СОДЕРЖАНИЕ

Введение стр. 3

1. Способы обеспечения возврата кредита стр. 3
2. Залог стр. 4

2.1.Залог без передачи залогового имущества стр. 6

2.2. Залог с передачей заложенного имущества залогодержателю (заклад) стр. 10

3. Поручительство стр. 13

1. Банковская гарантия стр. 17
2. Неустойка стр. 23
3. Задаток и аванс стр. 25
4. Удержание имущества должника стр.26

 Заключение стр. 26

ВВЕДЕНИЕ

Кредитные операции составляют основу активной деятельности коммерческих банков, поскольку:

*во-первых,* их успешное осуществление ведет к получению основных доходов, способствует повышению надежности и устойчивости банков, а неудачам в кредитовании сопутствует их разорение и банкротство;

*во-вторых,* банки призваны аккумулировать собственные и привлеченные ресурсы для кредитования инвестиций в развитие экономики страны;

*в-третьих,* эта деятельность при ее успешном осуществлении приносит прибыль всем ее участникам: кредитным организациям, заемщикам и обществу в целом.

Россия вошла в 1997 г., переживая тяжелый экономичес­кий кризис, хотя в официальных кругах предпочитают говорить о финансовой стабилизации, ссылаясь на замедление роста цен и укрепление рубля. Однако низкая инфляция и крепнущая национальная валюта свидетельствуют о здоровых финансах только в странах с процветающей экономикой. В России не удалось пока еще остановить спад производства. И все субъекты экономики, включая кредитные организации, переживают болезненный процесс адаптации к условиям низкой инфляции и доходности.

В течение 1996 г. значительно выросла сумма просроченной задолженности (с учетом процентов) по кредитам, предоставленным коммерческими банками, с 31,8 трлн. до 45,3 трлн. руб. В то же время доля этого показателя в суммарной задолженности по упомянутым кредитам достигла 30%. Реально созданные банковские резервы на возможные потери по ссудам (по оценке ЦБ РФ) составили около 13 трлн. руб. на конец 1996 г. и покрывали менее чем на одну треть общую сумму просроченной задолженности.

Кризис многих российских банков, проявляющийся, в частности, в росте просроченной задолженности по кредитам, обусловлен грубыми нарушениями в управлении балансами, рисками (ликвидности, кредитными, процентными, валютными, фондовыми и т. д.). Слишком дорогой ценой обходится акционерам (пайщикам) и клиентам банков рискованная кредитная политика многих банкиров, упрощенно понимающих специфику банковского кредитования и игнорирующих мировой опыт, накопленный в этой области.

1. Способы обеспечения возврата кредита

Одной из наиболее серьезных проблем, с которыми сталкиваются коммерческие банки, является риск непогашения кредитов. Банки, естественно, стремятся минимизировать этот риск с помощью различных способов обеспечения возврата банковских ссуд.

Обеспечение — это виды и формы гарантированных обязательств заемщика перед кредитором (банком) по возвращению кредита в случае его возможного невозврата заемщиком.

По мнению банкиров англо-американской школы, необходимо иметь два, а лучше три «пояса безопасности», защищающих кредитора от невыполнения заемщиком кредитного договора. «Первый пояс» — это поток наличности, доход — главный источник погашения кредита заемщиком. «Второй пояс» — это активы, предлагаемые заемщиком в качестве обеспечения погашения кредита. «Третий пояс» связан с гарантиями, которые дают юридические (а во многих странах и физические) лица в качестве обеспечения кредита.

Необходимость эффективного использования кредитного обеспечения потребовала усовершенствования действующего законодательства в России. Различные аспекты обеспечения рассматриваются в Гражданском кодексе РФ, Основах гражданского законодательства. Федеральном законе «О Центральном банке (Банке России)», Федеральном законе «О банках и банковской деятельности». Арбитражно-процессуальном кодексе, постановлениях Пленума Верховного суда РФ и пленума Высшего арбитражного суда РФ, а также ряде других законов и подзаконных актов.

Гражданским кодексом РФ предусмотрено, что исполнение основного обязательства может подкрепляться такими средствами обеспечения, как: залог, неустойка, банковская гарантия, поручительство, задаток, а также другими способами, предусмотренными законом или договором.

Каждый из названных способов имеет цель заставить заемщика выполнить свои кредитные обязательства. Однако возможна и комбинация различных способов обеспечения (залога и банковской гарантии, задатка и страхования возврата кредита и т.д.), что не противоречит закону.

Все обеспечивающие обязательства являются дополнительными к основному обязательству, в рассматриваемом случае — к кредитному обязательству. Иными словами, основное обязательство определяет судьбу дополнительных обязательств, поэтому:

— при прекращении действия основного обязательства (кредитного договора) прекращается действие дополнительного обязательства (залога, заклада, поручительства и т. д.), кроме банковской гарантии, которая не зависит от основного обязательства;

— при погашении части кредита и с согласия кредитора может быть пропорционально уменьшена сумма (объем) обеспечивающего обязательства.

В то же время, если соглашение об обеспечивающем обязательстве по тем или иным причинам теряет силу, то это не влечет за собой недейственность основного обязательства (по кредитному договору).

Ниже дается характеристика основных способов обеспечения погашения кредитов.

2. Залог

Залог является одним из наиболее действенных способов, побуждающих заемщика выполнить свои обязательства по кредитному договору — вернуть долг кредитору.

Подзалогом в гражданском праве понимается право кредитора (залогодержателя) получать возмещение из стоимости заложенного имущества приоритетно перед другими кредиторами. «Конечно, именно по этой причине залог чаще всего обеспечивает обязательства, возникающие из договора банковской ссуды», — отмечает М. В. Трофимов из московского адвокатского бюро «Барщевский и партнеры». Если иное не предусмотрено договором, залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, включая, в частности, проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения. Залог также обеспечивает возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание заложенной вещи и затрат по взысканию.

Залоговые отношения регулируются следующими нормативными актами: Гражданским кодексом РФ, Законом РФ «О залоге», в той части, которая не противоречит ГК РФ, Гражданским процессуальным кодексом РСФСР в части продажи жилых строений с публичных торгов и реализации имущества.

В соответствии с законодательством кредитор и заемщик подписывают договор о залоге, который должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение этого правила влечет недействительность договора о залоге. Существенными условиями договора залога являются предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, а также условие о том, у какой из сторон (залогодателя или залогодержателя) находится заложен­ное имущество.

Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ в своем совместном постановлении от 1 июля 1996 г. (далее: «Постановление...») дали специальное разъяснение: «Если сторонами не достигнуто соглашение хотя бы по одному из названных условий, либо соответствующее условие в договоре отсутствует, договор о залоге не может считаться заключенным. В случае, когда залогодателем является должник в основном обязательстве, условия о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, следует признать согласованными. Подобное положение правомерно, если в договоре залога имеется отсылка к договору, регистрирующему основное обязательство и содержащему основные условия».

Предметом залога могут быть движимое и недвижимое (ипотека) имущество, ценные бумаги, валютные ценности, товары в обороте.

Первоначально коммерческие банки охотно принимали в качестве залога движимые автотранспортные средства и сельскохозяйственную технику, но из-за сложности с их хранением интерес к этому виду залога значительно изменился.

Законом предусматриваются некоторые особенности для залога ценных бумаг. Ценная бумага определяется как документ установленной формы, удостоверяющий с соблюдением обязательных реквизитов имущественные права, осуществление которых возможно при предъявлении этого документа или, в отдельных случаях, при закреплении ценных бумаг в специальном реестре. Залог ценой бумаги осуществляется путем ее передачи залогодержателю либо в депозит нотариата, если договором не предусмотрено иное.

При денежной оценке предмета залога, которая осуществляется по соглашению сторон по рыночным ценам, иногда предусматривается соответствующая индексация стоимости заложенного имущества или право залогодержателя на его переоценку на момент обращения взыскания.

Залогом обеспечиваются все требования кредитора-залогодержателя, возникшие на момент их предъявления, если иное не предусмотрено договором. Среди этих требований выделяются:

а) сумма основного долга и проценты;

б) расходы кредитора в связи с исполнением обязательства, включая издержки, связанные с публичной реализацией имущества, проведением аукционов, конкурсов, выплатой комиссионного вознаграждения и др.;

в) убытки кредитора, связанные с выплатой процентов, неустоек;

г) расходы кредитора, связанные с содержанием имущества.

Все эти суммы относятся на счет залогодержателя и подлежат возмещению за счет заложенного имущества.

Гражданское законодательство предусматривает, что договор о залоге должен быть заключен в письменной форме.

Договор об ипотеке, а также договор о залоге движимого имущества или права на имущество в обеспечение обязательства по договору, который должен быть нотариально удостоверен, подлежат нотариальному удостоверению. Договор об ипотеке должен быть зарегистрирован в установленном порядке.

Действующее законодательство не предусматривает возможности передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Все соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация, обеспеченная залогом обязательства.

Право залога возникает с момента заключения договора о залоге, а в отношении имущества, которое подлежит передаче залогодержателю, — с момента передачи этого имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге.

На практике выделяются два вида залога в зависимости от того, у кого будет находиться предмет залога: — заложенное имущество остается у залогодержателя; — заложенное имущество и имущественное право передаются залогодержателю.

1. Залог без передачи залогового имущества

Залог без передачи залогового имущества залогодержателю получил наибольшее распространение в отечественной и зарубежной практике по сравнению со вторым видом залога, ибо он позволяет заемщику (залогодателю) продолжать вести предпринимательскую деятельность, используя и заложенное имущество.

Законом предусмотрено, что заложенное имущество остается у залогодателя, если иное не предусмотрено договором. Не передается залогодержателю имущество, на которое установлена ипотека, а также заложенные товары в обороте.

В соответствии с Гражданским кодексом РФ и Указом Президента РФ «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования» подипотекой понимается залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, нежилых помещений, квартир и иное недвижимое имущество.

По договору об ипотеке может быть заложено только недвижимое имущество, а именно: земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей. Имеются в виду объекты, перемещение которых без соразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения. Речь идет об имуществе, которое принадлежит залогодателю на праве собственности или на праве хозяйственного ведения и права на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в соответствии с Указом «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кре­дитования».

В «Постановлении...» обращается внимание на то, что данное положение подлежит применению в случаях, когда лицо, выступающее в роли залогодателя здания или сооружения, является собственником или арендатором соответствующего земельного участка. Если такое лицо по договору ипотеки передаст в залог только здание и сооружение, а земельный участок либо право его аренды не являются предметом залога, такой договор должен считаться ничтожным.

При ипотеке земельного участка право залога не распространяется на находящиеся или возводимые на нем здания и сооружения залогодателя, если в договоре не предусмотрено иное условие. При отсутствии в договоре такого условия залогодатель в случае обращения взыскания на заложенный земельный участок сохраняет право ограниченного пользования (сервитута) той его частью, которая необходима для использования здания или сооружения в соответствии с его назначением. Условия пользования этой частью участка определяются соглашением залогодателя с залогодержателем, а в случаях спора — судом.

Права залогодателя, а при обращении взыскания на здание или сооружение и права покупателя на земельный участок должны определяться исходя из Земельного кодекса Российской Федерации. В соответствии с этим кодексом при переходе права собственности на строение, сооружение или при передаче их другим юридическим лицам или гражданам вместе с этими объектами переходит и право пользования земельными участками.

Однако не все имущество может быть предметом ипотеки. Не допускается ипотека участков недр, особо охраняемых природных территорий, иного имущества, изъятого из оборота, имущества, на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание, многоквартирных и индивидуальных жилых домов и квартир, находящихся в государственной или муниципальной собственности, а также имущества, в отношении которого в установленном федеральным законом порядке приватизация запрещена.

При ипотеке квартиры в многоквартирном жилом доме, часть которого находится в общей долевой собственности залогодателя и других лиц, заложенной считается наряду с жилым помещением соответствующая доля в праве общей собственности на жилой дом.

Если предметом ипотеки является недвижимое имущество, на отчуждение которого требуется согласие или разрешение другого лица или органа, то такое же согласие или разрешение необходимо для ипотеки этого имущества.

На имущество, находящееся в общей совместной собственности (без определения доли каждого из собственников в праве собственности), в том числе квартиры и нежилые помещения в жилых домах, ипотека может быть установлена при наличии письменного нотариально удостоверенного со­гласия на это всех собственников.

В случае обращения по требованию залогодержателя взыскания на эту долю при ее продаже применяются правила ГК РФ о преимущественном праве покупки, принадлежащем остальным собственникам, и об обращении взыскания на долю в общем имуществе, за исключением случаев обращения взыскания на долю в праве собственности на общее имущество жилого дома в связи с обращением взыскания на квартиру в этом доме.

Указом определено содержание договора об ипотеке. В этом документе должны быть указаны предмет ипотеки, его оценочная стоимость, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой.

Предмет ипотеки определяется в договоре указанием его наименования, места нахождения и описанием, достаточным для идентификации этого предмета.

В договоре об ипотеке должно быть указано право, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и орган государственной регистрации прав на недвижимое имущество, зарегистрировавший это право залогодателя.

Оценочная стоимость предмета ипотеки определяется по соглашению залогодателя с залогодержателем и указывается в договоре в денежном выражении, при этом оценочная стоимость земельного участка не может быть установлена ниже его нормативной цены.

К договору об ипотеке земельного участка должна быть приложена копия чертежа границ этого участка, выданная соответствующим комитетом по земельным ресурсам и землеустройству.

Обязательство, обеспечиваемое ипотекой, должно быть названо в договоре об ипотеке с указанием его величины в денежном выражении, основания его возникновения и срока исполнения. Если величина обеспеченного ипотекой обязательства подлежит определению в будущем, должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее определения.

Если обеспечиваемое ипотекой обязательство подлежит исполнению по частям, в договоре об ипотеке должны быть указаны сроки (периодичность) соответствующих платежей и их размеры либо условия, позволяющие определить эти размеры.

Если в договоре не предусмотрено иное, ипотека обеспечивает, кроме погашения основной суммы долга и процентов по нему, также уплату залогодержателю сумм, причитающихся ему:

— в возмещение убытков и/или в качестве неустойки (штрафа, пени) вследствие неисполнения, просрочки испол­нения или иного ненадлежащего исполнения основного обязательства;

— в виде процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренных основным обя­зательством либо федеральным законом;

— в возмещение судебных издержек и иных расходов, вызванных обращением взыскания на заложенное имущество;

— в возмещение расходов по реализации заложенного имущества.

В договоре может быть предусмотрено, что ипотека обеспечивает требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения за счет заложенного имущества либо в фиксированной сумме.

При заключении договора об ипотеке залогодатель обязан письменно предупредить залогодержателя обо всех известных ему к моменту государственной регистрации ипотеки правах третьих лиц на предмет ипотеки (правах залога, пользования, аренды, сервитутах, то есть правах ограниченного пользования) и других правах. Неисполнение этой обязанности дает кредитору по основному обязательству право потребовать до­срочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства либо изменения условий договора об ипотеке.

Имущество, заложенное по договору об ипотеке, может быть отчуждено залогодателем другому лицу путем продажи, дарения, обмена, внесения его в качестве вклада в хозяйствен­ное товарищество или общество либо паевого взноса в производственный кооператив, а также иным способом лишь с согласия кредитора по обеспеченному ипотекой обязательству, если иное не предусмотрено договором об ипотеке.

Если договором об ипотеке не предусмотрено иное, залогодатель обязан:

— поддерживать имущество, заложенное по договору об ипотеке, в исправном состоянии и нести расходы по содержанию этого имущества до момента прекращения ипотеки;

— производить текущий и капитальный ремонт имущества, заложенного по договору об ипотеке, в сроки, установленные федеральным законом или иными нормативными правовыми актами РФ.

Кредитор по обеспеченному ипотекой обязательству вправе проверять по документам и фактически наличие, состояние и условия содержания имущества, заложенного по договору об ипотеке. Это право принадлежит кредитору по обеспеченному ипотекой обязательству и в том случае, если заложенное имущество передано залогодателю во владение третьих лиц.

Договор об ипотеке считается заключенным и вступает в силу с момента его государственной регистрации. Государственная регистрация осуществляется по месту нахождения недвижимости в пределах района (города).

Отказ в государственной регистрации договора об ипотеке либо уклонение соответствующего органа от регистрации могут быть обжалованы заинтересованным лицом в суде.

Государственной регистрации в соответствии с ГК РФ подлежат права собственности и другие вещные права на недвижимое имущество, обременения (ограничения) прав на него, в том числе сервитуты, ипотека (залог недвижимости), арест имущества, аренда, доверительное управление, установленные в отношении использования объекта запрещения и ограничения, а также заявления о праве требования.

В соответствии с Указом была образована Федеральная комиссия по недвижимому имуществу и оценке недвижимости (ФКНИОН). Эта комиссия была учреждена как федеральный орган исполнительной власти, подчиненный непосредственно Президенту РФ, при решении вопросов, закрепленных за ним Конституцией РФ. Эта федеральная комиссия обеспечивает ведение Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Появление Единого реестра должно существенно облегчить получение информации о правовом статусе объектов недвижимости. Многим юридическим и физическим лицам, участвующим в ипотечном кредитовании, приходится на собственном опыте убеждаться, как сложно получить такую информацию. В ситуации, когда в регистрации сделок по недвижимости задействовано несколько органов, сведение информации о них в Едином реестре (как это предусмотрено Указом) имеет большое практическое значение.

Начиная с 1994 года на территории российской столицы московским правительством введена Единая система регистрации земель и единого реестра договоров залога. Регистрация договора о залоге, договора об ипотеке означает включение в названный реестр всех сведений относительно обеспечиваемого залогового обязательства, срока залога, реквизитов сторон упомянутых договоров.

Опыт, накопленный в Москве по созданию единой системы регистрации залога, поможет становлению этой службы во всероссийском масштабе.

Одним из видов залога с оставлением имущества у залогодателя являетсязалог на товары в обороте и переработке.Этот вид залога хорошо известен в хозяйственной практике и широко применяется для обеспечения кредитов, выдаваемых банками по обороту материальных ценностей, под сезонные накопления товаров и др. Особенность такого залога заключается в том, что его предметом является не конкретное имущество, а товары определенного вида (зерно, хлопок, уголь, мебель, сигареты, напитки, обувь и др.). Уменьшение стоимости заложенных товаров в обороте допускается соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства, если иное не предусмотрено договором.

При нарушении залогодателем условий этого вида залога залогодержатель вправе приостановить операции с ним до устранения нарушений путем наложения на заложенные товары своих знаков и печатей.

Залог товаров в обороте и переработке — одна из перспективных форм обеспечения обязательств. С одной стороны, она не связывает руки залогодателю, предоставляя ему возможность свободно владеть, пользоваться и распоряжаться заложенным товаром, осуществляя его замену другим. С другой стороны, и интересы кредитора обеспечиваются достаточно надежно, поскольку любой товар, поступивший залогодателю, становится предметом залога. Поэтому даже гибель предмета залога не означает прекращения последнего, так как таким предметом становится вновь поступивший товар.

2.2. Залог с передачей заложенного имущества залогодержателю (заклад)

В качестве заклада, оставляемого в распоряжении залогодержателя, могут быть различные виды имущества (автотранспорт, золото и другие драгоценные металлы, валюта, фондовые ценности). Под фондовыми ценностями понимаются свободно обращающиеся на биржевом рынке ценные бумаги (акции и облигации предприятий, государственные ценные бумаги), должным образом зарегистрированные в уполномоченном депозитарии или реестре. О передаче ценных бумаг в залог должна быть сделана соответствующая запись в депозитарии или реестре. До аннулирования этой записи залогодатель не может реализовать эти ценные бумаги.

При залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, она может быть передана залогодержателю, чем банки-кредиторы практически всегда и пользуются.

В качестве заклада может использоваться залог валютных ценностей (иностранная валюта, ценные бумаги в иностранной валюте), золото и другие драгоценные металлы в изделиях. Здесь особенно важно, что подобные операции разрешены лишь уполномоченным банкам, имеющим соответствующие лицензии.

Интересно, что Центральный банк при кредитовании принимает в качестве заклада золото и драгоценные металлы в изделиях и государственные ценные бумаги.

Обеспечением по ссудам успешно служат залоговые счета заемщика в банке-кредиторе с оговоренным неснижаемым остатком, размер которого покрывает 1-2 годовых платежа по основной сумме долга плюс проценты.

Кроме того, предпочтение также отдается депозитам заемщика, размеры которых колеблются, достигая иногда 100% суммы кредита плюс проценты по ним (ставку по этому залогу-депозиту банк исправно выплачивает). Подобные способы обеспечения практикуют Внешторгбанк, Уникомбанк и другие солидные банки России.

В условиях обострения проблемы неплатежей весьма перспективно выглядит схема, предложенная ОНЭКСИМБАНКом (контролирующим нефтяную компанию «СИДАНКО»), по финансированию снабжения нефтепродуктами в Якутии под залог (заклад) драгоценных металлов и камней, добываемых на территории республики.

Российским законодательством предусматривается два режима обращения взыскания на заложенное имущество: в судебном или внесудебном порядке. Судебный порядок был предусмотрен еще в Законе РФ «О залоге». Внесудебный порядок впервые появился в связи с вступлением в силу ГК РФ.

Удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд допускается только на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем, заключенного после возникновения причин для обращения взыскания на предмет залога. Условие о праве залогодержателя обратить взыскание на заложенное недвижимое имущество без предъявления иска в суд, содержащееся непосредствен но в договоре о залоге, должно признаваться недействительным.

В ряде случаев взыскание на заложенное имущество может быть обращено только по решению суда, когда:— для заключения договора о залоге требуется согласие или разрешение другого лица или органа;

— предметом залога является имущество, имеющее историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;

— залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно.

Законом предусмотрена обязательная регистрация движимого имущества (транспортных средств) в Госавтоинспекции в том районе, где транспортное средство стоит на учете. Залогодержатель (владелец автомобильного транспорта) представляет в автоинспекцию соответствующее заявление и предъявляет договор о залоге. Автоинспекция выдает залогодателю и залогодержателю свидетельство о регистрации автомобиля. За эти услуги автоинспекция взимает плату в размере пятикратной установленной законом суммы минимальной месячной оплаты труда.

Когда предметом залога являются права требования (например, депозит в банке), права аренды и другие имущественные права, взыскание на них может быть наложено (если не выполнено кредитное обязательство), как правило, в судебном порядке.

Если предметом залога являются имущественные права, ограниченные сроком действия, то они переходят к банку-залогодержателю лишь до окончания этого срока.

Законом предусмотрено прекращение залога в следующих конкретных случаях:

— с прекращением обязательства, обеспеченного залогом; — если законодатель уведомил залогодержателя о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества;

— в случае гибели заложенной вещи или прекращения заложенного права, если залогодатель не воспользовался правом в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом, если договором не предусмотрено иное;

— в случае продажи с публичных торгов заложенного имущества, а также в ситуации, когда его реализация оказалась невозможной (то есть когда залогодатель не воспользовался правом оставить за собой предмет залога в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися).

Ранее уже упоминалось о праве кредитора обратить взыск на предмет залога, если заемщик (залогодатель) не выполнил условия погашения кредита. Однако на практике все намного сложнее.

Во-первых, для того чтобы реализовать транспортные средства или недвижимость (здания, сооружения и т. д.), которые являются предметом залога, необходимо решение суда, вступающее в законную силу, если должник не согласен добровольно расстаться с предметом залога. Рассмотрение дела в суде может затянуться весьма надолго, в лучшем случае не менее двух месяцев. В худшем случае судопроизводство может длиться и полгода, и год. Не менее месяца уйдет на кассационное разбирательство, если одна из сторон подаст соответствующую жалобу. Итак, в суде рассмотрение обращения относительно взыскания на предмет залога затянется в лучшем случае на три месяца. Если же дело подведомственно арбитражному суду, то кредитор получит соответствующее решение не раньше чем через три месяца (два месяца рассмотрения плюс месяц до вступления решения в законную силу). Еще минимум месяц может понадобиться на рассмотрение апелляционной жалобы.

Во-вторых, при обращении в суд или арбитражный суд истец обязан уплатить государственную пошлину: 15% суммы иска в суде и 5% (в зависимости от размера требования) — в арбитражном суде.

В-третьих, если залогодержатель согласен добровольно расстаться с предметом залога, то кредитор с должником при участии нотариуса заключают соглашение. При этом требуется заплатить государственную пошлину в размере трех процентов цены заложенного имущества.

Таким образом, имея на руках решение суда, вступившее в законную силу, либо нотариально удостоверенное соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество, кредитор оказывается перед проблемой реализации заложенного имущества.

Реализация заложенного имущества проводится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном Гражданским процессуальным кодексом РФ и ГК РФ.

Желающие принять участие в торгах приходят в суд к судебному исполнителю, подают соответствующее заявление и вносят на депозит суда сумму в размере 10% начальной продажной цены заложенного имущества.

В торгах не имеют право участвовать государственные предприятия, учреждения и организации, кооперативные организации, их объединения, другие общественные организации, а также должностные лица местных органов власти, внутренних дел и члены их семей.

Торги начинаются с объявления судебным исполнителем начальной цены заложенного имущества. Имущество считается проданным покупателю, который предложил наивысшую цену. Сумма, внесенная на депозитный счет лицом, купившим с торгов имущество, зачисляется в счет покупной цены. Оставшимся участникам торгов внесенные ими деньги на депозитный счет суда возвращаются после торгов.

Таким образом, практика, обобщенная в вышеприведенных положениях, показывает невыгодность ситуации, в которой оказывается кредитор. Это положение складывается в процессе обращения взыскания и реализации заложенного имущества.

В этих условиях рекомендации, которые можно предложить кредиторам (потенциальным залогодержателям), сводятся к следующему:

1. Максимальная сумма кредита не должна превышать 10-15% стоимости залога, хотя во всех учебниках по банковскому делу рекомендуемый размер кредита не должен быть более 75-90% стоимости заложенного имущества. Дело в том, что после процедуры реализации заложенного имущества вырученная сумма окажется недостаточной для удовлетворения всех требований залогодержателя (процентов, неустойки, возмещения убытков, судебных и прочих расходов по взысканию).

2. Необходимо заранее предусмотреть в кредитном договоре и в договоре залога передачу спора на рассмотрение третейского суда.

1. Не следует принимать уже заложенное имущество в обеспечение обязательства

должника, то есть выступать последующим залогодержателем.

Банковский кредит под залог недвижимости в нормальных экономических условиях — один из самых популярных и привлекательных для кредитора. Такой кредит оформляется в промышленно развитых странах закладной ценной бумагой, которая соединяет в себе свойства кредитного договора и залога. Облигации, выпускаемые под обеспечение закладных ценных бумаг, имеют часто на Западе более высокий рейтинг надежности, чем облигации промышленных корпораций, так как они обеспечены ликвидным залогом.

В то же время любая банковская система может выдать ограниченное количество ипотечных кредитов в силу их долгосрочного характера и значительных рисков. Эту проблему можно решить, как показывает зарубежный опыт, с помощью государства, которое для этих целей создаст вторичный рынок закладных ценных бумаг и гарантирует обращение на нем долговых обязательств.

Как показывает зарубежная практика, государство создает свои мощные ипотечные агентства, которые покупают закладные ценные бумаги у банков с некоторой маржей и выпускают под их обеспечение облигации. Правительственные гарантии повышают ликвидность рынка. Банки за счет средств, вырученных от продажи закладных, выдают новые ипотечные кредиты, снова продают их специализированным эмитентам переходных облигаций, те эмитируют под их обеспечение облигации, продают их частным инвесторам, а на аккумулируемые гигантские ресурсы строится и модернизируется жилье.

Такой механизм при определенных условиях может работать и в России. Конечным инвестором строительства являются покупатели облигаций, то есть частный сектор во всем его многообразии. Государство же за счет своих вливаний лишь помогает вначале развернуть ипотечное кредитование. Однако чтобы в России запустить подобный механизм, требуется не только реализовать нормы, заложенные в Указе Президента РФ «О дополнительных мерах по реализации ипотечного кредитования» (1995 г.), но и принять новые законодательные акты.

3. Поручительство

Одним из наиболее распространенных способов обеспечения исполнения кредитного обязательства являетсяпоручительство.

Поручитель обязуется перед кредитором отвечать за исполнение заемщиком его обязательства полностью или частично. Поручительство могут давать как юридические, так и физические лица.

Для оформления отношений по поручительству между поручителем и банком-кредитором подписывается договор поручительства.

На практике встречаются три случая заключения договора поручительства:

— после того как подписан кредитный договор между банком-кредитором и заемщиком;

— до подписания кредитного договора. Это наиболее часто встречающийся случай, когда банк оговаривает оформление предоставления кредита только после получения поручительства за заемщика;

— одновременное подписание с кредитным договором трехстороннего договора поручительства. Этот документ подписывает банк-кредитор, заемщик и поручитель.

Заключение трехстороннего договора встречается на практике и не противоречит действующему законодательству.

Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства.

В договоре поручительства должны быть указаны условия, позволяющие определять, за исполнение какого обязательства дано поручительство. Поручительство может быть полным (на всю сумму кредита и процентов по нему) или частичным (например, только по процентам). В договоре предусматриваются порядок и обстоятельства, при которых поручитель обязан выполнить свои обязательства. Законом определяется ответственность поручителя.

При исполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

При солидарной ответственности кредитор вправе требовать погашения как от должника и поручителя совместно, так и от любого из них в отдельности, как полностью, так и в части долга. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников (заемщика или поручителя), имеет право требовать недополученное от другого солидарного должника.

Поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должников, если иное не предусмотрено договором поручительства, то есть объем ответственности поручителя равен объему ответственности заемщика. Но в договоре может быть установлена ограниченная ответственность поручителя путем определения суммы поручительства, либо указанием на определенную часть убытков, оплату которых гарантирует поручитель (например, сумму неоплаченных процентов).

Возможны случаи, когда юридические или физические лица совместно дали поручительство, и они отвечают перед кредитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства.

При установлении отношения банка с поручителем необходимо учитывать, что при отсутствии указания в договоре поручительства о солидарной ответственности с должником поручитель несет субсидиарную (дополнительную) ответственность. В этом случае кредитор в первую очередь должен обратить взыскание на должника. И ответственность поручителя возникает только в случае, если в результате этого долг по кредитному договору не был погашен.

Если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование, то это требование может быть предъявлено лицу, несущему субсидиарную ответственность.

Лицо, несущее субсидиарную ответственность (в данном случае поручитель), должно до удовлетворения требования, предъявленного ему кредитором, предупредить об этом основного должника. А если к лицу, несущему субсидиарную ответственность, предъявлен иск, то ему следует привлечь основного должника к участию в деле. В противном случае основной должник имеет право выдвинуть против требования лица, отвечающего субсидиарно, возражения, которые он имел против кредитора.

Важно отметить, что отношения между поручителем и должником не влияют на характер отношений между поручителем и кредитором, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Бывает так, что отношения между заемщиком и поручителем прекратились, и договор, заключенный между ними о сотрудничестве, расторгнут. Но, ссылаясь на этот договор, поручитель оформил договор поручительства с банком-кредитором. Заемщик не заплатил долг. Кредитор потребовал выполнения солидарного обязательства от поручителя, а тот отказывается это сделать, говоря о том, что правовые отношения его с заемщиком прекратились. Эти доводы были судом отвергнуты, и он обратил внимание на то, что поручительство представляет собой договор между поручителем и кредитором и подлежит исполнению. По закону поручитель несет не только ответственность, но и пользуется определенными правами. Право поручителя — выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет права на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказывается или признал свой долг.

К поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Поручитель также вправе требовать от должника уплаты кредитов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника.

По исполнению поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование. Эти правила применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником.

Законом предусмотрено, что должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан незамедлительно известить об этом поручителя. В противном случае поручитель, в свою очередь исполнивший обязательство, вправе взыскать с кредитора необоснованно полученное либо предъявить регрессивное требование к должнику. В последнем случае должник вправе взыскать с кредитора лишь необоснованно полученное.

Следует отметить конкретные случаи прекращения поручительства:

— с прекращением обеспеченного поручительством обязательства;

— с изменением этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего;

 — с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника;

— если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем;

— по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Когда такой срок не установлен, поручительство прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иска к поручителю;

— если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства, когда срок исполнения основного обязательства не указан, не может быть определен или определен моментом востребования.

Итак, поручителем могут выступать различные юридические и физические лица. В качестве примера отметим, что одним из наиболее крупных поручителей в России выступает Министерство финансов РФ. Федеральное правительство ежегодно принимает постановление, регламентирующее деятельность этого министерства по предоставлению поручительств по кредитам коммерческих банков, привлекаемых получателями средств федерального бюджета. Так, на 1996 год предельная величина средств исполняемого федерального бюджета, направленная на погашение и обслуживание поручительств Минфина по упомянутым кредитам, была ограничена суммой до 30 трлн. рублей. Были определены следующие пределы поручительств по различным направлениям, в том числе:

— для финансирования расходов, связанных с государственной финансовой поддержкой завоза продукции (товаров) в районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности с ограниченными средствами навигации — 1,4 трлн. руб.;

— для авансирования золотодобывающей промышленности —1 трлн. руб.;

— для закупки вооружений и военной техники по государственному оборонному заказу — 1,6 трлн. руб.

3 сентября 1996 г. Правительство РФ разрешило Министерству финансов России предоставить дополнительно (в виде исключения) поручительства по кредитам некоторым коммерческим банкам на общую сумму до 87 млрд. руб. Расходы по погашению и обслуживанию этих кредитов предусмотрены за счет средств федерального бюджета 1996 г. на государственные инвестиции. В частности, поручительства даны по кредитам на сумму 52 млрд. руб., привлекаемым администрацией Ярославской области для финансирования строительства в рамках Федеральной инвестиционной программы. Поручительство также предоставлено по кредиту на сумму 35 млрд. руб., привлекаемому Новосибирским муниципальным предприятием на строительство Новосибирского метрополитена.

25 марта 1997 г. Минфин РФ принял решение о прекращении предоставления поручительств по кредитам, выдаваемым коммерческими банками бюджетным организациям и предприятиям.

Московский банк Сбербанка России принимает в качестве обеспечения возвратности кредита физическим лицам поручительства трудоспособных граждан. При сумме кредита до 5 млн. руб. требуется предоставление одного или двух договоров-поручительств трудоспособных граждан. При сумме кредита свыше 5 млн. руб. требуется предоставление не менее двух договоров-поручительств. Вопрос о дополнительных гарантиях решается на кредитном комитете отделения банка ин­дивидуально в каждом конкретном случае, в зависимости от суммы кредита и доходов заемщика. Московский банк Сбербанка России не рекомендует заключать договоры поручительства с гражданами, имеющими задолженность по кредиту в сумме 10 млн. руб. и выше, либо уже являющимися поручителями по двум кредитам.

Договор поручительства может быть оформлен в Сбербанке РФ либо в нотариальной конторе. Поручителями могут быть трудоспособные граждане России, имеющие постоянный источник дохода. Их совокупный доход должен быть не меньше дохода заемщика. В противном случае необходимо увеличить число поручителей, либо требовать предоставления дополнительных гарантий. При оформлении кредитов населению в иностранной валюте поручителями могут быть трудоспособные граждане России, имеющие постоянную прописку в Москве и постоянный источник дохода.

Кредитование населения под договоры-поручительства осуществляют не только Московский, но и другие банки Сбербанка РФ.

Банкам-кредиторам и их партнерам, выступающим в качестве заемщиков или поручителей, необходимо очень внимательно подходить к юридическому оформлению своих отношений по поручительству. Приведем несколько примеров.

Так, практика свидетельствует о том, что забывчивость кредитора о правах поручителя приводит к печальным последствиям.

Инкомбанк выдал кредит АО «Лэнд» на сумму 10 млн. долларов сроком на полгода под поручительство финансовой компании под тем же наименованием. Хотя кредитный договор был трижды пролонгирован, АО долг погасило частично. Тогда Инкомбанк сделал исполнительную надпись у нотариуса о взыскании 4,2 млн. долларов с поручителя. Однако юристы последнего доказали, что Инкомбанк пролонгировал кредитный договор без ведома поручителя (ФК «Лэнд»). При этом дополнительных соглашений к договору поручительства не заключалось и срок поручительства не продлевался. Истец также сослался на ст. 367 ГК РФ относительно случаев прекращения поручительства. Апелляционная инстанция суда удовлетворила иск, а Федеральный арбитражный суд Московского округа это постановление оставил в силе. В своем постановле­нии суд отметил, что установление нового срока обязательства изменило и ответственность поручителя, что является основанием для прекращения поручительства. Кроме того, по мнению судей, нотариус не мог исполнить надпись, так как кредитный договор не бесспорен, а все дополнительные соглашения к нему не были согласованы с поручителем (ФК «Лэнд»).

Бывают случаи, когда суд признает поручительство недействительным. Так, Рублевский филиал Мосбизнесбанка выдал АО «Мариус» кредит на сумму 1 млрд. руб. сроком на полгода под 190% годовых. Поручителем возврата этой ссуды и процентов по ней по договору с кредитором стал Хамовиический филиал Независимого банка России. В срок ссуда погашена не была, а заемщик исчез. После этого кредитор обратился в суд, который подтвердил долг заемщика в размере 2,6 млрд. руб. (кредит, проценты по нему и штраф за несвоевременный возврат). Однако иск в суд подал не Мосбизнесбанк, а пору­читель ссуды.

Независимый банк России (НБР) сообщил суду, что управляющий Хамовнического филиала этого банка уполномочен на заключение сделок, не превышающих 400 млн. руб. В данном случае филиал поручился за возврат кредита на большую сумму ( 1 млрд. руб.) и тем самым превысил свои полномочия. Ссылаясь на это, истец просил суд признать договор поручительства недействительным. Суд удовлетворил иск.

Во всей этой истории просматривается вина сотрудников банка-кредитора, которые не удосужились проверить своего заемщика и полномочия управляющего филиалом банка, выдавшего поручительство.

4. Банковская гарантия

Банковская гарантия (как и поручительство), являясь средством погашения кредитных обязательств, довольно удобна. И потому часто используется кредиторами, которые стремятся избежать финансовых потерь.

Нормативной базой для гарантийных операций коммерческих банков России являются Гражданский кодекс РФ, Закон РФ «О банках и банковской деятельности». Закон РФ «О валютном регулировании и валютном контроле», а также инструкции, регулирующие валютные операции коммерческих банков, в том числе приказ ГТК «О принятии гарантийных обязательств банков и иных кредитных учреждений в качестве обеспечения уплаты таможенных платежей в обеспечение подакцизных товаров».

Международная Торговая Палата подготовила ряд документов, обобщающих международные правила, касающиеся банковских гарантий, в том числе «Унифицированные правила по договорным гарантиям» ¹ 325; «Унифицированные правила для гарантий по требованию» ¹ 458; «Введение в «Унифицированные правила для гарантий по требованию» ¹510 и «Банковские гарантии в международной торговле» ¹ 930.

В соответствии с Гражданским кодексом РФ в качестве банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) денежную сумму по предъявлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

В «Унифицированных правилах по договорным гарантиям» МТП, действующих с 1992 г., дается следующее определение: «Под банковской гарантией понимается безотзывное обязательство банка выплатить указанную в ней сумму в случае, когда третье лицо не произведет определенного исполнения. Гарантия является самостоятельным обязательством, не зависящим от отношений по основному долгу или договору между кредитором и основным должником. Путем выдачи гарантии банк обязуется платить по первому требованию, если содержащиеся в тексте гарантии условия выполнены. Гарантия, как правило, подчиняется праву страны выставившего ее банка».

На практике в России и за рубежом применяются различные виды банковских гарантий, выдаваемые кредитными организациями.

Ниже рассматриваются вопросы, связанные с банковской гарантией на возврат кредита как одного из способов обеспечения его погашения.

В соответствии с международными требованиями в банковской гарантии должны быть отражены следующие сведения:

— наименование принципала, гаранта и бенефициара; — контракт в обеспечение обязательств, по которому выдается гарантия;

— максимальная сумма, которая должна быть выплачена; — наименование валюты платежа;

— срок действия гарантии или указание события, наступ­ление которого приводит к его аннулированию; — способы заявления требования платежа; — возможности уменьшения суммы обязательства. В тексте гарантии должно содержаться указание на ее безотзывный характер.

Если содержание гарантии соответствует упомянутым Унифицированным правилам, то целесообразно сделать ссылку на этот документ.

Банковская гарантия и поручительство как способы обеспечения выполнения основного обязательства (по погашению кредита) имеют много общих характеристик. Кроме банка-кредитора и заемщика, в ссудных операциях участвует также банковский гарант или поручитель. Однако между банковской гарантией и поручительством имеются определенные различия:

1. Банковская гарантия (в отличие от поручительства) не зависит от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она была выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обстоятельство.

2. По субъектам обязательства. В качестве банковских гарантов по закону могут выступать только кредитные учреждения и страховые организации, а в качестве поручителей — различные юридические лица и граждане.

3. По форме установления отношений. Банки-гаранты подписывают с банками-кредиторами договор банковской гарантии или направляют им гарантийное письмо. Отношения поручительства устанавливаются в результате заключения договора поручительства между банком-кредитором и поручителем.

Финансисты обращают внимание на то, что банку, компании, частному лицу следует проявлять чрезвычайную осторожность при решении вопроса о выдаче гарантии.

Многие (особенно малоопытные гаранты) даже не предполагают, что им придется пережить, когда окажется, что за­емщик либо не может, либо не хочет погасить взятый кредит. Российская действительность изобилует десятками, а может быть и сотнями тысяч подобных примеров.

Опытный британский финансист Кристофер А. Блумфилд советует не пренебрегать некоторыми правилами при выдаче гарантий. Для этого следует убедиться в том, что вы:

1) верите в надежность сделки, которую вам предстоит гарантировать;

2) детально разобрались в ее сути и вопросах погашения выделенного кредита;

3) договорились с банком-кредитором о предоставлении гарантии на определенную сумму, приемлемую для вас и не превышающую многократно стоимость ваших активов.

В соответствии с законодательством, действующим в России, банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом (заемщиком) его основного обязательства перед бенефициаром (кредитором). За выдачу банковской гарантии заемщик уплачивает гаранту вознаграждение.

В Гражданском кодексе РФ предусмотрены следующие особенности этой формы обеспечения: безотзывность, непередаваемость прав, момент вступления в силу.

Согласно российскому законодательству банковская гарантия, как правило, носит безотзывный характер. ГК РФ предусмотрено, что «банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное».

Безотзывная гарантия — это гарантия, которая не может быть отозвана, аннулирована или изменена банком-гарантом без предварительного согласования с банком-кредитором. Однако законом не запрещается применение отзывной гарантии. Если в договоре о банковской гарантии четко написано: «настоящая банковская гарантия является отзывной гарантией, это означает, что гарант может в любой момент и без предварительного уведомления кредитора аннулировать выданную гарантию. И если кредитор (бенефициар) соглашается на такое обеспечение платежа должником, как отзывная гарантия, это ничего, кроме разочарования кредитора, не может вызвать. Ясно, что денег по такой гарантии кредитор никогда не получит. Поэтому кредиторам следует быть достаточно внимательными и предусмотрительными.

Российским законодательством предусмотренанепередаваемость прав на банковскую гарантию. Это значит, что принадлежащее бенефициару (кредитору) по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное.

Очень важным моментом во взаимоотношениях между банком-кредитором, заемщиком и гарантом являетсяопределение момента вступления банковской гарантии в силу**.** Законодательством предусмотрено основное правило о том, что «банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи». Однако в статье имеется и оговорка — «... если в гарантии не предусмотрено иное».

На практике могут быть предусмотрены в гарантии иные случаи ее вступления в силу (не только со дня ее выдачи), в том числе:

— после перечисления заемщиком гаранту комиссионного вознаграждения в размере, составляющем определенный процент от гарантируемой суммы;

— с момента зачисления всей суммы получаемого заемщиком кредита на указанный им счет;

— только в случае использования кредита на цели, предусмотренные в кредитном договоре и т. д.

Гражданским кодексом РФ регламентированы правила относительно предоставления требований по банковским гарантиям. Требование кредитора об исполнении банковской гарантии должно быть представлено кредитором гаранту:

— в письменной форме с приложением в указанных в гарантии документов;

— содержать указание, в чем состоит нарушение заемщиком основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия;

— до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

Затем гаранту предстоит выполнить определенные обязан­ности, которые возникают по получению требования бенефициара:

 — без промедления уведомить об этом принципала (заемщика) и передать ему копии требования со всеми сопроводительными документами;

— рассмотреть требование бенефициара (кредитора) с приложенными к нему документами в разумный срок и установить, соответствует ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии.

В соответствии с общепринятыми нормами документы должны, в первую очередь, подтверждать неисполнение принципалом обязательств, обеспеченных гарантией. Однако сбор ряда документов, осуществить который бенефициару будет сложно (особенно, если он ограничен сроками), значительно уменьшает возможность получения им платежа по банковской гарантии. Такими документами могут быть:

— решение суда, арбитражного суда, устанавливающее факт неисполнения принципалом денежного обязательства, обеспеченного гарантией;

— отказ заемщика (с подписью руководителя и печатью организации) исполнить денежное обязательство, обеспеченное гарантией;

— другие документы, которые представлены в ненадлежащей форме и в срок действия гарантии будет невозможно определить. К тому же согласно закону срок, на который выдана гарантия, является пресекательным и правила о восстановлении сроков исковой давности к подобному сроку не могут быть применены. Именно такой точки зрения придерживается Высший арбитражный суд РФ.

Если срок действия гарантии недостаточен для сбора документов, которые необходимо бенефициару приложить к требованию об уплате денежной суммы по гарантии, то и платеж он взыскать не сможет. Так, если срок гарантии ограничивается 1,5-2 месяцами со дня наступления срока исполнения обязательства, обеспеченного гарантией, и в банковской гарантии содержится условие, требующее приложения решения арбитражного суда, вступившего в законную силу, то бенефициар скорее всего в такой срок не уложится. Это соответствует положениям Арбитражного процессуального кодекса РФ, согласно которым срок рассмотрения гражданского дела в арбитражном суде по первой инстанции составляет 2 месяца. Решение вступает в силу по истечении одного месяца со дня его принятия.

Таким образом, чрезвычайно важно, чтобы перечень документов, которые должны быть приложены к требованию кредитора, был тесно связан со сроками действия гарантии.

Законом предусмотрены пределы обязательства гаранта перед бенефициаром (кредитором), которые ограничиваются уплатой суммы, на которую выдана гарантия. Однако ответственность гаранта за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии может не ограничиваться суммой, на которую она выдана, если в гарантии не предусмо­трено иное.

В Гражданском кодексе РФ предусмотрены случаи, когда гарант может при определенных обстоятельствах отказать кредитору в удовлетворении его требования по банковской гарантии, например, если:

1) это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии;

2) представлены гаранту по истечении определенного в гарантии срока.

В этом случае гарант обязан незамедлительно уведомить кредитора об отказе удовлетворить его требования по гарантии.

Все отношения между кредитором и гарантом определяются в договоре банковской гарантии, который (как и все договоры) должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение этого правила ведет к признанию договора недействительным. Гарантия оформляется либо подписанием двухстороннего договора, либо направлением гарантом кредитору гарантийного письма.

Гарантийное письмо — это документ, удостоверяющий договор между банком-кредитором и гарантом.

Из договора банковской гарантии должно ясно следовать, за исполнение какого обязательства дана гарантия, кому она дана (наименование кредитора) и за кого (наименование должника). Практика арбитражных судов исходит из того, что при отсутствии в договоре банковской гарантии условий, позволяющих определить, за исполнение какого обязательства дана гарантия, этот договор не следует считать заключенным.

В качестве общего правила гарант несет перед кредитором субсидиарную (дополнительную) ответственность. Солидарная ответственность гаранта и основного должника по отношению к банку-кредитору возможна в случае, предусмотренном законом и договором.

Законом предусматриваются самые различные обстоятельства, когда обязательства банка-гаранта перед кредитором прекращаются. Это происходит:

1) когда кредитору уплачена сумма, на которую выдана гарантия;

2) в случае окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана;

3) в случае отказа кредитора от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту;

4) вследствие отказа кредитора от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, должен без промедления уведомить об этом заемщика.

Гарант вправе потребовать от заемщика в порядке регрессии возмещения сумм, уплаченных кредитору по банковской гарантии, что определяется соглашением, во исполнение которого была выдана гарантия.

В зарубежной практике банковская гарантия получила широкое распространение, и в условиях жесткой конкуренции на этом рынке услуг сложились довольно умеренные ставки комиссионных банков-гарантов, которые составляют 0,1-0,8% от суммы гарантии. В России в условиях экономической и правовой нестабильности, высоких банковских рисков этот показатель достигает 4-10%.

Вот несколько примеров из судебной практики, позволяющих лучше понять существо банковской гарантии.

Коммерческий банк заключил с предприятием кредитный договор, в соответствии с которым обязался предоставить ссуду на определенный срок. В обеспечение возвратности кредита заемщик предоставил гарантийное письмо одного из банков, в котором последний поручился за возврат ссуд, выделенных и имеющих быть выделенными заемщику банком-кредитором до указанного в письме срока. В договоре гарантии отсутствовали данные о том, по какому кредитному договору дано поручительство и какова сумма ссуды, подлежащая передаче заемщику. Банк-кредитор информировал поручителя о принятии его гарантийного письма. При рассмотрении иска банка-кредитора о возврате ссуды, предъявленного как заемщику, так и гаранту, арбитражный суд в иске отказал. Суд отметил, что договор банковской гарантии не содержит данных об обязательстве, в обеспечение которого дана гарантия. В таком случае договор гарантии не следует считать заключенным.

Иск был предъявлен, но после прекращения срока гарантии. Из этого следует вывод, что оснований для удовлетворения иска за счет гаранта не было. Президиум Высшего арбитражного суда счел протест обоснованным и в иске банку-кредитору отказал.

При рассмотрении другого аналогичного иска арбитражным судом было установлено, что гарант поручился за возврат ссуд, выданных и имеющих быть выданными заемщику до определенного срока. В тексте гарантийного письма, принятого банком, содержались сведения о банке-кредиторе, а также об общей сумме кредита, за возврат которой дана гарантия. При этих условиях арбитражный суд признал наличие договора банковской гарантии, поскольку имеющиеся в тексте гарантийного письма данные позволяли определить, по каким обязательствам выдана банковская гарантия.

Наличие в гарантийном письме ссылки на конкретный кредитный договор, за исполнение которого должником обязался отвечать гарант, также позволяет определить объем ответственности гаранта. И, следовательно, при наличии такой ссылки договор гарантии не может быть признан незаконным.

Банковская гарантия получила широкое распространение в кредитных отношениях как между российскими партнерами, так и между российскими партнерами и их зарубежными коллегами.

В качестве гарантов кредитов, предоставляемых зарубежными партнерами, выступает государство через уполномоченные банки, консорциумы банков, отдельные банки и страховые компании.

Под гарантии нашего государства коммерческие банки получают кредиты от Международного банка реконструкции и развития (МБРР), Европейского банка реконструкции и развития, крупных зарубежных банков. По поручению Правительства Министерство финансов РФ выбрало несколько наиболее надежных банков для контроля за финансовыми средствами, предоставленными для реализации определенных проектов.

Вступив в члены МВФ и МБРР в 1992 г., Россия получила доступ к финансовым ресурсам этих организаций. Под государственную гарантию нашей страны МБРР предоставил России в 1992-1996 гг. кредит в 4,6 млрд. долларов, из которых была освоена лишь одна треть. Получение кредита МБРР — дело весьма реальное.

В 1996 г. Столичный банк сбережений (СБС, Москва) и другие крупные банки получил кредиты от ЕБРР на общую сумму 300 млн. долларов на финансирование различных программ, в том числе развитие малого бизнеса. Кредит дан под государственную гарантию, оформленную через Министерство финансов РФ.

Часто гарантами кредитов, поступающих на российский рынок, выступают зарубежные банки и страховые компании. В конце 1996 г. началась реализация проекта по строительству завода по производству металлизированных брикетов на Лебединском горно-обогатительном комбинате. Цена на брикеты выше, чем на окатыши и составляет 150 долларов за тонну ФОБ, порт Черного моря. Из Германии поставляется оборудование для нового завода стоимостью свыше 300 млн. нем. марок. Гарантом с немецкой стороны выступает государственная страховая компания ФРГ «Гермес». Гарантия «Гермес» распространяется на 85% стоимости оборудования и выплачиваемых процентов (что в общей стоимости составляет 280 млн. нем. марок). Кредитором выступает консорциум немецких банков во главе с ИКБ-банком. Остальные 15% суммы финансирования проекта покрывает Лебединский горно-обогатительный комбинат за счет краткосрочных кредитов российских банков. Особым требованием, выдвинутым агентством «Гермес», является постоянное наличие на счете на имя Токо-банка в Берлинербанке суммы в 35 млн. нем. марок. Эту сумму гарантируют четыре крупных российских банка: Токобанк, Промстройбанк, Сбербанк России и Мосбизнесбанк. Это первый случай для российских банков, когда они предоставляют консолидированную гарантию, в рамках которой партнеры приняли на себя определенную часть обязательств. При этом Токобанк выступает агентом гарантирующего пула российских банков. Предварительно на осуществление этого проекта было получено согласие ЦБ РФ и одобрение Правительства России. Мы так подробно остановились на этом проекте, поскольку это одна из новых нестандартных схем, связанных с банковскими гарантиями, которые могут получить широкое развитие в будущем.

Иногда отношения российских и зарубежных партнеров, связанные с банковскими гарантиями предоставленных кредитов, сопровождаются серьезными разногласиями из-за не­выполнения обязательств одной из сторон.

Московский арбитражный суд вынес решение о взыскании с Интербанка (Турция) задолженности по банковской гарантии в размере 861,7 тыс. долларов в пользу российской компании «ТОП», а также 34,4 млн. руб. госпошлины в доход федерального бюджета. Безусловная безотзывная банковская гарантия была выдана Интербанком по договору между строительной фирмой «ЭФИО Инсаат ви тикарет Ай-Си» (Турция) и компанией «ТОП» на строительство объекта в России. Турецкая фирма получила аванс от российской компании, но, не завершив работу, покинула строительную площадку. Интербанк отказал в возврате неизрасходованной части аванса по гарантии, что стало поводом для обращения в суд. Арбитражный суд Москвы признал несостоятельными доводы ответчика.

В настоящее время за рубежом принимаются безотзывные гарантии лишь небольшого числа наиболее крупных и надежных российских кредитных организаций, например, «МЕНАТЕПа», Инкомбанка, Внешторгбанка, Столичного банка сбережений, ОНЭКСИМБАНКа и некоторых других.

5. Неустойка

Одним из наиболее важных способов обеспечения исполнения обязательства является неустойка. В соответствии с Гражданским кодексом РФ неустойкой признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Нашим законодательством к неустойке приравнены штрафы и пеня (и в связи с этим можно говорить об их одинаковом правовом регулировании).

По требованию об уплате неустойки банку-кредитору нет необходимости доказывать, какие им понесены убытки от непогашения в срок основной суммы кредита и невыплаты процентов.

Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме, независимо от формы основного обязательства. Несоблюдение этого положения ГК РФ влечет недействительность соглашения о неустойке.

Кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законом (законной неустойки), независимо от того, предусмотрена ли обязательность ее уплаты соглашением сторон. Размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает. Суд вправе уменьшить размер неустойки, но при этом необходимо иметь в виду, что ее размер может быть уменьшен только в том случае, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

При оценке таких последствий могут приниматься во внимание различные обстоятельства, в том числе не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товаров, услуг, сумма договорных обязательств и т.д.).

Законодательством и судебной практикой не предусматриваются какие-либо нормы и способы определения неустойки (исключение составляет пеня). Их определение носит исключительно договорный характер.

Обычно неустойка устанавливается как процент от суммы несвоевременного исполнения обязательства за каждый день просрочки.

В письме ЦБ РФ содержатся рекомендации, в которых пеня предусмотрена в размере 3% годовых. Если коммерческий банк нарушает срок возврата однодневного расчетного кредита, то он платит ЦБ РФ неустойку (в виде пени) в размере 0,5% ставки рефинансирования.

За период 1992-1996 гг. из предоставленных МБРР кредитов на сумму 4,6 млрд. долларов Россия использовала лишь 1,2 млрд. долларов. В соответствии с условиями кредитования на неизрасходованную сумму займа начисляются штрафы. Только в 1995 г. Россия заплатила МБРР штрафы на сумму около 14 млн. долларов.

АО «Пермьнефть» аннулировало кредитный договор с рядом банков США на общую сумму 271,8 млн. долларов. Отказ от использования предоставленных кредитов повлек штраф в размере 16 млн. долларов.

Речь идет о штрафах, исчисляемых в процентах от суммы невыполненных обязательств.

Кроме того, неустойка (штраф и пеня) могут устанавливаться по согласованию сторон в твердой сумме или в форме дополнительной платы (повышенного тарифа). В российском праве различается четыре вида неустойки:

1) зачетная (засчитывается при взыскании убытков);

2) исключительная (взыскание неустойки без взыскания убытков);

3) штрафная (взыскивается вместе с убытками);

4) альтернативная (потерпевшая сторона в случае нарушения обязательства, обеспеченного неустойкой, вправе потребовать взыскания либо неустойки, либо убытков).

В судебно-арбитражной практике принимаются решения об уплате пени по день вынесения судебного решения. Однако в этом случае к исковому заявлению предъявляются определенные требования. В него должны быть включены:

а) данные о размере требований банка на момент заявления иска;

б) данные о сумме, на которую начисляются проценты;

в) данные о сроке, с которого они начисляются;

г) требования об уплате процентов по день вынесения судебного решения.

На практике применяются два способа взыскания неустойки с заемщика:

1. путем бесспорного ее списания банком либо на условиях, предусмотренных договором и законодательством;

2) обращения за взысканием в суд.

В случае невозврата в срок ссуды заемщик продолжает пользоваться заемными средствами, что свидетельствует о фактическом продолжении его кредитования. За это заемщик должен платить вознаграждение кредитору (пени за просрочку платежа).

Договором сторон могут быть предусмотрены самые различные случаи, когда:

1) допускается взыскание только неустойки (без убытков);

2) убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки;

3) по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки.

В большинстве зарубежных гражданско-правовых систем неустойка носит альтернативный характер, то есть когда потерпевшая сторона вправе требовать по своему выбору либо уплаты неустойки, либо исполнения договора. Однако если неустойка установлена с учетом ненадлежащего исполнения обязательства (просрочки погашения кредита), она является кумулятивной, то есть потерпевшая сторона имеет право требовать и неустойку, и исполнение договора.

Вопрос соотношения неустойки и убытка в законодательстве иностранных государств решается по-разному. Так, в ФРГ придерживаются правила о том, что кредитор имеет право требовать возмещения убытков в части, не покрытой неустойкой. Французское гражданское право рассматривает неустойку как заранее определенные убытки и не допускает возмещения убытков, если они превышают неустойку. В то же время в соглашениях, заключенных в договорах с англо-американским правом, нет термина «неустойка» и это понятие рассматривается как «согласованные и оцененные убытки».

6. Задаток и аванс

В качестве одной из форм исполнения обязательств Гражданским кодексом называется задаток. Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения. Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть совершено в письменной форме.

Аванс — это денежная сумма (или иная имущественная ценность), которая передается в счет исполнения договорного обязательства. Аванс учитывается в счет окончательного платежа, предусмотренного договором. Аванс в отличие от задатка не является способом обеспечения обязательства (в том числе по кредитному договору), поскольку при исполнении обязательства аванс подлежит возврату. Однако на практике иногда эти понятия смешивают, поэтому следует иметь в виду, что всякий предварительный платеж считается авансом, если в письменном соглашении сторон договора прямо не указано, что этот платеж является задатком. В международной торговле дорогостоящим оборудованием и другими товарами широкое распространение получили авансы как форма кредитования экспортеров импортерами. Величина аванса при подобном импорте составляет 10-15% суммы контракта.

Соглашение о задатке независимо от его формы должно быть совершено в письменной форме. В случае сомнения в отношении того, является ли сумма, уплаченная в счет причитающихся от партнера платежей, задатком (в частности, несоблюдение пункта о письменной форме соглашения), эта сумма считается авансом, если не доказано иное.

Какова же судьба задатка вследствие прекращения и неисполнения обязательства, которое он обеспечивает?

Законом предусмотрено, что задаток должен быть возвращен давшей его стороне:

а) при прекращении обязательства до начала его исполнения по согласованию сторон;

б) вследствие невозможности исполнения обязательства, если это вызвано обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает.

Если за неисполнение договора несет ответственность сторона, давшая задаток, он остается у другой стороны, которая его получила. Если за неисполнение договора несет ответственность сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка. Сверх того, сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное.

Понятие «задаток» идентично в российском и иностранном гражданском праве, где задаток выполняет как функцию удостоверения факта заключения договора, так и функцию обеспечения его выполнения. Но имеют место и определенные отличия. Согласно французскому гражданскому праву задаток, помимо вышеуказанных функций, играет роль отступного. Лицо, давшее задаток, может свободно отказаться от выполнения своего обязательства с единственным последствием — потерей отступного, без взыскания убытков. По германскому праву и праву многих других стран задаток не может слу­жить отступным. Поэтому требование задатка не исключает возмещения той суммы убытков, которая не покрыта задатком. Задаток как мера обеспечения исполнения обязательств широко используется при объявлении торгов.

6. Удержание имущества должника

В Гражданском кодексе РФ нашла отражение такая форма обеспечения исполнения обязательства, как удержание.

Суть этого способа в том, что кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено должником. Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования:

а) хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков или

б) возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.

В отличие от договора залога, заключаемого в обеспечение основного обязательства, удержание осуществляется без подписания отдельного договора.

Кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то, что после поступления этой вещи в его владение права на нее были приобретены третьим лицом.

Требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом.

Заключение

Таким образом, кредиторы имеют в своем распоряжении самые различные способы обеспечения возврата выданных ссуд.

Успешная работа по предотвращению просроченной дебиторской задолженности зависит от владения каждым способом решения этой проблемы, а также от порядка и целесообразных форм их применения.

Какой способ следует применить на практике, зависит от самых разнообразных факторов, в том числе от:

- правовой обеспеченности возможности применения конкретных форм;

-наличия предшествующего опыта у кредитора в этой области;

 - возможности привлечения квалифицированных юристов, специализирующихся на определенных формах обеспечения;

 - реальных возможностей кредитора и заемщика и др.

 Все законные способы обеспечения хороши, если они ведут к достижению конечной цели - погашению должником основной суммы кредита с процентами.

Список использованной литературы:

 I Нормативные акты:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая. — М.:Инфра - М, 1996. — 560 с.
2. О внесении изменений и дополнений в Кодекс РСФСР об административных правонарушениях. Уголовный кодекс РСФСР и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Закон Российской Федерации от 30 июля 1996 г., ¹ 103-ФЗ.
3. О банках ч банковской деятельности. Федеральный закон Российской Федерации от 2 декабря 1990 г. ¹ 395-1 (в редакции Федерального закона РФ от 5 февраля 1996 г., ¹ 6).
4. О Центральном банке Российской Федерации (Банке России). Федеральный закон Российской Федерации от 2 декабря 1996 г., ¹ 394-1 (в редакции Федеральных законов РФ от 26 апреля 1995 г. N» 65-ФЗ; от 27 декабря 1995 г., ¹ 210-ФЗ, от 27 декабря 1995 г., ¹ 214-ФЗ, от 20 июня 1996 г., №80-ФЗ).
5. Об условии предоставления кредитов коммерческим банкам. Письмо ЦБ РФ от 26 апреля 1996 г., ¹ 278.
6. О рекомендациях по определению критериев степени проблемности банков. Письмо ЦБ РФ от 2 апреля 1996 г., ¹ 265.

 II Книги:

1. Адибеков М.Г. Кредитные операции: классификация, порядок привлечения и учет. - М.:АО “Консалтбанкир”, 1995. - 88 с.
2. Ачкасов А.И. Активные операции коммерческих банков. - М.: АО “Консалтбанкир”, 1994. 85 с.
3. Банки и банковские операции. Учебник для вузов/ Под редакцией Е.Ф. Жуковой. - М.: Банки и биржи ЮНИТИ, 1997. - 471 с.

4. Ольшаный А.И. Банковское кредитование: российский и зарубежный опыт/ Под редакцией Е.Г. Ищенко, В.И. Алексеева. - М.: Русская Деловая Литература, 1997. - 352 с.