8. Статьями 811, 813, 814 ГК РФ предусмотрено правило о том, что при досрочном взыскании суммы займа заемщик должен компенсировать кредитору всю сумму процентов, которая причиталась бы ему, если бы заем был возвращен в срок, предусмотренный договором (п. 16 Постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 13/14). Норма вызывает возражения, поскольку 1) может применяться в ситуациях, когда заемщик не отвечает за обстоятельства, послужившие основанием для досрочного взыскания (например, при утрате обеспечения), 2) норма применяется независимо от суммы причитающихся банку процентов, которая может быть значительной при долгосрочных займах. Жалобы на несоответствие Конституции РФ п. 2 ст. 811 ГК РФ уже поступили в Конституционный Суд РФ. Кроме того, не урегулирован вопрос о последствиях досрочного взыскания вещного займа.

1.5.9. Формулировка ст. 810 ГК РФ не ясна, в силу чего суды иногда рассматривают право на досрочное взыскание суммы займа как право на расторжение договора. Это серьезно нарушает права займодавца, поскольку приводит к утрате им обеспечения как раз тогда, когда потребность в нем, скорее всего, появится.

1.6. При применении норм о государственном займе возникает неясность по вопросу о том, в какой части эти отношения регулируются нормами гражданского, а в какой бюджетного законодательства. То же касается и отношений по предоставлению бюджетных кредитов. Являясь разновидностью заемных отношений, они вообще не нашли позитивного регулирования в ГК РФ. Разграничение предметов правового регулирования в договорных

отношениях с участием публично-правовых образований имеет принципиальное значение, что нашло отражение, в частности, в многочисленных постановлениях Конституционного Суда РФ.

Норма ГК РФ неоправданно ограничивает способы оформления государственного займа использованием ценных бумаг, хотя бюджетное законодательство не исключает и иные способы заимствований.

1.7. Статья 823 ГК РФ, посвященная коммерческому кредитованию, имеет ценность, в первую очередь, при решении споров, связанных с непоименованными договорами. Анализ специальных норм о коммерческом кредитовании, во множестве включенных в ГК РФ, показывает, что они сформулированы без видимой логики. Это затрудняет применение правил о коммерческом кредитовании. Кроме того, отсутствует особое регулирование коммерческого кредитования на потребительском рынке и при дистанционных продажах.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Необходимо дифференцировать нормы гл. 42 ГК РФ с целью введения специального регулирования отношений с участием граждан. При этом требуется различать нормы о займах, предоставляемых гражданами, с одной стороны, и нормы о займах, приобретаемых гражданами - потребителями, с другой. В зависимости от объема и характера изменений целесообразно рассмотреть вопрос о введении в главу нового параграфа, посвященного заемным отношениям с участием граждан.

2.2. Следует исключить из ГК РФ ст. 815 «Вексель» и ст. 816 «Облигация».

2.3. Требуется ввести правила о бюджетных кредитах.

2.4. Конкретизировать права ЦБ РФ по регулированию гражданско-правовых аспектов кредитных отношений.

2.5. Изменить определение договора займа, указав, что предметом займа могут быть деньги и другие вещи, определяемые родовыми признаками, денежные средства, а также бездокументарные ценные бумаги, определяемые родовыми признаками.

2.6. Допустить использование конструкции консенсуального договора займа, но только в случае, если займодавцем является юридическое лицо. Решить вопрос о праве сторон такого договора на односторонний отказ от него до момента передачи предмета займа.

2.7. Указать (императивно) на возможность предоставления займов путем перечисления суммы займа лицу, указанному займодавцем.

2.8. Ввести в ГК РФ прямое указание на то, что проценты-санкции не начисляются на проценты - плату за заем (запрет сложных процентов), предусмотрев возможные исключения из этого правила (капитализация процентов).

2.9. Урегулировать в ГК РФ вопрос о повышенных процентах, когда увеличение размера процентов установлено в договоре в связи с просрочкой уплаты долга. Рассмотреть возможность использования подхода, изложенного в Директиве ЕС 2000/35/EG «О мерах по борьбе с задержками платежей в деловом обороте». Предусмотреть норму о «плавающей процентной ставке».

2.10. Установить справедливое регулирование на случай досрочного взыскания суммы (предмета) займа. Как вариант рассмотреть правило о том, что при досрочном взыскании суммы займа заемщик должен компенсировать кредитору всю сумму процентов, которая причиталась бы ему, если бы заем был

возвращен в срок, предусмотренный договором, только если такое условие предусмотрено договором.

В случае если заемщиком является гражданин, взыскание причитающихся процентов должно осуществляться по правилам о возмещении убытков.

2.11. Обсудить целесообразность введения запрета взимания ростовщических процентов и определения критериев отнесения процентов к ростовщическим.

2.12. Уточнить, формулировку ст. 810 ГК РФ, описав право на досрочное взыскание предмета займа как право займодавца при соответствующих условиях в одностороннем порядке изменить условие о сроке возврата займа.

2.13. Ввести специальные нормы, регулирующие право заемщика отказаться от договора в одностороннем порядке (право заемщика на досрочный возврат займа). В частности:

- предоставить гражданам – заемщикам право отказаться от договора денежного займа в течение короткого периода (7-10 дней) после получения суммы займа (с уплатой процентов за пользование денежными средствами и, возможно, возмещением обоснованных расходов займодавца на привлечение денежных сумм);

- установить право заемщика-гражданина на досрочный возврат займа и условия его реализации;

- установить последствия досрочного возврата предмета займа; например, установить правило о возмещении имущественного ущерба, причиненного досрочным возвратом неденежного займа, что особенно актуально при предоставлении займа ценными бумагами и бездокументарными ценными бумагами.

2.14. В отношении договора государственного займа указать, что он заключается не только путем приобретения заемщиками

ценных бумаг, но и иными способами, допускаемыми бюджетным законодательством.

2.15. Указать, что преддоговорные и договорные отношения между займодавцем и заемщиком по поводу государственных займов и бюджетных кредитов, регулируются гражданским законодательством.

2.16. Подчинить общей логике правила, регулирующие коммерческое кредитование. При этом исходить из принципа повышенной защиты потребителей, а также необходимости особого регулирования при дистанционном способе оформления отношений, содержащих элементы коммерческого кредитования.

## **§ 2. Факторинг**

### **1. Действующее законодательство и его оценка**

1.1. Положения о финансировании под уступку денежного требования в виде отдельной главы 43 (статьи 824 – 833) включены в часть вторую ГК РФ. Договор финансирования под уступку денежного требования был выделен в качестве нового для российской правовой системы типа договора.

1.2. Определение договора финансирования, содержащееся в ст. 824 ГК РФ, охватывает очень широкий круг отношений, не определяя признаки, на основании которых возможно разграничение между договором финансирования и другими видами договоров, в рамках которых возможна передача права требования. Наиболее остро проблема определения круга отношений, на которые распространяется факторинг, возникла в области разграничения договора финансирования и договоров купли-продажи права требования, займа, кредита, договоров о залоге права требования.



В связи с этим и в доктрине, и в судебной практике возникли затруднения при определении круга отношений, на которые распространяются нормы главы 43 Кодекса. Имеющиеся на доктринальном уровне решения, в частности, предлагающие исходить из основной цели договора – которой для договора финансирования является именно предоставление последнего – не способствовали формированию единой практики, поскольку даже в ходе разработки международных конвенций в рамках ООН было признано, что не существует единого понимания термина «финансирование» и практически невозможно и нецелесообразно его определить.

1.3. Положения данной главы практически не содержат норм, регулирующих взаимоотношения финансового агента и клиента по данному договору. В частности, не решены вопросы о порядке исполнения клиентом своих обязанностей по передаче права требования и о предоставляемых им гарантиях действительности и/или платежеспособности должника; об оплате услуг финансового агента и выплате клиентом процентов за пользование предоставленными денежными средствами, об ответственности финансового агента и т.д.

Фактически регулирование, включенное в главу 43 ГК РФ, представляет собой специальные нормы по отношению к нормам общей части обязательственного права об уступке требования (ст. 382 – 390 Кодекса).

1.4. Значительные затруднения возникли и в связи с требованием о наличии лицензии у финансового агента (ст. 825 ГК РФ). Данное положение приводило к тому, что практически все сделки, в рамках которых уступались права требования, если встречное предоставление являлось денежным, суды квалифицировали как договоры о финансировании, участие в

которых на стороне цессионария (финансового агента) возможно только при наличии соответствующей лицензии. При отсутствии лицензии такие сделки признавались недействительными (ничтожными), даже в том случае, когда речь шла о разовых сделках по возмездному приобретению прав по денежным обязательствам. Вместе с тем Закон о лицензировании не относил деятельность финансового агента к лицензируемой; Закон о банках и банковской деятельности не рассматривал сделки по финансированию под уступку как банковские операции, деятельность по осуществлению которой нуждается в лицензировании. Данное положение явилось тормозом в развитии сделок по использованию дебиторской задолженности (прав требования по денежным обязательствам) как для целей обеспечения интересов кредиторов в сделках по финансированию, так и для целей обеспечения интересов производителей в обеспечении непрерывного потока платежей.

Необходимо отметить, что сделки по финансированию, в рамках которых возможно предоставление особого режима уступки, как правило, в международной практике характеризуются тем, что они являются рамочными, рассчитаны на длительный характер отношений, включают помимо финансирования также обязанность финансового агента либо вести учет дебиторской задолженности, либо оказывать услуги по инкассированию задолженности, либо обеспечивать защиту (страховать) клиента от риска неплатежей.

1.5. Некоторые положения главы 43 Кодекса, воспроизводящие правовые конструкции, выработанные в рамках Оттавской конвенции УНИДРУА 1988 г. о международном факторинге, отражают практику лишь по определенному кругу сделок финансирования и соответственно, включали положения, которые вступают в противоречие с общими принципами регулирования уступки. Так, п. 2 ст. 10 Конвенции содержит следующее правило:

неисполнение или ненадлежащее исполнение договора цедентом (поставщиком) не дает возможности должнику обращаться с требованием о возврате сумм к цессионарию при наличии права требования к поставщику (цеденту).

Исключения предусматривались для случаев неосновательного обогащения или недобросовестности цессионария. Должник, имеющий право требовать возврата аванса от поставщика (цедента), вправе потребовать возврата платежа от цессионария, если:

на момент, когда должник требует аванса, цессионарий не исполнил свое обязательство по оплате поставщику (цеденту) уступленных прав;

цессионарий заплатил цеденту, зная о неисполнении, ненадлежащем исполнении или просрочке исполнения цедентом (поставщиком) договора на продажу, имеющего отношение к товарам, по которым он получил платеж от должника.

Аналогичные положения были включены и в ГК РФ (ст. 831).

Указанное правило в Конвенции было сформулировано применительно к конкретным ситуациям факторинговых сделок, когда фактор (цессионарий) выдает должнику гарантии исполнения обязательства цедентом. Право должника на истребование платежей от цессионария действует в качестве предоставляемой цессионарием должнику гарантии того, что цедент исполнит договор.

Риски неплатежеспособности цедента (клиента) в силу указанного правила распределяются таким образом, что должник при недобросовестности цессионария или его неосновательном обогащении может обратиться с требованием о возврате платежей непосредственно к цессионарию. Должник в этом случае попадает в более выгодное положение по сравнению с тем, которое имело бы место при отсутствии уступки. Если бы требование не уступалось,

то риск неплатежеспособности первоначального кредитора лежал бы на должнике.

Это положение затрагивает принцип неизменности правового положения должника при уступке. Исходя из этого в Нью-Йоркской конвенции ООН 2001 г. об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (ст. 21) заложено правило, в силу которого если должник производит платеж цессионарию, а cedent не исполняет первоначальный договор, то должник не может обращать требование к цессионарию. Однако у должника сохраняется любое правовое основание для иска, которым он может обладать по отношению к cedentu в соответствии с первоначальным договором.

Учитывая, что в российской договорной практике выдача фактором гарантий должнику не использовалась, норма ст. 830 ГК РФ в определенной степени вошла в противоречие с общим подходом о распределении рисков в отношениях по уступке.

1.6. В соответствии с п. 1 ст. 826 Кодекса предметом уступки, под которое предоставляется финансирование, может быть как денежное требование, срок платежа по которому уже наступил (существующее требование), так и право на получение денежные средств. Поскольку общие положения об уступке основывались на допустимости уступки только возникшего права, норма в главе 43 ГК РФ также трактовалась как ограничивающая (запрещающая) возможность использования в качестве объекта встречного предоставления в рамках договора финансирования прав по договорам, которые не заключены на момент заключения договора финансирования, что серьезно ограничивало практику заключения долгосрочных договоров с производителями товаров, работ и услуг.

Нормы об ответственности клиента перед финансовым агентом с одной стороны, отражали потребности современной практики, в отличие от общих норм главы 24 ГК РФ допуская возможность в

соглашении сторон в отношении ответственности клиента за действительность переданного требования. Вместе с тем само понятие действительного требования в п. 2 ст. 827 было сформулировано императивно: «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», что лишило возможности в договоре финансирования иначе распределить риски возражений, не известных клиенту (цеденту) на момент уступки.

Особенно актуальным этот вопрос является именно при оптовых уступках будущей задолженности. При обсуждении Нью-Йоркской конвенции было признано, что возложение рисков скрытых возражений на цедента (клиента) является более разумным, поскольку надлежащее исполнение первоначального договора зависит, прежде всего, от цедента, и если его исполнение будет надлежащим, то возражений у должника не возникнет. Поскольку именно клиент может наиболее эффективно предотвратить возможность появления и заявления возражений, риск их возникновения также по общему правилу должен лежать на нем. Иное может быть предусмотрено договором. Такой подход нашел отражение в ст. 11 Нью-Йоркской конвенции.

Отказ должника от возражений в отношениях по финансированию является весьма распространенным инструментом, позволяющем заранее определить возможные риски при покупке или ином приобретении прав требования финансовым агентом. Как правило, такой отказ осуществляется должником при условии соответствующего вознаграждения или определенных уступок со стороны клиента (кредитора). Вместе с тем институт такого отказа российской договорной практике не был известен. При отсутствии

позитивного регулирования попытки его использования в рамках сделок с правами требования судами во многих случаях оценивается негативно и нередко характеризуется как ограничение правоспособности.

1.7. В Оттавской конвенции не был разрешен вопрос о коллизии прав финансового агента и иных лиц в отношении прав на получение денежных средств. Этот вопрос не был урегулирован и в общих положениях об уступке, не были включены они и в главу 43 ГК РФ. Не были урегулированы вопросы о правах финансового агента на иное исполнение, произведенное взамен платежа (например, по соглашению об отступном). Существующий пробел значительно увеличивает риски финансирующей стороны и соответственно, влияет на стоимость ее услуг и размер предоставляемых денежных средств.

1.8. В настоящее время круг прав требований, которые могут быть предметом договора финансирования, ограничен так называемой «товарной» задолженностью – задолженностью за товары, работы и услуги. В международной и зарубежной практике для целей финансирования, в том числе в рамках сделок секьюритизации, нередко используются и права по заемным (кредитным) обязательствам, денежные права в отношении эмитентов ценных бумаг. Узкое определение в ст.824 ГК РФ задолженности, способной к уступке на основании соглашений о финансировании, не способствует развитию практики рефинансирования под уступку прав по финансовым обязательствам. Вместе с тем, необходимо определить круг обязательств, права по которым не могут в силу своей природы являться предметом уступки в рамках подобных сделок (например, права, возникшие из сделок, совершаемых на бирже – в силу

наличия соглашения о клиринге, права по гарантиям и аккредитивам и т.п.).

1.9. Многие вопросы, препятствующие развитию практики финансирования, могут быть разрешены в рамках совершенствования и модернизации общих положений о замене стороны в обязательстве (глава 24 ГК РФ), например, о частичной уступке, уступке прав по будущим обязательствам, оптовой уступке, ответственности цедента за действительность уступленного требования и т.д. При внесении соответствующих изменений в общую часть отпадет необходимость решения этих вопросов в главе 43 ГК РФ.

В связи с этим возникает вопрос о целесообразности сохранения главы 43 Кодекса в прежнем виде. Ее сохранение оправданно в том случае, если в нее будут включены положения, касающиеся взаимных прав и обязанностей цедента и цессионария по договору финансирования, а положения об уступке сохранятся лишь в той мере, в какой они не будут дублировать общие положения об уступке.

При изменении концепции данной главы она могла бы более детально урегулировать отношения по различным типам сделок финансирования (в том числе по проектному финансированию, секьюритизации и т.д.). Технически это можно сделать различным образом, в частности, путем распространения норм данной главы на отношения по таким договорам, если иное не будет предусмотрено специальными нормами (или договором).

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Уточнить сферу применения положений о договоре финансирования, определив более широко характер задолженности, способной к уступке в рамках такого договора.

2.2. Включить квалифицирующие признаки, необходимые для разграничения указанных договоров с другими сделками, в рамках которых права передаются за денежное вознаграждение. Такими признаками могут быть: длящийся характер отношений, предоставление финансовым агентом помимо финансирования и иных услуг (ведение учета задолженности, инкассирование задолженности, страхование рисков клиента).

2.3. Внести изменения в ГК РФ и Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» с тем, чтобы устранить неопределенность в вопросе о необходимости лицензирования определенных операций, осуществляемых в процессе финансирования под уступку требования.

2.4. Положения, касающиеся уступки будущих прав, ответственности клиента за действительность уступленных (в том числе и будущих прав), последствий направления уведомления при последующих и множественных уступках.

2.5. Необходимо обеспечить защиту прав финансового агента не только в отношении клиента, но и в отношении третьих лиц, которым может быть произведено должником исполнение. Исходя из этого, необходимо определить приоритет прав в отношениях между финансовым агентом и клиентом, в отношениях между финансовым агентом и третьими лицами, претендующими на «ценность» уступленного права (кредиторы должника и клиента в деле о банкротстве, кредиторы клиента, по требованиям которых обращается взыскание на его имущество и т.д.). Данные положения должны распространяться не только на платеж, но и на иное имущество, передаваемое в погашение долга.

2.6. При урегулировании в главе 24 ГК РФ отношений по коммерческой уступке в соответствии с потребностями современной практики, исключить эти положения из главы 43 Кодекса, сохранив



лишь те из них, которые отражают особенности передачи прав именно в рамках данного договора.

2.7. Урегулировать в главе 43 ГК РФ взаимные права и обязанности финансового агента и клиента (оплата услуг и выплата процентов финансовому агенту, сроки предоставления финансирования, основания для отказа клиента от предоставления финансирования, досрочный возврат и досрочное требование о возврате финансирования, обязанности клиента по оформлению передачи прав требования, по направлению уведомления и т.д.).

### § 3. Банковский вклад

#### 1. Действующее законодательство и его оценка

Отношения по договору банковского вклада регулируются главой 44 ГК РФ, которая содержит 11 статей. Кроме того, к отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются правила о договоре банковского счета (глава 45), если иное не предусмотрено правилами главы 44 или не вытекает из существа договора банковского вклада.

1.1. В соответствии с п. 1 ст. 837 ГК РФ договор банковского вклада заключается на условиях выдачи вклада по первому требованию (вклад до востребования) либо на условиях возврата вклада по истечении определенного договором срока (срочный вклад).

В силу п. 2 этой же статьи по договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика, за исключением вкладов, внесенных юридическими лицами на иных условиях возврата, предусмотренных договором.

Данные нормы не устанавливают конкретный срок исполнения обязанности банка «по первому требованию».

В юридической литературе можно встретить различные рассуждения о неудачной формулировке указанных норм.

По мнению некоторых авторов, правильнее было бы говорить о «разумном сроке» исполнения обязанности банка выдать вкладчику сумму вклада или ее часть. Системное толкование п. 2 ст. 314, п. 3 ст. 834 и ст. 849 ГК РФ позволяет сделать вывод, что банк обязан выдать вкладчику вклад в разумный срок, т.е. не позднее следующего рабочего дня после поступления соответствующего требования вкладчика.

Вместе с тем некоторые авторы обращают внимание на значительность сумм отдельных вкладов. В этом случае банк обычно предлагает вкладчику «заказать наличные деньги».

Таким образом, с целью устранения различных толкований п. 1 и п. 2 ст. 837 ГК РФ, и, как следствие, различной правоприменительной практики, необходимо изменить редакцию данных норм.

1.2. В настоящее время на уровне закона отношения, возникающие в связи с выпуском и обращением в гражданском обороте сберегательных (депозитных) сертификатов, урегулированы всего одной статьей ГК РФ (ст. 844), которая состоит из трех пунктов. В первом пункте дано определение сберегательного (депозитного) сертификата, во втором - указывается на то, что сертификаты могут быть предъявительскими или именными, в третьем – установлено правило о начислении процентов в случае досрочного предъявления сберегательного (депозитного) сертификата к оплате. Представляется, что такое регулирование нельзя назвать достаточным.

Фактически в настоящее время правила выпуска и обращения сертификатов регулируются подзаконным актом - письмом Банка России от 10 февраля 1992 года.

1.3. В настоящее время банковское сообщество неоднократно обращает внимание на необходимость внесения изменений и дополнений в статью 837 ГК РФ с целью разрешить банкам такой вид срочных вкладов, по которым граждане-вкладчики будут вправе получить внесенные во вклад денежные средства только по окончании срока вклада, установленного заключенным между гражданином и банком договором. На вклады этого вида не будет распространяться предусмотренное пунктом 2 статьи 837 ГК РФ

право граждан-вкладчиков на получение суммы вклада по их первому требованию независимо от вида вклада.

Анализ положений названной нормы и статьи 844 ГК РФ позволяет сделать вывод, что данные нормы фактически устанавливают одинаковое правило: по договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика (п. 2 ст. 837 ГК РФ); согласно п. 3 ст. 844 ГК РФ вкладчик (держатель сертификата) вправе предъявить к оплате сберегательный (депозитный) сертификат досрочно.

При такой ситуации банки не в состоянии планировать размещение привлеченных от вкладчиков денежных средств на длительные сроки, поскольку всегда существует вероятность досрочного расторжения договора срочного банковского вклада и досрочного предъявления к оплате сберегательного (депозитного) сертификата.

Установленная законом обязанность банка возвратить вклад по первому требованию вкладчика независимо от условий договора противоречит групповым интересам вкладчиков, поскольку позволяет одним вкладчикам изъять часть долгосрочных вкладов в любой момент в ущерб интересам остальных вкладчиков банка. Эта угроза становится особенно реальной в условиях кризисов, когда резко увеличивается отток депозитов, отчего снижается ликвидность банков. Одновременное изъятие срочных вкладов способно привести к банкротству практически любой банк.

Действующее законодательство уже предусмотрело иной механизм защиты интересов вкладчиков банков - Федеральный закон «О страховании вкладов физических лиц в Российской Федерации». В связи с этим в настоящее время уже нет необходимости в сохранении в ГК РФ двух аналогичных способов защиты прав вкладчиков: безусловное право на досрочное изъятие

вклада и на досрочное предъявление к оплате сберегательного (депозитного) сертификата.

1.4. Драгоценные металлы являются активами 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 переводиться с металлического счета одного лица на металлический счет другого, а для организации переводов в другие банки кредитные организации могут устанавливать между собой корреспондентские отношения.

В настоящее время на уровне закона практически никак не урегулированы отношения по банковскому вкладу драгоценных металлов и металлическому счету. Действующее законодательство не учитывает специфики отношений, складывающихся по поводу драгоценных металлов между коммерческими банками и их клиентами.

Основным (и по сути единственным) документом, регулирующим операции кредитных организаций с драгоценными металлами, в том числе по обезличенным металлическим счетам, является Положение Банка России от 01.11.96 № 50 «О совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами на территории Российской Федерации и порядке проведения банковских операций с драгоценными металлами».

Проблема правового статуса вкладов драгоценных металлов и металлических счетов с учетом бурно развивающегося оборота драгоценных металлов в Российской Федерации нуждается в законодательном урегулировании.

Внесение изменений и дополнений в ГК РФ позволит повысить правовую определенность при совершении кредитными организациями операций с драгоценными металлами, снизить правовые риски и положительно скажется на функционировании рынка драгоценных металлов.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Необходимо установить конкретный срок исполнения банком обязанности выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика.

2.2. Требуется развитие регулирования отношений, возникающих в связи с выпуском и обращением в гражданском обороте сберегательных (депозитных) сертификатов. Основные положения, регламентирующие эти отношения, должны быть установлены в законе, а не на уровне нормативных актов ЦБ РФ.

2.3. В пункте 3 статьи 844 ГК РФ указать на то, что сберегательный (депозитный) сертификат может быть предъявлен к оплате досрочно, если иное не предусмотрено условиями сертификата. Введение этой новеллы не может и не должно затрагивать право граждан-вкладчиков на открытие вкладов, дающих возможность досрочного их изъятия.

2.4. На уровне закона следует урегулировать отношения по банковскому вкладу драгоценных металлов и металлическому счету. В законодательстве должны быть закреплены следующие положения: правовой режим банковского вклада драгоценных металлов и металлического счета; существенные условия договора обезличенного металлического счета; виды обезличенных металлических счетов; порядок проведения банковских операций с драгоценными металлами.

## **§ 4. Банковский счет**

### **1. Действующее законодательство и его оценка**

Основные нормы, регламентирующие отношения по договору банковского счета сосредоточены в главе 45 ГК РФ, содержащей 16 статей. Практика применения законодательства, а также сравнение национального регулирования с иностранными правовыми порядками, выявили необходимость совершенствования законодательства.

1.1. Действующее законодательство различает несколько видов банковских счетов, которые разграничиваются по различным основаниям (расчетный счет и корреспондентские счета; рублевые и валютные счета; счета резидентов и нерезидентов и др.). Однако практика испытывает потребность, как в видовом расширении банковских счетов, так и в развитии регламентации уже имеющихся в законодательстве видов банковских счетов.

1.1.1. Корреспондентский счет обладает значительной спецификой, поскольку опосредует расчеты между банками. Однако регламентация отношений по договору корреспондентского счета в ГК РФ ограничена отсылочной нормой ст. 860 ГК РФ. Все регулирование сосредоточено в нормативных актах ЦБ РФ.

1.1.2. В отличие от многих развитых иностранных правовых порядков российскому праву неизвестен совместный счет. Между тем, такой вид счета может быть востребован, как в общегражданских, так и предпринимательских отношениях. Так, например, он может использоваться супругами и иными союзами, товарищами в договоре простого товарищества. Отсутствие данного вида счета обедняет юридический инструментарий участников гражданского оборота в отношении безналичных денежных средств и не позволяет учитывать особенности юридических связей между ними и хозяйственных потребностей.

1.1.3. В гражданском законодательстве также не урегулирован специальный номинальный счет, денежные средства на котором не принадлежат владельцу счета, но аккумулируются на нем с определенной целью и управляются владельцем счета (аналог счета «эскроу»). Отсутствие соответствующей регламентации приводит к тому, что участники гражданского оборота вынуждены обращаться к иностранным правовым порядкам, искусственно подчиняя свои отношения иностранному праву. Последнее влечет увеличение рисков для российских участников гражданского оборота и вызывает негативные экономические последствия в виде вынужденного вывода капитала за пределы страны. Введение целевых счетов позволило бы использовать их также для обеспечения исполнения обязательств, в том числе в соединении с другими способами обеспечения, что в настоящее время невозможно.

1.1.4. Гражданское законодательство не предусматривает временного (накопительного) счета создаваемого юридического лица. Между тем на практике *de-facto* он используется, но облакается в не подобающие юридические формы. Действующее законодательство о создании и регистрации юридических лиц предусматривает необходимость внесения учредителями вкладов в уставный капитал еще до возникновения юридического лица. В большинстве случаев эти вклады вносятся посредством безналичных денежных средств на счет, открываемый одному из учредителей, что увеличивает риски других учредителей (незавершение создания юридического лица, обращение взыскания на денежные средства по долгам владельца счета, несостоятельность владельца счета и др.), а также влечет правовую неопределенность, в том числе после создания юридического лица.



1.1.5. Гражданское законодательство содержит институт депонирования денежных средств в депозит нотариуса или суда в определенных случаях (ст. 327 ГК РФ). Поскольку расчеты, особенно в предпринимательских отношениях, производятся в безналичной форме, для принятия депозита нотариусу или суду требуется открытие для этих целей банковского счета. В отсутствие специального регулирования счета публичного депозита на практике возникает юридическая неопределенность в отношении правового режима денежных средств на таком счете по целому ряду аспектов (обращение взыскания по личным долгам нотариуса, смерть нотариуса, зачет встречных требований банка и клиента, основания списания денежных средств со счета и др.).

1.2. В законодательстве установлена гарантия клиенту по распоряжению находящимися на счете денежными средствами, которая сводится к тому, что банк не вправе определять и контролировать направления использования и устанавливать другие ограничения права клиента по распоряжению денежными средствами по своему усмотрению. Изъятия из этого правила допускаются законом или договором (п. 3 ст. 845 ГК РФ). Практика показывает, что банки нередко злоупотребляют своим финансовым превосходством и активно ограничивают указанные права клиента договором. При этом 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.

1.3. Пункт 2 ст. 846 ГК РФ предусматривает, что условия договора банковского счета должны соответствовать установленными в соответствии с законом банковскими правилами. При этом понятие «банковских правил» не раскрывается, в связи с

чем возникает неопределенность по вопросу отнесения указанных правил к нормативным актам ЦБ РФ или к правилам самого банка.

1.4. Нормы, регламентирующие отношения по договору банковского счета, не содержат предписания, обязывающего клиента действовать таким образом, чтобы не допускать несанкционированного распоряжения денежными средствами на счете третьими лицами. Между тем судебная практика придает юридическое значение действиям клиента в случаях такого распоряжения при разрешении вопроса о размере ответственности банка (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.1999 № 5). Эти отношения могут особенно обостриться в связи с расширением практики использования кодов и паролей, которая допускается п. 3 ст. 847 ГК РФ, где риски получения несанкционированного доступа к счету третьих лиц увеличиваются.

Для упорядочения отношений и создания корреспонденции между обязанностями клиента и ответственностью банка следует установить такую обязанность клиента. Для определенных случаев требуется установление презумпций несоблюдения указанной обязанности (доступ третьих лиц к счету с использованием кодов и паролей, полученных у клиента).

1.5. Статья 848 ГК РФ предусматривает правило, согласно которому банк обязан совершать определенные операции по счету. Однако в законе отсутствует требование об особой (повышенной) заботливости банка при совершении для него банковских операций. Между тем, банк, как профессионально действующая организация, обладает большей осведомленностью о состоянии финансового рынка, об особенностях тех или иных форм расчетов и т.п. Например, банк может обладать сведениями о дополнительных финансовых рисках совершения той или иной операции, но по

действующему законодательству он не обязан информировать об этом клиента.

1.6. Часть вторая ст. 849 ГК РФ предусматривает, что банк обязан по распоряжению клиента выдавать или перечислять со счета денежные средства клиента не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа. На практике возникла 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, либо включает в себя также и операции по зачислению средств на счет получателя.

Судебная практика в основном 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 такой короткий срок перечислить по назначению денежные средства, как правило, невозможно.

При ином варианте толкования правило ст. 849 ГК РФ в части срока перечисления денежных средств вступает в коллизию со статьей 80 Федерального закона «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)», которая устанавливает, 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.

Некорректное применение понятия «перечисление» вызывает 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 требований,

Кроме того, нуждается в редакционном исправлении абзац первый данной статьи, в котором установлено, в частности, 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.

1.7. В ст. 851 ГК РФ предусматривается оплата услуг банка за совершение операций по счету, между тем практика показывает, что банки оказывают и иные услуги по договору банковского счета, которые не относятся собственно к операциям по счету, но связаны с ними. Кроме того, нуждается в корректировке название статьи, которое смешивает понятия «оплата услуг» и «оплата расходов».

1.8. 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 от 19.04.1999 № 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 как взимание процентов за пользование денежными средствами, так и 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.

1.9. В ст. 853 ГК РФ в связи с зачетом встречных требований банка и клиента упоминается о предоставлении информации о состоянии денежных средств на соответствующем счете, под которой обычно понимается выписка по банковскому счету. При этом какого-либо позитивного регулирования выдачи выписки по счету и последствий наличия или отсутствия возражений клиента не установлено. Между тем, на практике имеются случаи, когда клиенты, получив выписку по счету, предъявляют возражения в отношении тех или иных операций по счету. Отсутствие регулирования увеличивает риски банков, что, при условии их ответственности за несанкционированное списание денежных средств со счета, влечет негативные экономические последствия для всех клиентов банков, поскольку названные риски нивелируются ценой банковских услуг, и в результате разлагаются на всех клиентов банков. Во многих иностранных правовых системах законодательство устанавливает соответствующее регулирование, которое в основном сводится к тому, что при наличии обязанности банка в определенный срок (от месяца до года) предоставить выписку по счету, отсутствие возражений клиента в установленный срок обычно приводит к лишению или ограничению его прав на такие возражения впоследствии. При этом указанные последствия могут различаться для физических и юридических лиц.

1.10. Пунктом 2 ст. 855 ГК РФ установлена очередность списания денежных средств со счета при их недостаточности для удовлетворения всех предъявленных требований. Очередность удовлетворения требований в гражданском праве устанавливается, как правило, исходя из социально-значимых политико-правовых целей, преследуя как сокращение времени для удовлетворения

соответствующих требований, так и риски предполагаемой или наличной невозможности удовлетворения всех требований, ввиду недостаточности имущества должника. Поэтому имеются все основания для унификации очередности списания денежных средств со счета с очередностью, установленной при несостоятельности и ликвидации юридического лица, а также в исполнительном производстве. С этих позиций очередность, установленная в п. 2 ст. 855 ГК РФ, не соответствует очередности удовлетворения требований, установленной законодательством о банкротстве и законодательством об исполнительном производстве, а также предложениям Концепции о развитии законодательства о юридических лицах в части изменения пункта 1 статьи 64 ГК РФ, и требует корректировки.

1.11. Статья 856 ГК РФ предусматривает уплату банком процентов, в установленных ею случаях. В судебной практике возникла неопределенность при выявлении природы данных процентов, что привело к различной правоприменительной практике (п. 21 Постановления Пленума ВС и ВАС РФ от 08.10.1998 № 13/14). Доктрина исходит из того, что указанные проценты являются установленной законом неустойкой, хотя и не поименованной должным термином в законе.

Кроме того, при применении судами данной нормы возникли 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 факта выдачи распоряжения неуполномоченными лицами. Судебная практика исходит из того, что если иное не установлено законом или договором банк несет ответственность и в этом 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 19.04.1999 № 5). Такой подход вызывает 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.

К тому же, применение данного подхода ко всем видам счетов (см. п. 1.1.1. – 1.1.5.) не учитывало бы особенности специального правового режима некоторых счетов, например счет, средства на котором служат целям обеспечения исполнения обязательств и открытый на таких условиях.

Статья 856 ГК РФ предусматривает ответственность банка за невыполнение указаний клиента о перечислении денежных средств со счета, однако не устанавливает ответственность за несвоевременное выполнение данных указаний, что вступает в противоречие со ст. 866 ГК РФ и вызывает неопределенность в судебной практике (п. 22 Постановления Пленума ВС и ВАС РФ от 08.10.1998 № 13/14).

1.12. Статья 858 ГК РФ предусматривает возможность ареста находящихся на счете денежных средств. Между тем судебная практика допускает так называемый «накопительный арест», который сводится к возможности ареста не только имеющихся на

счете денежных средств, но и поступающих на него впоследствии (п. 15 – 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 55). В результате несовершенная норма закона не соответствует реально сложившейся практике ее применения.

Допуская ограничения прав клиента в виде ареста денежных средств, законодательство не разрешает вопроса о множественности арестов.

1.13. Пункт 3 ст. 859 ГК РФ предусматривает право клиента на получение остатка денежных средств на счете при расторжении договора банковского счета. Однако законом не урегулированы отношения сторон в части денежных средств, списанных банком со счета, но не перечисленных с корреспондентского счета банка. Судебная практика исходит из того, что клиент вправе требовать от банка и указанные суммы (п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 19.04.1999 № 5).

Статья 859 ГК РФ не содержит регулирования такой ситуации, при которой договор банковского счета расторгается клиентом в момент, когда на денежные средства клиента наложен арест. 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 19.04.1999 № 5). Одностороннее расторжение договора банковского счета является неотъемлемым правом клиента и не может ограничиваться наличием ареста денежных средств на счете. В то же время расторжение самого договора банковского счета должно влечь прекращение обязательственных отношений клиента и банка, но не должно затрагивать прав третьих лиц, в интересах которых наложен арест.



1.14. Положения ГК РФ о банковском счете и расчетах используют для целей описания производимых операций понятие «банк», не разъясняя, имеется ли в виду банк как юридическое лицо либо как организационная структура, проводящая определенные операции. В связи с этим возникают серьезные проблемы при применении в частности статей 849 и 856 ГК РФ в случаях, когда счета клиентов находятся в филиалах одного и того же банка.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. В целях удовлетворения потребностей гражданского оборота в различного вида финансовых услугах, законодательство нуждается, как в видовом расширении банковских счетов, так и в развитии регламентации уже имеющихся в законодательстве видов банковских счетов.

2.1.1. Требуется развитие регулирования отношений по договору корреспондентского счета, основные положения, регламентирующие эти отношения, должны быть установлены в гражданском законе, а не на уровне нормативных актов ЦБ РФ.

2.1.2. Гражданское законодательство должно урегулировать отношения по договору совместного банковского счета, предусмотрев возможность распоряжения денежными средствами на таком счете любым из субъектов на стороне клиента, если иное не предусмотрено договором. Стороны могут договориться, что распоряжение денежными средствами на счете допускается только совместно. Договор может предусматривать определенные виды операций, которые могут совершаться для одного из владельцев счета и какие операции могут совершаться для других владельцев счета. Если иное не предусмотрено договором, каждый из владельцев может требовать совершения всех операций по счету, которые предусмотрены договором и банковскими правилами.

Данный вид счета может заключаться любыми субъектами, в том числе и теми, у которых отсутствует какая-либо общность имущества в иных гражданских отношениях. Правовой режим денежных средств должен зависеть от правоотношений между владельцами счета. В случае кредитования счета, кредит считается предоставленным всем владельцам счета, если иное не предусмотрено договором. В случае ареста счета по личным долгам одного из владельца счета, другие владельцы счета вправе требовать освобождения от ареста причитающейся им доли остатка на счете, если иное не следует из закона или договора. Каждая из сторон договора, независимо от согласия другой стороны, может расторгнуть договор с банком в одностороннем порядке. Если у совместного счета остается только один владелец, счет преобразуется в ординарный банковский счет. Остаток на счете возвращается сторонам в равных долях, если договором не предусмотрено иное. Аналогичное регулирование можно предусмотреть и для других счетов, например, счетов, по которым ведется учет ценных бумаг, обезличенных металлических счетов.

2.1.3. Следует урегулировать отношения по специальному целевому (номинальному) счету, денежные средства на котором не принадлежат его владельцу. Законодательство должно предусматривать развернутый правовой режим данного счета, в частности: указание цели, для достижения которой открывается счет, определять необходимость фиксации точной даты открытия счета, устанавливать диспозитивную модель пределов распоряжения счетом и ответственность номинального владельца счета перед бенефициаром и принципалом, исключать возможность обращения взыскания по долгам номинального владельца и устанавливать преимущество на получение средств со счета бенефициаром перед другими кредиторами принципала. В определенных случаях

принципал может сам являться владельцем целевого счета (например, комиссионер), денежные средства на котором причитаются другому лицу (например, комитенту).

2.1.4. Гражданское законодательство должно предусматривать возможность открытия временного (накопительного) счета создаваемого юридического лица, устанавливая его правовой режим. Целевой характер данного счета предопределяет ограниченное число операций по счету, а именно зачисление вкладов участников создаваемого юридического лица, а также обратное перечисление денежных средств, если создание юридического лица не будет завершено. После создания юридического лица данный счет должен преобразовываться в ординарный расчетный счет. Договор банковского счета создаваемого юридического лица может предусматривать распоряжение счетом одним из участников юридического лица, либо всеми участниками совместно, а также третьим лицом.

2.1.5. Следует предусмотреть регулирование публичного депозитного счета нотариуса и суда. Оно должно устанавливать, 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. Эти средства не должны затрагиваться банкротством банка. В случае смерти нотариуса или сложения (прекращения) его полномочий должно происходить сингулярное преемство по договору в пользу другого нотариуса, которому передаются дела умершего нотариуса. Тот же подход применяется 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 дебиторскую задолженность или на его имущественные права.

2.2. Для преодоления злоупотреблений банка законодательство должно исключать возможность ограничения прав клиента по распоряжению денежными средствами на банковском счете, если иное не предусмотрено законодательством, в том числе для отдельных видов счетов.

2.3. В гражданском законодательстве следует раскрыть понятие «банковские правила», имея в виду, что они представляют собой нормативные акты ЦБ РФ, а не те или иные локальные акты самого банка.

2.4. В нормах о договоре банковского счета должно предусматриваться предписание, обязывающее клиента действовать таким образом, чтобы не допускать несанкционированного распоряжения денежными средствами на счете третьими лицами. Только наличие такой законодательной нормы может оправдать возложение риска несанкционированного распоряжения денежными средствами на банковском счете в соответствующих случаях на клиента, а не на банк.

Для определенных случаев требуется установление презумпций несоблюдения указанной обязанности (доступ третьих лиц к счету с использованием кодов и паролей, полученных у клиента).

Также предлагается установить, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения клиентом указанного в настоящем пункте обязательства, банк освобождается от обязанности возместить причиненный клиенту ущерб или размер возмещения может быть уменьшен.

2.5. В законе должно быть установлено требование об особой (повышенной) заботливости банка при совершении для клиента банковских операций.

2.6. В ч. 1 ст. 849 ГК РФ следует заменить слова «на счет» словом «для», а из части 2 этой же статьи следует исключить слова «или перечислять». Необходимо унифицировать терминологию, используемую в главах 45 и 46 ГК РФ, четко определив понятия «перечисление», «перевод», «зачисление».

2.7. Статья 851 ГК РФ должна предусматривать возможность установления в договоре оплаты услуг банка не только по совершению банковских операций, но и оплаты иных услуг банка по договору банковского счета, связанных с данными операциями. Кроме того, следует заменить название этой статьи, указав: «Оплата услуг банка».

2.8. Следует изменить ст. 852 ГК РФ с тем, чтобы при несвоевременном перечислении средств со счета банк уплачивал не только 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.

2.9. Гражданское право должно предусматривать обязанность банка в определенный срок предоставить выписку по счету, устанавливая, что отсутствие возражений клиента в соответствующий срок приводит к ограничению его прав на такие возражения впоследствии. При этом указанные последствия могут различаться для физических и юридических лиц.

В договоре банковского счета бремя получения информации об операциях по счету с последствиями, аналогичными указанным в предыдущем абзаце, может быть возложено на клиента. Однако такое распределение возможно лишь при наличии следующих условий:

а) должен быть установлен разумный минимальный период, в течение которого клиент обязан получить информацию о проведенных операциях по счету и об остатке на счете;

б) банк должен быть обязан предоставить различные и доступные средства получения данной информации; и

в) клиент должен иметь право вместо применения данной процедуры потребовать предоставления обычной выписки.

2.10. Необходимо провести унификацию подходов к очередности списания денежных средств со счета с очередностью, установленной при несостоятельности и ликвидации юридического лица, а также в исполнительном производстве. В первую очередь должны производиться платежи кредитором первой очереди, во вторую – кредиторам второй очереди, все остальные платежи осуществляются в порядке календарной очередности.

2.11. В ст. 856 ГК РФ следует поименовать подлежащие уплате проценты – неустойкой. Необходимо дополнить эту 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. При этом 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 клиентом. Кроме того, необходимо установить ответственность банка за несвоевременное выполнение указаний клиента о перечислении денежных средств со счета, приведя данную норму в соответствие со ст. 866 ГК РФ.

Следует также закрепить общее императивное правило, в соответствии с которым банк несет ответственность за убытки, причиненные клиенту вследствие невыполнения или ненадлежащего выполнения обязательств по договору банковского счета в размере, не превышающем не перечисленную (не выданную) клиенту или по его поручению сумму и процентов на нее, если только не докажет, что убытки были причинены вследствие случайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельствах. За иные убытки клиентов в этом случае банк отвечает только при наличии вины.

2.12. В ст. 858 ГК РФ предусмотреть регламентацию «накопительного ареста», предусматривающего возможность ареста не только имеющихся на момент ареста денежных средств, но поступающих на счет впоследствии. При множественности арестов по принципу *prior tempore – potior jure*, установить, что преимущество имеет тот, который поступил в банк ранее. При этом должна учитываться приоритетность кредиторов первой и второй очереди.

2.13. Дополнить ст. 859 ГК РФ положением, согласно которому при расторжении договора клиент имеет право требовать не только остаток денежных средств на счете, но и суммы, списанные по платежным поручениям со счета, но не перечисленные с корреспондентского счета банка.

Данную статью также следует дополнить нормой о том, что расторжение самого договора банковского счета влечет прекращение обязательственных отношений клиента и банка, но не затрагивает прав третьих лиц, в интересах которых наложен арест на денежные средства владельца счета.

2.14. Уточнить, в каких случаях (в частности, для целей определения сроков операции) под банком понимается также и филиал банка, ведущий счета клиентов.

## **§ 5. Расчеты**

### **1. Действующее законодательство и его оценка**

В настоящее время порядок осуществления банковских расчетных операций регулируется Главой 46 ГК РФ, которая содержит 5 параграфов; Параграф 1 «Общие положения о расчетах» (ст. 861-862); параграф 2 «Расчеты платежными поручениями» (ст. 863-866); параграф 3 «Расчеты по аккредитиву» (ст. 867-873); параграф 4 «Расчеты по инкассо» (ст. 874-876); параграф 5 «Расчеты чеками» (ст.877-885).

Кроме этого отношения, возникающие при осуществлении безналичных расчетов, регулируются нормативными актами Центрального Банка Российской Федерации, а также применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

1.1. Параграф 1 главы 46 «Общие положения о расчетах» содержит две статьи: 861 «Наличные и безналичные расчеты» и 862 «Формы безналичных расчетов».

1.2.1. Пункты 1 и 2 ст. 861 ГК РФ устанавливают, что расчеты с участием граждан, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, могут производиться наличным и деньгами (ст. 140 ГК РФ) без ограничения суммы или в безналичном порядке; расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке. Расчеты между этими лицами могут



производиться также наличными деньгами, если иное не установлено законом.

Положения, допускающие возможность ограничения законом наличных расчетов, в настоящее время практически утратили регулирующее значение, поскольку такие ограничения устанавливаются ЦБ РФ в соответствии с полномочиями, определенными Законом о Центральном банке России (см. определение Конституционного Суда РФ от 10 октября 2002 г. № 260-О). Фактически сложившийся порядок позволяет более оперативно реагировать на ситуацию в сфере денежного обращения. Вместе с тем существующие нормативные акты ЦБ РФ о расчетах наличными приравнивают индивидуальных предпринимателей к гражданам, что вступает в противоречие с п. 3 ст. 23 ГК РФ.

1.2.2. Пункт 3 ст. 861 ГК РФ устанавливает, что безналичные расчеты производятся через банки, иные кредитные организации, в которых открыты соответствующие счета, если иное не вытекает из закона и не обусловлено используемой формой расчетов.

Содержащееся в данной норме общее правило, требующее открытия для проведения безналичных расчетов банковского счета, идеологически основано на сложившейся в советском праве подходе, который вытекал из особенностей регулирования денежного обращения (строгая централизация, контроль банков за соблюдением расчетной дисциплины). Под банковским счетом в данном случае понимается не счет в бухгалтерском смысле, а наличие отношений по договору банковского счета. В настоящее время это правило создает необоснованные препятствия для целого ряда расчетных операций, которые по своему характеру не требуют обязательного наличия договора банковского счета (например, открытие аккредитива на основании разового поручения) и широко распространены в зарубежной и международной банковской

практике. В настоящее время исключения из общего правила предусмотрены ст. 5 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» в отношении граждан. Исключение требований об обязательном открытии банковского счета для проведения безналичных расчетов для юридических лиц требует одновременного решения вопроса о характере контроля за операциями в целях борьбы с отмыванием доходов, полученных незаконным путем.

1.2.3. Пункт 1 ст. 862 ГК РФ содержит неисчерпывающий перечень форм расчетов, которые могут быть использованы для осуществления платежа. Содержащийся в данной норме перечень структурно не выдержан. Так, для целей расчетов чеками используются инкассовые операции, однако данная норма рассматривает чек и инкассо как однопорядковые формы расчетов; расчеты в порядке инкассо не являются единой формой расчетов, охватывая ряд форм (например, платежные требования с акцептом и без акцепта плательщика).

Данная норма имела определенное значение на стадии становления новой системы экономических отношений, когда необходимо было прямо указать на отказ от жесткой системы регулирования расчетных отношений, когда форма расчетов по различным гражданско-правовым договорам устанавливалась императивно. Данная цель нашла еще более четкое выражение в п. 2 ст. 862 ГК РФ, устанавливающей, что стороны по договору вправе избрать и установить в договоре любую из форм расчетов, указанных в п. 1 данной статьи.

В настоящее время при наличии общего принципа свободы договора данное положение в ГК РФ представляется излишним.

Вместе с тем в общих положениях о расчетах отсутствуют указания о возможности установления в законе правил,

предписывающих использование определенных форм расчетов по определенным договорам (например, при расчетах по договорам энергоснабжения и т.п.). В настоящее время нормы, предписывающие использование той или иной формы расчетов в иных законах ступают в формальное противоречие с рассматриваемыми положениями ГК РФ.

Существует неопределенность в вопросе о том, какая форма расчетов должна использоваться при отсутствии соглашения о выборе той или иной формы. Соответствующие правила предусмотрены в п. 1 ст. 516 ГК РФ только в отношении договора поставки: «Если соглашением сторон порядок и форма расчетов не определены, то расчеты осуществляются платежными поручениями».

1.2.4. В общих положениях о расчетах отсутствует норма, определяющая соотношение между правовым результатом расчетов наличными деньгами и безналичных расчетов. Данный вопрос разрешается в настоящее время только на уровне доктрины. Наличие указанного пробела снижает эффективность правового регулирования в сфере безналичных расчетов и создает неопределенность в вопросе о том, в какой мере денежное обязательство должно считаться исполненным в результате безналичных расчетов. Наиболее остро эта проблема возникает при применении платежных поручений и расчетов в порядке инкассо. При определении момента исполнения денежного обязательства при расчетах платежными поручениями судебная практика признает местом платежа – банк получателя средств, но колеблется при определении момента окончательного расчета, связывая его либо с зачислением на счет получателя либо с надлежащим зачислением на счет банка, обсуживающего получателя.

При инкассо местом платежа признается банк плательщика; с определением момента платежа практика также окончательно не определилась.

1.2.5. Существует также неопределенность в части распространения действия норм Кодекса о безналичных расчетах на отношения, возникающие при проведении платежей публичного характера.

В результате, хотя природа банковских операций не зависит от назначения платежа, в связи с наличием особых правовых решений в законодательстве, регулирующем публичные отношения, применение норм ГК РФ (например, об ответственности банков) сталкивается с определенными препятствиями.

1.3. Параграф 2 «Расчеты платежными поручениями» главы 46 содержит четыре статьи (863 – 866), в которых определяются общие положения о расчетах платежными поручениями, условия исполнения платежных поручений банками, порядок их исполнения и ответственность банков за неисполнение и ненадлежащее исполнение платежных поручений.

1.3.1. Пункт 1 ст. 863 и п. 1 ст. 866 Кодекса различным образом решают вопрос о том, в какой момент обязательство банка, принявшего платежное поручение плательщика, считается исполненным – в момент зачисления средств на счет указанного в поручении плательщика либо в момент зачисления средств на счет банка, обслуживающего получателя средств. Данное противоречие вызвало значительные затруднения в судебной практике и потребовало выработки соответствующих разъяснений (см. постановление Пленума ВАС РФ от 19.04.1999 № 5). Вместе с тем наличие названных разъяснений не снимает необходимости корректировки норм данного параграфа, поскольку необходимо четко выделить и урегулировать две различные ситуации, 1) когда

платеж по платежному поручению становится окончательным в отношениях между клиентами банка и 2) когда должны считаться исполненными обязательства банка плательщика перед последним.

1.3.2. Положения данного параграфа не содержат норм, определяющих, может ли платежное поручение быть отозвано и до какого момента возможен отзыв платежного поручения. В настоящее время данный вопрос разрешается на уровне банковских правил и недостаточно четко. Включение соответствующих норм в ГК РФ позволило бы устранить существующую неопределенность и устранить потенциальную опасность конфликтов.

1.3.3. Положения данного параграфа не регулируют взаимоотношения между банками, возникающие в связи с исполнением платежного поручения. В частности, не установлена обязанность банка, привлекающего иной банк для исполнения платежного поручения своего клиента, обеспечить необходимое для исполнения поручения денежное покрытие, не определено, может ли и при каких условиях иной банк отказаться от исполнения поручения (например, имеет ли значение что банк, передающий поручение, не в состоянии произвести расчеты с банком, которому поручение направлено).

Представляется необходимым урегулировать указанные вопросы в ГК РФ с учетом подходов, выработанных в международной банковской практике, в частности, с учетом положений Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах.

1.3.4. В соответствии с п. 1 ст. 863 ГК РФ расчеты платежными поручениями должны быть произведены банком в срок, предусмотренный Законом или устанавливаемый в соответствии с ним, если более короткий срок не предусмотрен договором

банковского счета либо не определяется применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

Сроки проведения операций по счетам предусмотрены ст. 849 ГК РФ: эти сроки, исходя из указаний данной статьи, применяются и при межбанковских расчетах, суммируясь исходя из количества счетов банков, по которым проводятся операции. Одновременно ст. 80 Закона о Центральном Банке России предусматривает, что общий срок осуществления платежей по безналичным расчетам не должен превышать два операционных дня, если указанный платеж осуществляется в пределах территории субъекта Российской Федерации, и пять операционных дней, если указанный платеж осуществляется в пределах территории Российской Федерации. Данные правила не согласованы между собой и определение срока проведения платежа для целей применения ответственности к банкам на практике вызывает серьезные затруднения.

1.3.5. Положения ст. 866 ГК РФ об ответственности банка за неисполнение или ненадлежащее исполнение поручения в силу недостаточной четкости заложенной в ней правовой конструкции вызвали большие затруднения в практике ее применения.

В частности, существует неопределенность в вопросе о соотношении правил об ответственности банка за неисполнение или ненадлежащее исполнение платежного поручения (п. 3 ст. 866 ГК РФ) и ответственности за ненадлежащее исполнение банком обязательств по договору банковского счета (ст. 856 ГК РФ).

Затруднения на практике создает и норма, содержащаяся в п. 2 ст. 866 ГК РФ, предусматривающая, что в случаях, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение поручения имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций банком, привлеченным для исполнения поручения плательщика,

ответственность, предусмотренная пунктом 1 данной статьи, может быть возложена судом на этот банк, в частности:

отсутствуют критерии, которые применяются при выборе субъекта, на который возлагается ответственность;

не определено, имеет ли банк плательщика в случае, когда ответственность за действия иного банка возложена на него, обратиться с регрессным требованием к банку-нарушителю; обязан ли он в этом случае привлекать банк, которому он непосредственно дал поручение (при привлечении к исполнению нескольких банков);

может ли при конструкции данной нормы выбор субъекта ответственности произвести плательщик (например, предъявив иск только к банку-нарушителю, и не привлекая к ответственности обслуживающий его банк).

1.3.6. Формулировка п. 3 ст. 866 ГК РФ возлагает на банки ответственность за неправомерное удержание денежных средств, что требует от плательщика выяснения и представления доказательств этого факта. Однако во многих случаях представление таких доказательств затруднительно либо невозможно, что существенно снижает эффективность данной нормы. Кроме того, интерес плательщика состоит в своевременном проведении платежа либо своевременном возврате средств при отзыве либо неисполнении поручения.

В связи с этим целесообразно установить ответственность за просрочку исполнения поручения и возврата средств при его отзыве (невозможности исполнения) в форме неустойки, определяемой по правилам ст. 395 ГК РФ, уплачиваемых за период просрочки банка.

1.4.1. Несмотря на объективные преимущества, расчеты в форме аккредитива в рублях используются в платежной системе России недостаточно широко. Сложившаяся ситуация во многом

объясняется несовершенством и противоречивостью существующей нормативной базы в области аккредитивных расчетов.

Нормы § 3 главы 46 ГК РФ, который регулирует расчеты посредством аккредитива, были включены в ГК РФ с учетом правил, сформулированных в Унифицированных правилах Международной торговой палаты в ред. 1993 г. № 500 (далее – UCP 500), но в целом ряде положений существенно отличаются от нее. Так, ГК РФ в отличие от UCP 500, предлагает рассматривать аккредитив как отзывный, если в нем не предусмотрено иное, а UCP 600 распространяет свое действие только на безотзывные аккредитивы.

В других случаях внутреннее российское законодательство оказывается более схематичным и менее удобным по сравнению с UCP 500. Так, внутреннему российскому законодательству не знакомы многие правовые конструкции аккредитива (трансферабельный аккредитив, резервный аккредитив); не урегулирована возможность выставления аккредитива самим банком в случае, если он является плательщиком по сделке; не разработан механизм отзыва безотзывного аккредитива, исполнение аккредитива иными, кроме платежа, способами.

В ГК РФ используется упрощенная структура договорных связей при расчетах аккредитивами: круг банков – субъектов аккредитивного обязательства ограничивается только банком-эмитентом, подтверждающим и исполняющим банком, т.е. авизирующие банки отсутствуют. Правовое положение исполняющего банка и банка-эмитента по российскому законодательству не соответствует их международно-правовому аналогу. Так, согласно российскому законодательству в качестве подтверждающего банка может выступать только исполняющий банк (п. 2 ст. 869 ГК РФ), в то время как UCP 500 предусматривает, что подтверждающим



может быть не только исполняющий, но и любой другой авизирующий банк (ст. 9).

В настоящее время Международной торговой палатой выработана новая редакция UCP № 600, многие принципиальные положения которой в ГК РФ не отражены.

В ГК не урегулирована возможность перевода аккредитива, как это предусмотрено ст. 48 UCP 500 и ст. 38 UCP 600. Такая конструкция широко используется в международной банковской практике, за исключением России. Поскольку конструкция переводного аккредитива не совпадает с конструкцией уступки права требования, урегулированной параграфом 1 главы 24 ГК РФ, она нуждается в специальном регулировании.

Ряд норм ГК РФ о расчетах по аккредитиву носят технический характер, поскольку воспроизводят нормы действовавших ранее банковских правил, в настоящее время устаревших.

Основным недостатком закрепленной в ГК РФ конструкции явилось отсутствие прямого указания на то, что банк-эмитент аккредитива отвечает перед бенефициаром. Отсутствие этой нормы позволило на практике трактовать аккредитив как обязательство, связывающее банк-эмитент только с приказодателем аккредитива, но не с бенефициаром, что в корне противоречит концепции аккредитивного обязательства, в том виде, в каком оно используется в иных правовых системах и международной банковской практике.

1.5.1. Параграф 4 главы 46 «Расчеты по инкассо» содержит 3 статьи (874-876), содержащие общие положения о расчетах по инкассо, определяющих порядок исполнения инкассового поручения и порядок извещения о проведенных операциях.

Как показала практика, в силу недостаточной четкости закрепленных в них положений и многочисленных пробелов,

указанные нормы крайне редко применяются судами. Регулирование в основном осуществляется на уровне банковских правил.

К основным недостаткам действующих норм можно отнести:

- отсутствие положений, определяющих порядок осуществления операций по переводу денежных средств, полученных банками от плательщика на основании инкассового поручения;

- отсутствие положений, определяющих права и взаимную ответственность банков при передаче на инкассо ценных бумаг (права на бумаги, ответственность за утрату, возмещение расходов на представление к платежу и/или к акцепту, расходов по протесту и т.д.).

В рамках обсуждения вопроса о включении в ГК РФ соответствующих правил целесообразно также обратить внимание на необходимость закрепления в законодательстве (в том числе и в Положении о переводном и простом векселе) нормы, допускающей возможность совершения протеста в неплатеже/неакцепте банками (как это сделано для чеков в ст. 883 Кодекса).

- недостаточно четкая конструкция ответственности банков перед инициатором получения платежа (клиентом), отсутствие нормы об ответственности банка, производящего промежуточное перечисление средств от исполняющего банка банку-эмитенту;

- отсутствие норм, определяющих, кто из участников расчетов несет риск банкротства банков, участвующих в проведении расчетов по инкассо.

Нормы ГК РФ не определяют, когда считается надлежаще исполненным обязательство банка-эмитента перед клиентом, и в какой момент при расчетах в порядке инкассо должны по общему правилу считаться исполненными денежные обязательства плательщика перед клиентом.

Не определено, в какой степени нормы ГК РФ применимы к расчетам, производимым в публичной сфере – при списании средств в порядке инкассо по судебным решениям и на основании актов иных государственных органов.

1.6.1. Положения ГК РФ о расчетах чеками не требуют изменений.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1.1. В части определения уровня регулирования вопроса о пределах использования наличных денежных средств необходимо отразить в ГК РФ сложившуюся модель регулирования, закрепив, что лимит расчетов наличными деньгами устанавливается ЦБ РФ.

2.1.2. Необходимо исключить из п. 3 ст. 861 Кодекса слова «в которых открыты соответствующие счета». Вместе с тем с учетом требований законодательства о легализации доходов, возможность осуществления юридическими лицами операций по переводу средств без заключения договора банковского счета целесообразно предоставлять лишь банкам, имеющим соответствующую лицензию ЦБ РФ, что требует соответствующего согласования норм ГК РФ с Федеральным законом «О банках и банковской деятельности».

2.1.3. Необходимо закрепить в общих положениях о расчетах правило, определяющее возможность установления правил, предписывающих использование для расчетов по определенным видам обязательств тех или иных форм расчетов федеральным законом, регулирующим определенные виды отношений. Кроме того, необходимо в общих положениях о расчетах закрепить презумпцию, что при отсутствии соглашения о форме безналичных расчетов применяются расчеты платежными поручениями.

2.2.1. Необходимо установить, в какой момент при отсутствии соглашения об ином считается прекращенным (исполненным)

денежное обязательство при безналичных расчетах, осуществляемых платежными поручениями и в порядке инкассо.

2.2.2. Следует определить момент исполнения расчетного обязательства банка перед клиентом (возможно, специально указать на совпадение с моментом исполнения денежного обязательства между плательщиком и получателем средств);

2.2.3. Требуется урегулировать вопрос о возможности отмены (отзыва) распоряжения об осуществлении расчета и, может быть, о порядке отмены (например, что платежное поручение может быть отменено до момента зачисления на указанный в поручении счет путем обращения к любому банку в цепочке).

2.2.4. Определить, при каких условиях и в какой срок банк может отказаться от исполнения поручения иного банка, учитывая, что по общему правилу, такое поручение может даваться с предоставлением соответствующего покрытия (возмещения).

2.2.5. Изменить закрепленную в ст. 866 ГК РФ конструкцию ответственности банков, установив, что в случае, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение имело место в связи с нарушением, допущенным банком, привлеченным для исполнения поручения плательщика, этот банк отвечает солидарно с банком, получившим поручение клиента.

2.2.6. Уточнить формулировку п. 3 ст. 866 Кодекса, четко определив в ней природу начисляемых процентов и основания для их начисления (просрочка в исполнении поручения, просрочка в возврате средств по не исполненному и отозванному поручению)

2.2.7. Указать, в какой части нормы ГК РФ о расчетах платежными поручениями применяются к отношениям, возникающим при проведении платежей публичного характера (в частности, в отношении места исполнения обязательства, возможности отзыва поручения и т.д.).

2.3.1. Принимая во внимание принципиальную возможность использования денежного обязательства в качестве способа обеспечения другого обязательства (абз. второй п. 1 ст. 824 ГК РФ) необходимо предусмотреть возможность открытия резервного аккредитива, широко применяемого в международной практике.

2.3.2. Предлагается законодательно закрепить, помимо традиционных способов исполнения аккредитива, право сторон аккредитива самостоятельного определять способ его исполнения, предусмотрев, что банк-эмитент может принять на себя обязательство не только осуществить платеж, но и совершить иные действия. К «иным действиям», например, можно отнести т.н. «смешанные платежи», когда банк-эмитент обязуется произвести платеж части суммы аккредитива по предъявлении документов и части суммы аккредитива с рассрочкой. С одной стороны, это позволит не ограничивать практику в выборе способов исполнения аккредитива, а с другой, позволит не вводить термин «негоциация векселей», чуждый законодательству стран континентального права.

2.3.3. Необходимо закрепить возможность перевода аккредитива, как это предусмотрено ст. 48 UCP 500 и ст. 38 UCP 600.

2.3.4. Расширить регулирование вопросов ответственности сторон аккредитива, включив в ГК РФ следующие положения:

- 1) о солидарной ответственности банка-эмитента и подтверждающего банка;
- 2) об ответственности авизирующего банка;
- 3) об ответственности исполняющего банка только перед банком-эмитентом. В действующем ГК РФ он может отвечать как перед плательщиком, так и перед бенефициаром;
- 4) детализировать порядок возмещения расходов за произведенную аккредитивную операцию;

5) ввести ответственность банка-эмитента перед бенефициаром, которая отсутствует в действующей редакции ст. 872 ГК РФ.

2.3.5. Необходимо закрепить принципы проверки аккредитива с учетом принципов разумной тщательности, строгого соответствия представленных документов условиям аккредитива и независимости аккредитива от основного договора, которые являются общепризнанными и вытекают из текста UCP 500 (см. ст. 3, 4, 7 и 13) и UCP 600 (см. ст. 4, 5 и 14), заменив требование Кодекса о проверке документов по «внешним признакам».

2.4.1. Необходимо определить порядок осуществления банками операций по переводу денежных средств, полученных банками от плательщика на основании инкассового поручения.

2.4.2. Закрепить положения о правах, обязанностях и взаимной ответственности банков при передаче на инкассо ценных бумаг (права на бумаги, ответственность за утрату, возмещение расходов на представление к платежу и/или к акцепту, расходов по протесту и т.д.).

В рамках обсуждения вопроса о включении в ГК РФ соответствующих правил целесообразно также обратить внимание на необходимость закрепления в законодательстве (в том числе и в Положении о переводном и простом векселе) нормы, допускающей возможность совершения протеста в неплатеже/неакцепте банками (как это сделано для чеков в ст. 883 Кодекса).

2.4.3. Уточнить конструкцию ответственности банков перед инициатором получения платежа (клиентом), включив норму об ответственности банка, производящего промежуточное перечисление средств от исполняющего банка банку-эмитенту. Определить, что при нарушениях, допущенных привлеченными банками, они несут солидарную с банком-эмитентом инкассового поручения ответственность. Установить, что при задержке

перечисления полученных от плательщика средств банки обязаны уплачивать получателю проценты за период просрочки.

2.4.4. Определить, когда считается надлежаще исполненным обязательство банка-эмитента перед клиентом, в какой момент при расчетах в порядке инкассо должны по общему правилу считаться исполненными денежные обязательства плательщика перед клиентом, кто из участников расчетов несет риск банкротства банков, участвующих в проведении расчетов по инкассо.

При решении вопроса об ответственности и рисках следует руководствоваться общей логикой (риск выбора контрагента, ответственность за привлеченных к исполнению лиц). Отсюда при списании инкассированной суммы с корсчета банка плательщика денежное обязательство должно считаться исполненным. В этот момент должно считаться исполненным и расчетное обязательство банка плательщика перед своим клиентом.

## **§ 6. Расчеты с использованием платежных карт**

### **1. Действующее законодательство и его оценка**

1.1. Совершение операции с платежными картами предполагает составление особого документа в бумажной форме или электронном носителе, подтверждающего денежное обязательство держателя карты. Посредством той или иной платежной системы производный от данного документ передается в банк, выпустивший платежную карту, который осуществляет списание суммы операции со счета держателя карты (своего клиента). Банк, обслуживающий организацию торговли, в которой произошла операция, осуществляет зачисление ее суммы на счет такой организации. Впоследствии осуществляют урегулирование между собой соответствующие банки. Таким образом, происходит исполнение

денежного обязательства держателя карты, выраженного в документе установленной формы, через банковскую систему, то есть безналичный расчет. Аналогично осуществляются расчеты по операциям получения наличных денежных средств через банкоматы или отделения банков-эквайреров, с теми особенностями, что как таковая отсутствует организация торговли, а документ, составляемый при получении наличных денежных средств, обладает свойствами как расчетного, так и кассового документа.

1.2. Расчеты с использованием платежных карт представляют собой отдельную форму безналичных расчетов. В большинстве случаев они предполагают дебетовый документооборот, однако не могут быть отнесены к инкассо в силу наличия самостоятельных обязательств по осуществлению платежей у участвующих в таких расчетах банков.

1.3. Действующее законодательство не упоминает такую форму безналичных расчетов как расчеты с использованием платежных карт. Вместе с тем, оно допускает обычай делового оборота в качестве основания для существования той или иной самостоятельной формы безналичных расчетов (см. п. 2 ст. 862 ГК РФ).

Расчеты с использованием платежных карт характеризуются сложившимся в банковской практике порядком документооборота. Данный порядок существовал первоначально в практике российских банков, участвующих в деятельности той или иной иностранной платежной системы. Однако впоследствии он был воспринят в деятельности российских платежных систем, а в настоящее время поднимается вопрос о необходимости построения общенациональной платежной системы. Изложенное позволяет охарактеризовать порядок расчетов с использованием платежных карт как широко применяемый, и, следовательно, отвечающий всем



критериям обычая делового оборота. Таким образом, расчеты с использованием платежных карт легитимно существуют в российском правовом пространстве.

1.4. Прямое регулирование на законодательном уровне расчетов с использованием платежных карт не представляется целесообразным. Правоотношения между участвующими в расчетах банками детально урегулированы правилами соответствующей платежной системы, имеющими договорную природу. На наш взгляд, банки не нуждаются в дополнительном законодательном регулировании их отношений. С другой стороны, документооборот по операциям с платежными картами имеет тенденцию к развитию, которое может быть ограничено законодательным регулированием соответствующих отношений. Так, дополнительно к существующему сложившемуся дебетовому документообороту начинает развиваться кредитовый документооборот (например, перевод с использованием платежной карты за услуги связи через банкомат).

1.5. Нуждаются в регулировании отношения между банками и клиентами - держателями банковских карт с целью защиты прав и интересов последних. Однако, с учетом опыта западных правовых порядков, по своей отраслевой принадлежности данное регулирование должно относиться к законодательству о защите прав потребителей. С учетом существующей структуры правовой системы Российской Федерации и, в частности, структуры ГК РФ, данное регулирование целесообразно осуществить в законодательстве о защите прав потребителей.

1.6. Договор, заключаемый между держателем банковской карты (клиентом) и банком, как правило, содержит элементы договора банковского счета. В связи с этим необходимо внести изменения в отдельные статьи Главы 45 ГК РФ «Банковский счет»

для приведения их в соответствие с технологическими требованиями, которые вытекают из использования платежной карты. Также представляется необходимым уточнить отдельные положения об ответственности по договору банковского счета, связанные с использованием платежных карт (иных инструментов, позволяющих осуществлять операции по счету).

1.7. Правила ЦБ РФ допускают использование банковских карт без заключения с клиентом договора банковского счета. Договор банковского счета также не заключается при распространении российскими банками отдельных платежных карт иностранных платежных систем. Для предоставления адекватной правовой защиты держателям данных инструментов представляется необходимым распространить на отношения между их держателями и банками, выдавшими данные инструменты, отдельные правила об отношениях банка и клиента по договору банковского счета. С другой стороны, решение данной проблемы возможно путем указания на то, что расчеты с использованием платежных карт осуществляются только с использованием банковских счетов клиентов. Данный вариант более предпочтителен с точки зрения законодательной техники. Впрочем, он вступает в противоречие с логикой использования платежных карт отдельных международных платежных систем, предусматривающей прямые отношения между платежной системой и держателем карты.

1.8. В современной банковской практике бремя получения информации о совершенных по счету операциях часто возлагается на клиента. При этом, непредставление клиентом возражений в связи с информацией, которую он получил или должен был получить, должно влечь такие же последствия, как и в случае с выпиской. Предлагается разрешить данную практику, предъявив к ней определенные требования. К числу последних должно

относиться ограничение минимального периода, в течение которого клиент должен получать подобную информацию, а также установление обязательства банка по предоставлению различных и доступных средств получения данной информации. Также у клиента должно быть право отказаться от данного способа получения информации об операциях по счету с заменой его (обычной) выпиской.

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Согласно сложившейся практике в отдельных случаях (например, после осуществления авторизации), банк ограничивает клиента в распоряжении его денежными средствами на счете с целью обеспечения своих прав требований к клиенту. В связи с изложенным предлагается прямо установить, что банк в случаях, предусмотренных договором, вправе ограничивать клиента в распоряжении денежными средствами, находящимися на его счете, если он используется для осуществления расчетов с использованием платежных карт.

2.2. Поскольку расчетные документы, составленные с использованием платежной карты, могут поступать в банк для списания со счета клиента в течение до 45 дней (в отдельных случаях, и более) с момента совершения операции, предлагается установить, что срок для выдачи остатка денежных средств при расторжении договора банковского счета, если он используется для осуществления расчетов с использованием платежных карт, может быть увеличен в договоре банковского счета до 45 дней с момента получения банком соответствующего письменного заявления клиента.

2.3. К отношениям между банком и владельцем инструмента, позволяющим осуществлять безналичные расчеты или кассовые

операции без заключения договора банковского счета за счет средств, предоставленных клиентом или подлежащих возмещению им, должны подлежать применению следующие нормы о договоре банковского счета:

- а) использование кодов и паролей (п. 3 ст. 847 ГК РФ);
- б) сроках проведения операций (ст. 849 ГК РФ);
- в) основание списания денежных средств со счета (ст. 854 ГК РФ);
- г) выписке (в соответствии с предложениями, внесенными Концепцией);
- д) ответственности (в соответствии с уточнениями, внесенными Концепцией);
- е) сроке возврата денежных средств клиенту при его отказе от договора (п. 3 ст. 859 ГК РФ в соответствии с уточнениями, внесенными Концепцией).

Другой вариант регулирования данных отношений мог бы исходить из того, что расчеты с использованием платежных карт осуществляются только с использованием банковских счетов клиентов.

2.4. Предлагается установить правило о том, что в случае выдачи платежной карты или иного инструмента, позволяющего осуществлять операции по банковскому счету клиента, банк обязан обеспечить клиенту возможность в любое время немедленно сообщить посредством, как минимум, телефонной связи об утрате или компрометации данного инструмента. После такого сообщения банк должен нести ответственность за операции, совершенные с любым его использованием.

## § 7. Страхование

## 1. Действующее законодательство и его оценка

Законодательство о страховании представлено массивом правоположений, относящихся к разным отраслям права, как частно-, так и публично-правовым. Гражданско-правовые нормы о страховании - в основном, нормы о страховом договоре как юридическом факте и как обязательстве. Их можно условно разделить на три части:

1) общие нормы, т. е. нормы гл. 48 ГК РФ и Закона РФ "Об организации страхового дела в Российской Федерации" (далее - Закон о страховании);

2) нормы о специальных видах страхования, включенные согласно ст. 970 ГК РФ в федеральные законы о специальных видах страхования;

3) специальные нормы, регулирующие отношения по обязательному страхованию, включённые в специальные федеральные законы об отдельных видах обязательного страхования и в иные федеральные законы.

1.1. В действующем законодательстве правила, цель которых – устранение коллизий между нормами о страховании, включёнными в различные правовые акты, противоречивы. Так, ст. 970 ГК РФ содержит закрытый перечень законов, в том числе об обязательном страховании, положения которых имеют приоритет перед нормами гл. 48 ГК РФ. Отсюда следует, что действие иных специальных законов о страховании подчиняется общему правилу, сформулированному п. 2 ст. 3 ГК РФ. Статья же 4 Закона о страховании дает основания полагать, что нормы любого закона об обязательном страховании обладают приоритетом перед нормами гл. 48 ГК РФ. В силу п. 2 ст. 927 ГК РФ обязательное страхование осуществляется на основании гл. 48 ГК РФ, а в силу ст. 1 Закона о страховании действие этого Закона распространяется на отношения

по обязательному страхованию в части установления правовых основ регулирования указанных отношений. Положения, определяющие понятие «правовых основ» в Законе отсутствуют.

Обязательное страхование обладает особенностями, установленными ст.ст. 927, 935 – 937, 969 ГК РФ. Правовая природа отношений в связи с осуществлением обязательного (в том числе обязательного государственного) страхования в любом случае является гражданско-правовой. Однако законодательная деятельность в сфере обязательного страхования демонстрирует устойчивую тенденцию к централизованному авторитарному регулированию соответствующих отношений, существенному ограничению, а в отдельных случаях и полному исключению свободы договора, что, по сути, переводит их в разряд публично-правовых и противоречит принципам обязательного страхования, закреплённым в ГК РФ.

Отсутствие бесспорного приоритета норм ГК РФ над правоположениями о страховании, включёнными в другие федеральные законы, очевидные тенденции к смещению достигнутого в ГК РФ баланса интересов страховщиков, страхователей (выгодоприобретателей), государства как участника гражданско-правовых отношений и общества в целом в пользу первых путём принятия законов, нарушающих установленные в Кодексе принципы и систему страхования, привели к противоречиям между указанными правовыми актами. Сложившееся положение вредит стабильности оборота и роняет авторитет закона.

Законодателю следует исходить из безусловного соблюдения требования о соответствии любых специальных норм об обязательном страховании (за исключением специальных видов страхования, предусмотренных ст. 970 ГК РФ) общим положениям ГК РФ о страховании и принципам страхования. Необходимо

пересмотреть Закон о страховании, законы об отдельных видах страхования (включая обязательное страхование), а также правовые положения, регулирующие отношения в связи осуществлением отдельных видов обязательного страхования, включённые в иные федеральные законы, с целью приведения их в соответствие с ГК РФ. При этом следует исходить из приоритета ГК РФ, если иное не установлено самим Кодексом.

1.2. В ГК РФ прямо не предусмотрено, что к отношениям по страхованию с участием страхователя (выгодоприобретателя), заключающего соответствующий договор в целях личного потребления оказываемой страховщиком услуги, применяется Закон РФ «О защите прав потребителей». На практике это привело к тому, что нередко даже в тех случаях, когда субъектный состав и цель заключения конкретного договора имущественного страхования позволяют квалифицировать его как потребительский, суд, тем не менее, считает Закон РФ «О защите прав потребителей» не подлежащим применению к соответствующим страховым правоотношениям. Данное противоречие приобрело характер проблемы, которая должна быть решена в гл. 1 ГК РФ.

В интересах защиты более слабой стороны – гражданина, вступающего в страховые отношения в потребительских целях, ГК РФ следует дополнить положением о том, что к отношениям по страхованию с его участием применяются общие положения Закона РФ «О защите прав потребителей» (за исключением санкций).

1.3. В действующей редакции п. 1 ст. 929 ГК РФ определение договора имущественного страхования сформулировано не точно. В случае осуществления непоименованных в ГК РФ видов имущественного страхования Кодекс допускает заключение соответствующих договоров в пользу выгодоприобретателя, не несущего при наступлении страхового события убытки в связи с

застрахованными имущественными интересами. Указанная неточность нарушает базовый принцип имущественного страхования «нет интереса – нет страхования», создавая для такого выгодоприобретателя возможность обогащения. Кроме того, в случае страхования гражданской ответственности за причинение вреда третьим лицам дефиниция не учитывает возможность страхования имущественных интересов застрахованного лица, не являющегося страхователем. Таким образом, договор страхования гражданской ответственности такого субъекта за причинение им вреда третьим лицам, по существу, дисквалифицируется как договор имущественного страхования.

Пункт 1 ст. 929 ГК РФ следует изложить в иной редакции.

В пункт 2 ст. 929 ГК РФ следует внести изменения, устраняющие тождество понятий «имущественный интерес» и «риск», которое как будто следует из буквального прочтения действующей формулировки указанного положения.

1.4. Действующие в настоящее время правила имущественного страхования, установленные главой 48 ГК РФ, не в полной мере отражают признанный доктриной гражданского права принцип: «нет интереса – нет страхования». Последний исключает существование страховых правоотношений при отсутствии у страхователя (выгодоприобретателя) страхового интереса. Так, п.п. 1, 2 ст. 958 ГК РФ не охватывают случай досрочного прекращения договора страхования при отказе страхователя (выгодоприобретателя) в период действия договора от права собственности на застрахованное имущество, если при этом указанное лицо не выразило намерение отказаться от договора страхования. В такой ситуации сохранение состояния юридической связанности страхователя (выгодоприобретателя) с застрахованным имуществом, от права собственности на которое он отказался, формально не даёт



оснований для досрочного прекращения договора страхования, хотя отсутствие интереса в сохранении застрахованного имущества страхователем (выгодоприобретателем) обозначено вполне определённо.

Следует изменить формулировку п. 1 ст. 958 ГК РФ таким образом, чтобы досрочное прекращение договора страхования обуславливалось не исчезновением некоторых отдельных элементов, составляющих содержание страхового интереса, как то: возможность наступления страхового случая и существование страхового риска, - а прекращением страхового интереса в целом, включая и такой его элемент, как исчезновение у страхователя (выгодоприобретателя) субъективной заинтересованности в сохранении объекта страховой охраны.

1.5. При страховании имущества в пользу лица, не являющегося его собственником, имеют место проблемы установления действительности договора страхования и определения размера подлежащего выплате страхового возмещения. Трудности обусловлены тем, что действующая редакция главы 48 ГК РФ не в полной мере отражает признанный доктриной гражданского права принцип: «страхование сверх страхового интереса недействительно». При заключении договора страхования имущества в пользу лица, не являющегося его собственником, Кодекс (п. 2 ст. 947 и п. 1 ст. 951 ГК РФ) не придаёт значения интересу выгодоприобретателя (его правовой природе и размеру) и подменяет его страховой стоимостью имущества. Однако согласно абз. 2 п. 2 ст. 947 ГК РФ страховая стоимость имущества неизменна и при страховании имущества в пользу лица, не являющегося его собственником, и при страховании имущества в пользу его собственника. В результате на практике при заключении договора страхования имущества страховой интерес сторонами не

индивидуализируется, а при наступлении страхового случая между страховщиком и выгодоприобретателем возникают споры о характере страхового интереса выгодоприобретателя и, в связи с этим, о размере убытков, понесенных последним.

В пункте 2 ст. 947 ГК РФ следует иначе, чем это сделано в действующей редакции Кодекса, определить максимальный размер страховой суммы по договору страхования имущества, напрямую увязав его с размером (в стоимостном выражении) страхового интереса выгодоприобретателя. Кроме того, здесь же необходимо учесть и возможные случаи страхования имущества с непрерывно и поступательно изменяющейся (в период действия договора страхования) стоимостью.

1.6. Согласно ч. 1 п. 3 ст. 958 ГК РФ при досрочном прекращении страхового обязательства, - если оно имеет место по указанным в законе обстоятельствам, - страховщик должен вернуть часть уплаченной премии. Данное правило в большей мере, чем ч. 2 указанной нормы, защищает интересы страхователя, не обладающего специальными познаниями в области страхования и, зачастую, не имеющего возможности повлиять на условия договора страхования. Поэтому закреплённый в ч. 1 п. 3 ст. 958 ГК РФ подход следует распространить на все случаи досрочного прекращения страхового обязательства. Это правило должно применяться, если иное не предусмотрено договором страхования.

1.7. Страхование как вид хозяйственной деятельности, существование и развитие которого обусловлено наличием социального интереса в сохранении достигнутого в обществе уровня экономического благополучия, нуждается в совершенствовании правового механизма, способствующего укреплению финансовой устойчивости страховых организаций. Одним из таких механизмов является перестрахование. Поскольку этот вид страховой

деятельности обладает особенностями, которые не во всех ситуациях позволяют применять для регулирования отношений в связи с перестрахованием общие правила об имущественном страховании, необходимо разработать и принять специальный закон, в котором были бы собраны нормы, отражающие особенности осуществления перестрахования. При этом в п. 2 ст. 967 ГК РФ следует внести изменения, согласно которым: 1) особенности регулирования отношений по перестрахованию в соответствии с ГК РФ определяются законом о перестраховании; и 2) правила имущественного страхования, предусмотренные главой 48 ГК РФ, применяются к отношениям по перестрахованию, если иное не предусмотрено законом о перестраховании.

1.8. Взаимному страхованию посвящена ст. 968 ГК РФ и Федеральный закон «О взаимном страховании». Статья 968 ГК РФ устанавливает общие правила организации и осуществления взаимного страхования, которые определяют направление и границы законотворческой деятельности в сфере его специального регулирования. Особенности правового положения обществ взаимного страхования и условия их деятельности согласно ч. 2 п. 2 указанной статьи определяются законом о взаимном страховании. Однако содержание действующего Федерального закона «О взаимном страховании» ограничивается признанием общества взаимного страхования в качестве организационно-правовой формы некоммерческой организации и регулированием организационных и ассоциативных отношений. Правила, регулирующие особенности осуществления взаимного страхования, в указанном законе отсутствуют. В результате принятия Федерального закона «О взаимном страховании» был признан утратившим силу п. 5 ст. 968 ГК РФ, допускавший осуществление обществом взаимного страхования, образованным в форме коммерческой организации,

страхования интересов лиц, не являющихся его членами. Но практически во всех правовых системах мира законодательства соответствующих государств предусматривают деятельность таких обществ.

Следует полностью пересмотреть Федеральный закон «О взаимном страховании», привести его концепцию и содержание в соответствие с требованиями ст. 968 ГК РФ. Необходимо также легализовать общества взаимного страхования, которые были бы вправе осуществлять помимо страхования имущественных интересов своих участников и интересы лиц, не являющихся членами таких обществ. Для этого целесообразно восстановить п. 5 ст. 968 ГК РФ, который был признан утратившим силу в связи с принятием Федерального закона «О взаимном страховании».

## **2. Предложения по совершенствованию законодательства**

2.1. Необходимо пересмотреть Закон о страховании, законы об отдельных видах страхования (включая обязательное страхование), а также правовые положения, регулирующие отношения в связи осуществлением отдельных видов обязательного страхования, включённые в иные федеральные законы, с целью приведения их в соответствие с ГК РФ. При этом следует исходить из приоритета ГК РФ, если иное не установлено самим Кодексом.

2.2. В интересах защиты более слабой стороны – гражданина, вступающего в страховые отношения в потребительских целях, (страхователя, выгодоприобретателя) ГК РФ следует дополнить положением о том, что к отношениям по страхованию с его участием применяются общие положения Закона РФ «О защите прав потребителей» (за исключением санкций).

2.3. В пункт 2 ст. 929 ГК РФ внести изменения, устраняющие тождество понятий «имущественный интерес» и «риск», которое как

будто следует из буквального прочтения действующей формулировки указанного положения Кодекса.

Так, абз. 1 п. 2 ст. 929 ГК РФ можно было бы изложить, например, следующим образом:

«По договору имущественного страхования могут быть, в частности, застрахованы следующие имущественные интересы, обусловленные:

1) риском утраты (гибели), недостачи или повреждения определённого имущества (статья 930);

2) риском ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, а в случаях, предусмотренных законом, также ответственности по договорам – риском гражданской ответственности (статьи 931 и 932);

3) риском убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов – предпринимательским риском (статья 933).».

2.4. В пункте 2 ст. 947 ГК РФ иначе, чем это сделано в действующей редакции Кодекса, следует определить максимальный размер страховой суммы по договору страхования имущества, напрямую увязав его с размером (в стоимостном выражении) страхового интереса выгодоприобретателя. Кроме того, здесь же необходимо учесть и возможные случаи страхования имущества с непрерывно и поступательно изменяющейся (в период действия договора страхования) стоимостью.

2.5. Следует изменить формулировку пункта 1 ст. 958 ГК РФ таким образом, чтобы досрочное прекращение договора страхования обуславливалось не исчезновением некоторых

(отдельных, - как это имеет место в действующей редакции указанной нормы Кодекса) элементов, составляющих содержание страхового интереса, как то: возможность наступления страхового случая и существование страхового риска, - а прекращением страхового интереса в целом, включая и такой его элемент, как исчезновение субъективной заинтересованности в сохранении объекта страховой охраны у страхователя, в пользу которого заключён договор страхования, или у выгодоприобретателя.

2.6. Необходимо пункт 1 ст. 929 ГК РФ изложить в следующей редакции:

«По договору имущественного страхования одна сторона (страховщик) обязуется за обусловленную договором плату (страховую премию) при наступлении предусмотренного в договоре события (страхового случая) возместить другой стороне (страхователю) или иному лицу, в пользу которого заключён договор (выгодоприобретателю), причиненные вследствие этого события убытки в застрахованном имуществе либо убытки в связи с иными имущественными интересами соответственно страхователя или выгодоприобретателя, а в случае страхования ответственности за причинение вреда - в связи с имущественными интересами страхователя или иного лица, на которое может быть возложена ответственность за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу третьих лиц, (выплатить страховое возмещение) в пределах определённой договором суммы.».

2.7. В целях защиты страхователя (выгодоприобретателя), как правило, специальными познаниями в страховании не обладающего, закреплённый частью 1 п. 3 ст. 958 ГК РФ подход, согласно которому при досрочном прекращении страхового обязательства страховщик обязан возратить страхователю часть уплаченной им страховой премии, следует распространить на все случаи досрочного

прекращения страхового обязательства. Это правило должно применяться, если иное не предусмотрено договором страхования.

2.8. Необходимо разработать и принять специальный закон, в котором были бы собраны нормы, отражающие особенности осуществления перестрахования. При этом в п. 2 ст. 967 ГК РФ следует внести изменения, согласно которым: 1) особенности регулирования отношений по перестрахованию в соответствии с Гражданским кодексом определяются законом о перестраховании; и 2) правила имущественного страхования, предусмотренные главой 48 ГК РФ, применяются к отношениям по перестрахованию, если иное не предусмотрено законом о перестраховании.

2.9. Следует полностью пересмотреть Федеральный закон «О взаимном страховании», изменив его концепцию в соответствии с требованиями ст. 968 ГК РФ, и восстановить п. 5 указанной статьи Кодекса, который был признан утратившим силу в связи с принятием Федерального закона «О взаимном страховании».

**Замечания и предложения  
по проекту просьба направлять  
по адресу: [6065652@mail.ru](mailto:6065652@mail.ru)**