

Глава VIII. Банковские операции и сделки кредитной организации

§ 1. Банковские операции и их виды

§ 2. Различия между банковскими операциями и сделками с участием кредитных организаций

§ 3. Реклама банковских операций

§ 4. Виды банковских операций

§ 5. Понятие и виды сделок совершаемых с участием кредитных организаций

§ 1. Банковские операции и их виды

1). Правовое регулирование банковских операций.

Потребность в банковских операциях, в конечном счете, обусловлена функциями денег. Деньги как всеобщий эквивалент используются в наличных и безналичных расчетах и платежах. Они - мера стоимости товаров и услуг. У них нет индивидуально определенных признаков. Переход денег от одного владельца к другому сопряжен со значительным риском утраты доказательств, подтверждающих собственность на деньги. Сохранность денег - главный момент, который обуславливает необходимость банковских операций.

Банковские операции позволяют кредитным организациям с достаточной надежностью привлекать, аккумулировать, и размещать денежные средства своих клиентов. А привлекаются и размещаются денежные средства клиентов с помощью сделок. Но реализация таких сделок, при которых одна из сторон привлекает чужие денежные средства и размещает их, получая с этого проценты, осуществляется с помощью банковских технологий, которые как раз и создают необходимость использования банков и других кредитных организаций. Иначе все это могло бы делаться без них.

В законодательстве нет определения банковской операции, как впрочем, нет и определения банковской деятельности, хотя эти термины используются в различных нормативных актах. Законодатель ограничился тем, что привел перечень банковских операций в статье 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности". В этой же статье он назвал некоторые сделки, которые может совершать кредитная организация, и при этом указал, что кредитная организация вправе совершать и другие сделки.

Прочтение одной только статьи 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" еще недостаточно, для того чтобы понять, чем же отличаются банковские операции от сделок и отличаются ли они от них вообще. Казалось бы, что именно в этой статье указанного Федерального закона как раз и надо было дать определение банковской операции. Однако вместо этого мы имеем нечто другое, -

неопределенность. Такой подход законодателя к этой проблеме не должен никого удивлять.

К моменту принятия этого Федерального закона "О банках и банковской деятельности", законодательный орган не располагал внятыми научными предложениями специалистов, поскольку наука банковского права еще не сложилась, как самостоятельная отрасль правоведения. Поэтому все исследования в науке банковского права велись в рамках другой науки - науки финансового права (бюджетного и налогового права), что неизбежно снижало ее уровень, поскольку заставляло тех, кто ею занимается, подстраиваться под уже сложившийся научный аппарат другой науки. В результате именно такого развития науки о банках и сам законодатель получал возможность опираться только на те знания, которые есть. Но именно по этой причине в федеральных законах отсутствует концептуальное единство, коль скоро в нем встречается большое количество неопределенностей и формальных противоречий. Попутно заметим, что в ряде наших работ обоснована новая концепция банковского права, которая содержит систему понятий, обладающих необходимым единством.

В ней банковские операции и сделки не отождествляются. Наоборот, показаны и моменты взаимосвязи, и существенные различия между ними.

К сожалению, в статье 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" банковские операции закреплены таким образом, что они фактически перепутаны со сделками. Так, в первой части этой статьи дается перечень банковских операций, а во второй говорится о сделках, но при их перечислении вновь применяется термин "операция", в том случае, когда, скажем, называется лизинговая сделка.

В действительности же, банковская операция - система действий, предусмотренных банковским законодательством и нормативными актами Банка России, которые обязана совершать кредитная организация для того, чтобы она могла качественно исполнить свои обязательства перед клиентом. Соблюдение этой технологии гарантирует надежность банковской услуги. Но для того, чтобы эта технология соблюдалась, она должна быть адекватно закреплена в нормах банковского права.

Банковская операция включает как минимум три элемента: цель банковской операции, определенный алгоритм реализации той сделки, ради которой она совершается, и управление рисками.

По своему основному содержанию, банковские операции - это определенные технологии привлечения и размещения денежных средств кредитной организацией. Эти технологии предусмотрены в большинстве своем нормами банковского права.

Алгоритм банковской операции, - последовательность тех действий, которые должна совершить кредитная организация в ходе привлечения или размещения денежных средств, предусматривается федеральными законами. Но большая часть этих правил содержится в нормативных актах Банка России.

Обратим внимание на то, как соотносятся между собою нормы, которые закреплены в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" и в ГК РФ.

К примеру, в ГК РФ есть ряд глав, в которых регулируются банковские отношения: гл. 42, - займы и кредиты, гл. 43 - факторинг, 44 - банковский вклад, 45 - банковский счет, 46 - расчеты. В этих главах ГК РФ имеются нормы не только гражданского права, но и нормы банковского права. Это нормы, которые имеют двойное значение. Они регулируют одновременно и сделки между кредитными организациями и их клиентами,

и существенные аспекты банковских операций.

Например, в ГК есть запрет для юридических лиц осуществлять расчетные операции по депозитному банковскому счету. Они должны для этого использовать не депозитный, а расчетный счет. С одной стороны, такая норма, все же остается нормой гражданского права, которая имеет публично-правовой характер, а с другой стороны, она, на наш взгляд, одновременно является и нормой банковского права.

Приведем еще один пример. Только в ГК РФ есть норма, которая предусматривает необходимость лицензии для банковского кредита. В то время как в статье 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности", в которой перечисляются банковские операции, о необходимости банковской лицензии для выдачи именно такого кредита, ничего не сказано. Но зато об этом сказано в ГК РФ. Значит это и есть та норма, которая регулирует банковскую операцию по банковскому кредиту. Но одновременно, эта же норма является и нормой гражданского права, так как она адресована не только кредитной организации, но и ее клиенту.

Нам думается, что и в правотворчестве и в правоприменительной практике следует придерживаться того, что нормы двойного значения должны быть только в нормативном акте, который является системообразующим актом для нескольких отраслей права. В частности, - в ГК РФ.

Такая концепция двойных норм ГК РФ, в правовом регулировании банковских операций и сделок, соответствует общему пониманию банковского права, которое объяснялось во второй главе нашей книги. Банковское право, как уже говорилось, построено на применении императивного метода. Это отрасль публичного права. А гражданское право - отрасль преимущественно частного права. Но в нем, естественно, встречаются и публично-правовые нормы. Так вот, в той части, в которой они встречаются применительно к деятельности кредитных организаций, - они, чаще всего, одновременно являются и нормами банковского права. Например, в ГК РФ есть норма, которая закрепляет порядок оформления вклада сберегательной книжкой. А оформление сберегательной книжки вкладчика, - это часть технологии банковской операции. Но одновременно эта же норма имеет прямое отношение и к гражданскому праву, поскольку сберегательная книжка удостоверяет права вкладчика. Как уже говорилось, нормативные акты Банка России регулируют банковские операции. Например, - выпуск сберегательного сертификата кредитной организации, порядок инкассации денежных средств, порядок кассовых операций, порядок выпуска облигаций кредитной организации. Или еще один пример. Банк России регулирует банковские операции по некоторым видам размещения денежных средств. В частности, - по кредитам.

Привлекая и размещая денежные средства, кредитная организация обязана соблюдать установленные экономические нормативы. Они, как уже отмечалось, предусмотрены банковским законодательством, а их числовое значение устанавливается Банком России. Соблюдение этих нормативов - составная часть осуществления банковской операции. Например, по кредитам должен соблюдаться норматив максимального риска на одного заемщика или связанных между собой заемщиков.

При проведении банковской операции предъявляются определенные требования к субъектам банковских отношений. Они имеют отношение и к банковским операциям и к сделкам.

В частности, в статье 30 Федерального закона предусматривается, что отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами осуществляются на основе договоров, если иное не предусмотрено федеральным законом. В них должны быть указаны процентные ставки по кредитам и вкладам (депозитам). Кроме того, обязательно указывается стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушения договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора.

При проведении операций по привлечению и размещению кредитной организации, должны создаваться резервы. В ст. 25 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. "О банках и банковской деятельности" (с изменениями) сказано, что "Банк обязан выполнять норматив обязательных резервов, депонируемых в Банке России, в том числе по срокам, объемам и видам привлеченных денежных средств. Порядок депонирования обязательных резервов определяется Банком России в соответствии с Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)". Банк обязан иметь в Банке России счет для хранения обязательных резервов. Порядок открытия указанного счета и осуществления операций по нему устанавливается Банком России".

Следует также помнить, что банковские операции по обслуживанию физических лиц подпадают под действие Федерального закона "О защите прав потребителей".

Итак, приведем краткое определение банковской операции. Банковская операция - это предусмотренная федеральными законами и нормативными актами Банка России система действий (технология деятельности) кредитной организации, которые она должна исполнить для оказания услуг своему клиенту по осуществлению конкретной сделки.

§ 2. Различия между банковскими операциями и сделками с участием кредитных организаций

1. Отличие банковской операции от сделки

Раньше, в самой первой и уже отмененной редакции Федерального закона "О банках и банковской деятельности", - в самом названии статьи 5 не было путаницы. Она называлась - "банковские операции и сделки кредитной организации". Но уже во второй редакции (Федеральный закон от 3 февраля 1996 года) появилось новое название этой же статьи - "банковские операции и другие сделки кредитной организации".

В предыдущей редакции этой же статьи, наоборот, в ее названии банковские операции были отделены от сделок, но зато путаница была в содержании самой статьи. Теперь в новой редакции - путаница в названии статьи. Статья называется: "Банковские операции и другие сделки кредитной организации", но зато в самом содержании банковские операции указаны в первой части статьи, а сделки - в ее третьей части.

Получается, что сама путаница сохраняется, но только меняет свою форму. В общем, в одном месте путаница немного уменьшилась, зато появилась в другом.

В статье 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" (далее по тексту - Федеральный закон) не раскрывается понятие "банковская операция, а только приводится их перечень. Как я уже сказал, в содержании статьи стало меньше путаницы. Но она все же и здесь имеется. В части 3 этой же статьи при перечислении сделок, лизинговые сделки и сделки с драгоценными металлами обозначены термином "операция". Но, конечно же, имеются в виду сделки.

Вопрос о различиях между банковской операцией и сделкой был поставлен мной впервые в опубликованных мною книгах. На мой взгляд, банковскую операцию не следует, как это делают все остальные авторы смешивать со сделкой, которую заключает кредитная организация со своим клиентом.

Сделка совершается по взаимному соглашению сторон и ни одна сторона не имеет права навязывать свою волю другой стороне. В отличие от этого, банковская операция осуществляется только одной стороной - кредитной организацией.

Она имеет императивный характер, поскольку она регулируется Федеральным законом "О банках и банковской деятельности" и принимаемыми в соответствии с ним нормативными актами Банка России. Банк России устанавливает правила проведения банковских операций, но он не устанавливает правила сделок. Таковы требования гражданского закона. В пункте 7 статьи 3 ГК РФ закреплено следующее:

"Министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами".
Банковские операции регулируются только федеральными законами и нормативными актами Банка России (часть 2 статьи 2 Федерального закона "О банках и банковской деятельности"), а сделки - нормативными актами, указанными в пункте 7 статьи 3 ГК РФ, то есть более широким перечнем других подзаконных актов.

Повторю, в части 2 статьи 2 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" содержится перечень нормативных актов, которые регулируют банковскую деятельность, и среди них нормативные акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти не указаны. А Банк России не является федеральным органом исполнительной власти. Поэтому сделки не могут регулироваться нормативными актами Банка России, поскольку последние не относятся к источникам гражданского права.

Подчеркну - Банк России не вправе регулировать сделки, но он имеет право регулировать банковские операции. О том, что он должен регулировать банковские операции сказано в ст. 4 и в ст. 57 Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)". Там говорится, что Банк России устанавливает обязательные для кредитных организаций правила проведения банковских операций.

Право издавать нормативные акты - делегировано Банку России законом. В этом нет ничего удивительного, поскольку мировая практика знает множество примеров, когда государство уполномочивает негосударственные учреждения на издание нормативных актов по строго определенному кругу вопросов или тех вопросов, которые охватываются компетенцией таких учреждений. Для того чтобы увидеть, что представляет собой делегированное нормотворчество далеко за примерами ходить не надо. В Конституции РФ предусматривается, что органы местного самоуправления не относятся к числу органов государства. Однако, им, как известно, предоставлено право, издавать нормативные акты, которые действуют на территории местного самоуправления. Точно также и Банк России, будучи предусмотрен Конституцией РФ, в которой закреплена его эмиссионная функция и его независимость, наделен правом, издавать нормативные акты в пределах его компетенции.

На банковские операции, а не на сделки требуется банковская лицензия. В противном случае банковская деятельность становится незаконной.

Все банковские операции, как уже говорилось, освобождены от налога (НДС).

Наоборот, почти все сделки с участием банка, таким налогом облагаются.

Различие между понятием банковской операции и понятием сделки имеет практический характер. По смыслу закона, в отличие от сделок, банковские операции могут производиться только на территории кредитной организации либо ее филиала. Например, договор кредита, поскольку он является консенсуальным договором, то он может быть заключен на территории представительства кредитной организации, но сама банковская операция по выдаче кредита, по открытию лицевого счета заемщика, его бухгалтерскому учету, по расчетам и платежам, там совершаться не может. Она должна быть совершена либо в кредитной организации, либо в ее филиале, либо во внутреннем подразделении кредитной организации, которое находится вне места ее расположения. В этой связи было бы желательно, чтобы статус внутренних подразделений закреплялся в федеральном законе, а не просто - в нормативном акте Банка России. Здесь есть проблема. Суть ее в том, что кредитная организация может иметь отделения и дополнительные офисы. Отделения и дополнительные офисы не предусмотрены ни в ГК РФ, ни в банковских законах. Они предусмотрены в Инструкции Банка России N 109-И. А, как уже говорилось, ГК РФ не предусматривает нормативные акты Банка России среди источников гражданского права.

В отличие от договора кредита - договор займа, банковского вклада, как реальные договоры, могут быть заключены только в кредитной организации или в ее филиале. Договор банковского вклада физического лица заключается одновременно с внесением вклада. Начало совершения банковской операции кредитной организацией и момент заключения ее договора с вкладчиком по времени совпадают. Поэтому договор банковского вклада должен заключаться в кредитной организации или в ее филиале. Ведь согласно статьи 1, 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности", правом осуществлять банковские операции наделены только кредитные организации, а в соответствии со статьей 22 этого же закона - ее филиалы. При этом следует иметь в

виду, что статья 22 указанного закона запрещает осуществление банковских операций представительством кредитной организации.

Еще один аспект, который имеет прямое отношение к практике. Гражданский кодекс РФ предусматривает основания недействительности сделок. Может получиться так, что при проведении банковской операции, банк нарушил какой-то нормативный акт Банка России. Скажем, выдал клиенту кредит, без заключения специалиста, то есть нарушил Положение Банка России N 54-П. Значит ли это, что такая сделка может быть признана недействительной? Мне думается, что нет. И вот почему. Во-первых, этот нормативный акт адресован только банку, но не его клиенту, поскольку он относится к банковскому, а не к гражданскому праву. Во-вторых, он, регулирует банковскую операцию, в частности, - по размещению денежных средств. К сделке этот нормативный акт не имеет никакого отношения. В-третьих, банковская операция проводится без участия клиента - самим банком. Клиент и не должен знать, что такой то специалист кредитной организации должен дать заключение о возможности выдачи ему кредита. Это внутреннее дело кредитной организации.

И еще одно. Банк России издает "нормативные акты". Он не издает "нормативно-правовые акты". В ГК РФ, между прочим, применительно к возможности признания сделки недействительной, помимо прочего, говорится о ее противоречии "правовым актам". А Конституция РФ использует термин "нормативно-правовой акт". Мне думается законодатель, поступил правильно, когда наделил Банк России правом издавать именно "нормативные акты". Этим как бы подчеркивается ограниченность сферы из применения, их преимущественно операционный характер.

В общем, между банковской операцией и сделкой есть взаимосвязь, но есть и различия, которые как уже говорилось, имеют практическое значение.

Банковская операция это предусмотренная федеральным законом и соответствующими нормативными актами центрального банка технология деятельности кредитной организации в связи с совершением сделки между кредитной организацией и ее клиентом.

Итак, суть различий между банковской операцией и сделкой с участием в ней кредитной организации сводиться к следующему:

Во-первых, операции осуществляет только одна сторона - кредитная организация. В отличие от этого, сделку совершают две стороны - кредитная организация, и ее клиент.

Во-вторых, только кредитная организация должна иметь лицензию на проведение банковской операции. Например, для того чтобы стать вкладчиком лицензия не требуется, а для того чтобы осуществлять операции с вкладами требуется специальная лицензия.

В-третьих, банковские операции регулируются с использованием императивного метода, а сделки - диспозитивного.

В-четвертых, банковские операции составляют предмет правового регулирования для публичного права, а сделки - преимущественно для частного.

В-пятых, сделка между кредитной организацией и ее клиентом регулируется нормами гражданского законодательства, а банковская операция - нормами банковского законодательства и нормативными актами Банка России.

Банк России не вправе регулировать своими нормативными актами сделки между кредитными организациями и их клиентами. А федеральные органы исполнительной власти не вправе регулировать банковские операции. Но зато они имеют право своими

нормативными актами регулировать сделки.

В-шестых, несоответствие сделки нормативным актам Банка России не является основанием для признания ее недействительной. А несоответствие сделки нормативным актам федеральных органов исполнительной власти влечет их недействительность.

В-седьмых, банковская операция - это регламентируемая банковскими законами и нормативными актами Банка России технология реализации банковской сделки. Кредитная организация не вправе отступить от этой технологии. Что же касается совершения сделки, то ее стороны действуют по своей воле и в своем интересе. Они вправе предусматривать условия договоров.

В-восьмых, банковские операции являются предметом правоотношений между Банком России и кредитной организацией, а сделки - предметом правоотношения между кредитной организацией и ее клиентами.

При этом Банк России имеет право требовать от кредитной организации, чтобы осуществление банковской операции происходило в соответствии с установленными им банковскими правилами, а кредитная организация обязана придерживаться этих правил.

Банковская сделка порождает горизонтальные правоотношения - правоотношения между кредитной организацией и ее клиентом.

Банк России регламентирует различные аспекты банковской операции с тем, чтобы создавалась определенная технология работы кредитной организации с ее клиентами.

2. Банковские операции и сделки Банка России

По действующему Федеральному закону "О Центральном банке (Банке России)" вправе осуществлять банковские операции и сделки. Отличие от банковских операций и сделок кредитной организации здесь в том, что они проводятся в целях поставленных перед Банком России. Это цели, которые предусмотрены для него в Федеральном законе "О Центральном банке (Банке России)". Они имеют сугубо публичный характер. Получение прибыли не является целью Банка России. Но поскольку, он, осуществляет свои расходы за счет своих же доходов, то, стало быть, прибыль он все-таки получает. Хотя это не его цель. Это означает, что он не выступает в роли предпринимателя.

В статье 11 Федерального закона "О Центральном банке (Банке России)" сказано, что "прибыль Банка России определяется как разница между суммой доходов от предусмотренных статьей 46 настоящего Федерального закона банковских операций и сделок и доходов от участия в капиталах кредитных организаций и расходами, связанными с осуществлением Банком России своих функций, установленных статьей 4 настоящего Федерального закона".

В отличие от кредитной организации, которая по ГК РФ и по Федеральному закону "О банках и банковской деятельности" (статья 1), является коммерческой организацией, - хозяйственным обществом, Банк России, наоборот, - учреждение. Причем такое учреждение, которое не имеет учредителей. Банк России создан самим законом.

Обратим внимание на то, каким образом в данном Федеральном законе закреплены банковские операции и сделки Банка России. В ст. 46 Федерального закона "О Центральном банке (Банке России)" сказано: "Банк России имеет право осуществлять следующие банковские операции и сделки с российскими и иностранными кредитными организациями, Правительством Российской Федерации для достижения целей, предусмотренных настоящим Федеральным законом..." То есть предполагается, что банковская операция и сделка - различные понятия.

Но если уж законодатель сделал первый шаг, в правильном направлении, разделив понятие банковской операции и сделки, пусть даже только в названии самой статьи, в этом Федеральном законе, то нужно и в других банковских законах сделать то же самое, и даже больше. Название статьи 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" тоже надо заменить названием "Банковские операции и сделки кредитной организации".

В целом же, используя этот подход, нужно провести своеобразную инвентаризацию всех банковских законов и нормативных актов Банка России на предмет определения тех норм, которые нивелируют различия между банковскими операциями и сделками. После этого можно инициировать законодателей на внесение в законы соответствующих изменений и дополнений.

Банк России тоже может внести необходимые изменения и дополнения в свои нормативные акты.

Если это не предпринимать, то со временем сфера гражданских правоотношений будет все больше замещаться императивным регулированием. Соответственно будет оставаться все меньше и меньше места для саморегулирования в банковских отношениях. Чтобы этого не произошло, и, чтобы, наоборот, правовое регулирование банковских отношений способствовало развитию рыночных отношений и улучшению качества банковских услуг, нужно совершенствовать банковское законодательство в соответствии с концепцией различий и взаимосвязи между банковскими операциями и сделками.

В новом Федеральном законе "О Центральном банке (Банке России)", который был принят 10 июля 2002 года, нашло отражение то, что мной давно предлагалось, - проведена грань между банковскими операциями и сделками, в данном случае - Банка России. Правда это относится к названию соответствующей главы этого Федерального закона. Теперь Глава VIII этого Федерального закона называется: "Банковские операции и сделки Банка России". В ранее действовавшем Законе с аналогичным названием эта глава (в первой редакции - глава IV, а во второй редакции отмененного закона - глава VIII) называлась иначе: "Операции Банка России".

В ст. 46 Федерального закона "О Центральном банке (Банке России)" сказано: "Банк России имеет право осуществлять следующие банковские операции и сделки с российскими и иностранными кредитными организациями, Правительством Российской Федерации для достижения целей, предусмотренных настоящим Федеральным законом...". То есть предполагается, что банковская операция и сделка - различные понятия.

Но если уж законодатель сделал первый шаг, в правильном направлении, разделив понятие банковской операции и сделки, пусть даже только в названии самой статьи, в этом Федеральном законе, то нужно и в других банковских законах сделать то же самое, и даже больше. Название статьи 5 Федерального закона "О банках и банковской

деятельности" тоже надо заменить "Банковскими операциями и сделками кредитной организации".

В целом же, используя этот подход, нужно провести своеобразную инвентаризацию всех банковских законов и нормативных актов Банка России на предмет определения тех норм, которые нивелируют различия между банковскими операциями и сделками. После этого можно инициировать законодателей на внесение в законы соответствующих изменений и дополнений.

Банк России тоже может внести необходимые изменения и дополнения в свои нормативные акты.

Если это не предпринимать, то со временем сфера гражданских правоотношений будет все больше замещаться императивным регулированием. Соответственно будет оставаться все меньше и меньше места для саморегулирования в банковских отношениях. Чтобы этого не произошло, и, чтобы, наоборот, правовое регулирование банковских отношений способствовало развитию рыночных отношений и улучшению качества банковских услуг, нужно совершенствовать банковское законодательство в соответствии с концепцией различий и взаимосвязи между банковскими операциями и сделками.

§ 3. Реклама банковских операций

Вопрос о правовом регулировании банковской рекламы, как показывает практика, продолжает оставаться актуальным. Реклама банковских услуг пока только регулируется общими нормами. Банковское законодательство по этому поводу молчит. Между тем в начале 90-х годов из-за недобросовестной рекламы пострадали многие вкладчики. И, тем не менее, в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" на этот счет нет каких-либо специальных норм. Там правда есть норма, в которой предусматривается предоставление достоверной информации клиентам кредитных организаций и говорится, что за введение их в заблуждение наступает юридическая ответственность. Причем, надо помнить, что физические лица также находятся еще и под защитой законодательства о правах потребителей.

И, тем не менее, теперь, когда расширяется кредитование физических лиц, все еще встречается реклама "беспроцентных кредитов". Естественно, что беспроцентных

кредитов не бывает и здесь есть элементы введения потребителей в заблуждение. Все это, повторю, - вопрос актуальности укрепления законодательства в этой сфере и практики его применения.

В Федеральном законе от 18 июля 1995 г. "О рекламе" (с изменениями от 18 июня, 14, 30 декабря 2001 г.) в статье 17 сказано, что при производстве, размещении и распространении рекламы финансовых (в том числе банковских), страховых, инвестиционных услуг и иных услуг, связанных с использованием денежными средствами юридических и физических лиц, а также ценных бумаг не допускается: приводить в рекламе количественную информацию, не имеющую непосредственного отношения к рекламируемым услугам или ценным бумагам; гарантировать размеры дивидендов по простым именованным акциям; рекламировать ценные бумаги до регистрации проспектов их эмиссий; представлять любого рода гарантии, обещания или предположения о будущей эффективности (доходности) деятельности, в том числе путем объявления роста курсовой стоимости ценных бумаг; умалчивать хотя бы об одном из условий договора, если в рекламе сообщается об условиях договора. (О требованиях к рекламе на рынке ценных бумаг см. Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг").

Этот вопрос предусматривается и в нормативном акте Банка России.

В нем, со ссылкой на Указ Президента РФ от 10 июня 1994 г. N 1183 "О защите потребителей от недобросовестной рекламы" (далее - Указ) приводятся требования к кредитным организациям. Следует иметь в виду, что финансовые услуги, оказываемые банками, в отношении клиентов - физических лиц, подпадают под действие законодательства о защите прав потребителей. В этой связи имеется ряд требований, которые предъявляются к банкам.

В опубликованной и иной обнародованной рекламе кредитными организациями должны указываться реальные размеры дивидендов, выплаченные по простым именованным акциям в течение последнего финансового года, а также реальные проценты, выплаченные по различным видам вкладов в течение последнего финансового года с разбивкой по месяцам (кварталам), если выплаты производились ежемесячно (ежеквартально);

Кредитные организации обязаны указывать дату и номер регистрации выпуска рекламируемых ценных бумаг, место их регистрации и место, где можно ознакомиться с условиями выпуска;

Они не допускать объявления гарантий, обещаний или предположений о будущей эффективности (доходности) своей деятельности;

Не допускаются обещания оказания услуг, если таковые фактически не осуществляются (не производятся) на день рекламы.

Кредитным организациям - акционерным обществам запрещается указывать размеры дивидендов, выплачиваемых по обыкновенным акциям, кроме фактически выплаченных по итогам не менее одного года.

Эти ограничения распространяются на любую рекламу, включая рекламу в средствах массовой информации, на территории населенных пунктов и вдоль дорог в виде плакатов, объявлений, стендов световых табло и иных технических средств стабильного размещения, а также на транспортных средствах.

В п. 4 Указ предусмотрел, что нарушение, установленных им требований рекламодателями, является основанием для лишения банков, а также иных юридических лиц, привлекающих средства граждан и юридических лиц либо

реализующих услуги, лицензии на осуществление соответствующего вида деятельности, должно влечь приостановление лицензии, а также привлечения к иной ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Полномочия по контролю, за рекламной деятельностью банков, указ возложил на антимонопольный орган в части обеспечения добросовестной конкуренции и защиты прав потребителей на получение достоверной информации. Соответственно и рассмотрение дел по фактам нарушения положений Указа было также возложено на этот орган, по представлению органов местного самоуправления или общественных объединений потребителей, а также Центрального банка Российской Федерации (в сфере банковских услуг).

В Указе предусматривалось, что антимонопольный орган должен был свои решения, по вопросам недобросовестной рекламы направлять рекламодателю, чья реклама признана недобросовестной, и органам, осуществившим лицензирование рекламодателя. Такие решения должны были рассматриваться последними в недельный срок. Рекламодатель, чья реклама признана недобросовестной, обязан в 3-дневный срок снять свою рекламу с распространения.

При этом в Указе говорилось, что антимонопольный орган имеет право приостанавливать действие лицензий на занятие определенным видом деятельности, если рекламодатель, чья реклама признана недобросовестной, не снял с распространения свою рекламу либо если орган, осуществивший лицензирование рекламодателя, не рассмотрел вопрос о недобросовестной рекламе.

Указ предписывал, чтобы Центральный банк Российской Федерации предусмотрел в положении о лицензировании соответствующих видов деятельности досрочное аннулирование лицензии по представлению антимонопольного органа, в случаях неоднократного нарушения Указа.

Как уже было сказано, Банк России в соответствии с данным Указом установил ряд правил, в отношении рекламной деятельности кредитных организаций.

Согласно этим правилам, в рекламе кредитных организаций Российской Федерации и банков-нерезидентов как рекламодателей, деятельность которых подлежит лицензированию, должны быть указаны номер лицензии, а также наименование органа, выдавшего эту лицензию.

Кредитным организациям запрещено:

- приводить в рекламе количественную информацию, не имеющую непосредственного отношения к рекламируемым услугам или ценным бумагам;
- гарантировать размеры дивидендов по именованным ценным акциям;
- рекламировать ценные бумаги до регистрации проспектов эмиссий;
- умалчивать хотя бы об одном из условий договора, если в рекламе сообщается об условиях договора.

Банк России указал, что если реклама кредитных организаций Российской Федерации и банков-нерезидентов не соответствует требованиям Федерального закона и Указа либо нарушает права и интересы Банка России, то в этих случаях территориальное учреждение Банка России во-первых, вправе обратиться в установленном порядке в арбитражный суд с иском о публичном опровержении ненадлежащей рекламы, а также обратиться с представлением в Государственный комитет Российской Федерации по антимонопольной политике, а во-вторых, оно обязано дать разъяснения, в том числе в тех же средствах массовой информации, в которых неправомерно рекламируют свои

услуги российские кредитные организации или/и банки-нерезиденты, а также сообщить в Департамент пруденциального банковского надзора Банка России об имеющихся фактах недобросовестной рекламы. В-третьих, если кредитные организации Российской Федерации, размещающие рекламу, которая не отвечает требованиям Федерального закона "О рекламе" и Указа Президента Российской Федерации "О защите прав потребителей от недобросовестной рекламы", то территориальные учреждения Банка России вправе также применить меры воздействия, предусмотренные статьей 75 Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)".

§ 4. Виды банковских операций

1. Привлечение денежных средств физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок)

1). Привлечение денежных средств, как банковская операция. Понятие банковского вклада

Привлеченные средства кредитной организации - это в основном вклады физических лиц и депозиты юридических лиц. Но не только они. В число привлеченных средств могут входить займы, выпуск векселей кредитной организацией и некоторые другие операции. Но в рассматриваемой банковской операции речь идет только о вкладах и депозитах. Причем применительно к вкладам, Федеральный закон "О банках и банковской деятельности" (статья 36), говорит, что они "хранятся" в банках.

Однако сам термин "хранение", по отношению к вкладу, подвергается сомнению многими учеными. В частности, специалисты в области гражданского права пытаются втиснуть категорию "банковский вклад" в привычную схему деления имущественных прав на так называемые "вещные права" и "права требования". Они отрицают право собственности у вкладчика и полагают, что с момента заключения договора банковского вклада вкладчик теряет право собственности на деньги. Банк становится собственником денег, а у вкладчика только остается право требования.

С этим нельзя согласиться. И не только потому, что вкладчики и так не доверяют банкам, а доверие к ним надо как-то вернуть, что и так не просто.

Нельзя согласиться с мнением этих авторов о том, что банк мол возвращает другие купюры, а не те, которые передал ему вкладчик. Деньги - это не купюры. Это могут быть просто цифровые записи на счете. Купюры - это одна из форм денег.

Материальный носитель информации о той стоимости, которую она в себе содержит. Форма может быть идеальной. Таковыми, например, являются электронные деньги.

Главное, - стоимость денег, которой пользуется банк. Она может быть записана в виде цифр на счете или в виде файла. Более того, деньги могут быть записаны и в голове двух партнеров, которые настолько доверяют друг другу, что не составляют никаких договоров.

Те авторы, которые считают, что вкладчик имеет только права требования, распространяют такую конструкцию и на договор банковского счета. Получается, что если какая-то скажем фирма открывает расчетный счет, то собственником остатка денег на ее счет является уже не она, а та кредитная организация, с которой она заключила договор банковского счета.

Нам представляется, что такой подход, - неправилен. И вкладчик, и юридическое лицо, открывшее банковский счет, - собственники денег на банковском счете.

Для того чтобы в этом разобраться, нужно увидеть различия между привлеченными и собственными средствами кредитной организации.

Федеральный закон не дает определения понятия "привлеченные средства" кредитной организации. Правда, не так давно, в нем появилась статья 11.2 в которой говорится о собственных средствах кредитной организации. Мы уже говорили, что по этому Федеральному закону, Банк России устанавливает методику расчета собственных средств кредитной организации, и приводили ссылку на его нормативный акт. Так вот, в этой методике нет ни расчетных счетов, ни тем более - депозитных счетов юридических и физических лиц. Там есть только ссылка на субординированные кредиты. А мы знаем, что по ГК РФ, деньги полученные по займу или банковскому кредиту переходят в собственность заемщика. В отношении остатков на банковских счетах и вкладов ГК об этом не говорит.

Банковские операции по привлечению денежных средств создают определенные риски. Поэтому кредитная организация должна выполнять соответствующие нормативы и производить отчисления в обязательные резервы.

Для того чтобы быть в состоянии расплатиться с вкладчиками кредитная организация должна соблюдать ряд нормативов. В частности, это нормативы ликвидности.

Их соблюдение обеспечивает способность кредитной организации своевременно и полно выполнять взятые на себя денежные и иных обязательства, вытекающие из сделок с использованием различных финансовых инструментов. И если кредитная организация соблюдает эти нормативы, то тем самым она всегда может выполнить поручения своего клиента по его банковскому счету. Она в любой момент способна вернуть банковский вклад по первому требованию вкладчика. Потому, что, соблюдая нормативы, она имеет ликвидность и может расплатиться с клиентом. Тем самым она "хранит" его деньги.

Эти и другие нормативы рассчитываются по формулам, которые приведены в Инструкции Банка России от 16 января 2004 г. N 110-И "Об обязательных нормативах банков".

Если кредитная организация выпускает облигации с ипотечным покрытием, то она должна соблюдать также и те нормативы, которые предусмотрены в Инструкции Банка России от 31 марта 2004 г. N 112-И "Об обязательных нормативах кредитных организаций, осуществляющих эмиссию облигаций с ипотечным покрытием", которые устанавливают более строгие требования.

Как уже говорилось, все нормативы адресованы кредитным организациям. Их выполнение или невыполнение не имеет никакого отношения к действительности сделки между кредитной организацией и ее клиентом. В частности, если кредитная организация заключает, к примеру, договор вклада, договор банковского счета или выдает вексель, зная о том, что уже и так у нее нарушаются нормативы ликвидности и тем самым нарушает нормы банковского права, то это не имеет никакого отношения к клиенту. Сделка и банковская операция, как уже говорилось, - это разные понятия. И это еще одна иллюстрация к мысли о том, что надо четко различать банковские и гражданско-правовые отношения, и что их не следует объединять в единое так называемое "комплексное" отношение.

Для того чтобы кредитная организация смогла обеспечить свою платежеспособность она не должна проводить рискованную кредитную политику. В частности, она обязана (ст. 25 Федерального закона "О банках и банковской деятельности") выполнять норматив обязательных резервов, депонируемых в Банке России, в том числе по срокам, объемам и видам привлеченных денежных средств. Порядок депонирования обязательных резервов определяется Банком России в соответствии с Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)".

В этой же статье Федерального закона сказано, что банк обязан иметь в Банке России счет для хранения обязательных резервов. Порядок открытия указанного счета и осуществления операций по нему устанавливается Банком России.

В Положении Банка России от 29 марта 2004 г. N 255-П "Об обязательных резервах кредитных организаций" сказано, что резервные требования (норматив обязательных резервов, депонируемых в Банке России) применяются в целях регулирования общей ликвидности банковской системы и контроля денежных агрегатов посредством снижения денежного мультипликатора. Там же наряду с другим, говорится, что обязанность кредитной организации по выполнению резервных требований возникает с момента получения лицензии Банка России на осуществление банковских операций, и, что выполнение кредитной организацией резервных требований является необходимым условием осуществления банковских операций.

Здесь я должен обратить внимание, что это требование относится к банку. И если банк его нарушил, то, стало быть, он нарушил нормативный акт банковского права и к самой сделке между банком и клиентом это нарушение никакого отношения не имеет. Сделка между банком и клиентом - действительна. Хотя в нормативном акте Банка России и сказано, что выполнение банком резервных требований - необходимое условие осуществления банковских операций, но это относится только к банку и его банковской операции. К сделке это не относится.

В соответствии с требованиями Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций", - в течение 10 дней с момента представления конкурсным управляющим в Банк России необходимых документов, на счет конкурсного управления перечисляются обязательные резервы, депонированные кредитной организацией в Банке России.

А в остальном, как сказано, в Положении, - цель обязательного резервирования, - другая. Эти требования применяются в целях регулирования общей ликвидности банковской системы и контроля денежных агрегатов посредством снижения денежного мультипликатора.

Банковское законодательство содержит императивные нормы, которые в отличие от норм ГК РФ, детальнее конкретизируют обязанности кредитной организации в связи с привлечением денежных средств физических лиц во вклады. В Главе VI "Сберегательное дело" Федерального закона "О банках и банковской деятельности" приводятся определения понятия "банковский вклад" и "вкладчики банка".

Согласно статье 36 "Банковские вклады физических лиц" Федерального закона, вклад - это "денежные средства в валюте Российской Федерации или иностранной валюте, размещаемые физическими лицами в целях хранения и получения дохода. Доход по вкладу выплачивается в денежной форме в виде процентов. Вклад возвращается вкладчику по его первому требованию в порядке, предусмотренном для вклада данного вида федеральным законом и соответствующим договором. Вклады принимаются только банками, имеющими такое право в соответствии с лицензией, выдаваемой Банком России. Банки обеспечивают сохранность вкладов и своевременность исполнения своих обязательств перед вкладчиками".

Конечно, всего этого нет в ГК РФ. Ведь в нем регулируется договор банковского вклада, то есть отношения между кредитной организацией и вкладчиком на основе гражданского права. Правда, некоторые нормы ГК РФ, как уже говорилось, имеют двойное значение.

Понятие "вкладчик". Вкладчик - физическое лицо, которое заключило с банком договор банковского вклада, предметом которого являются денежные средства в рублях или в иностранной валюте.

Статья 36 Федерального закона "О банках и банковской деятельности", называется "Банковские вклады физических лиц". Отсюда можно сделать вывод, что термин "вклад" применим не только к физическому, но и к юридическому лицу. В ГК РФ это именно так, хотя в нем же правовой режим вкладов физических лиц и правовой режим вкладов юридических лиц - различен. В Правилах бухгалтерского учета в кредитных организациях для всех видов вкладов и договоров банковского счета применяется термин "депозит".

Однако в действительности, термин "вкладчик", во всех случаях, означает только физическое лицо. В статье 37 Федерального закона сказано, что вкладчиками банка могут быть граждане Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства.

Вкладчики свободны в выборе банка для размещения во вклады принадлежащих им денежных средств и могут иметь вклады в одном или нескольких банках. Вкладчики могут распоряжаться вкладами, получать по вкладам доход, совершать безналичные расчеты в соответствии с договором. Вкладчиками банка могут быть граждане Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства.

Напомню, что вкладчик, независимо от характера заключенного с банком договора, имеет право получить свой вклад обратно, - по первому требованию.

В некоторых случаях вкладчики имеют приоритет по отношению к другим кредиторам. Так, в абз. 7 п. 1 ст. 64 ГК РФ сказано, что "при ликвидации банков или других кредитных учреждений, привлекающих средства граждан, в первую очередь

удовлетворяются требования граждан, являющихся кредиторами банков, или других кредитных учреждений, привлекающих средства граждан". Но возникает вопрос о том, почему они приоритетны. Ведь вторая очередь - это те лица, для которых трудовой договор - единственный источник дохода, в то время, как вкладчики могут иметь какие-то, другие источники доходов. Но тем не менее именно такие приоритеты предусмотрены в ГК РФ.

Правовой статус вкладчика определяется нормами гражданского и банковского права. В последнем случае речь идет о банковском законодательстве. Договор банковского вклада регулируется в ГК РФ. Но и в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" есть положения, которые содержат нормы определяющие форму данного договора. Это статья 36 Федерального закона, которая имеет двойное значение: она содержит норму гражданского права и одновременно норму банковского права.

Банковская операция проводится банком в соответствии с нормами банковского права. Но ее основание - гражданско-правовая сделка. Поэтому рассмотрим договор банковского вклада. Тем более, что многие нормы ГК РФ, которые регулируют этот договор, имеют двойное значение. Одновременно они являются и нормами банковского права. Повторю, что согласно законодательной технике довольно часто получается так, что нормы разных отраслей права оказываются в одном источнике права. В данном случае в Главе 44 ГК РФ.

2). Договор банковского вклада

Договор банковского вклада и в какой-то мере, банковская операция по привлечению денежных средств во вклад, регулируются нормами статей Главы 44 ГК РФ.

Предмет договора - денежные средства. Вклад, например, драгоценных металлов - это уже иной самостоятельный договор.

Заметим, что Федеральный закон "О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации" распространяет свое действие только на вклады физических лиц в денежных средствах.

Договор банковского вклада - это реальный договор. Он заключается одновременно с передачей денег банку.

Обязательство по договору возникает только у банка. Поэтому такой договор является односторонним.

На вклады начисляются проценты. Стало быть, этот договор - возмездный.

Права и обязанности по договору. По договору банковского вклада (депозита) одна сторона (банк), принявшая поступившую от другой стороны (вкладчика) или поступившую для нее денежную сумму (вклад), обязуется возвратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором.

По срочному договору банковского вклада, в котором вкладчиком является физическое лицо, банк не вправе изменить проценты в одностороннем порядке, даже если такое право банка предусмотрено договором. В экономической и в юридической литературе, есть разные точки зрения, на сей счет. Периодически в Государственной думе иницируется законопроект об ограничении такого права вкладчика. Нам представляется, что такое ограничение может только причинить вред и еще больше оттолкнуть вкладчиков от банков.

Договор этот, для физических лиц - публичный. Публичный договор - это такой

договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится. При этом коммерческая организация, в данном случае банк, не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения такого договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами.

Публичность этого договора подтверждена постановлением Конституционного Суда РФ от 3 июля 2001 г. N 10-П.

Договор банковского вклада и права потребителей. ГК РФ предусматривает, что доход по вкладам выплачивается в денежной форме и в виде процентов. А мы знаем, что доход и прибыль это не одно и то же. Поэтому вкладчик - физическое лицо считается потребителем и на него распространяется закон о защите прав потребителей. В целом же под этот закон попадают не только вклады, все другие финансовые услуги, оказываемые гражданам.

Договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме. Письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада удостоверено сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным выданным банком вкладчику документом, отвечающим требованиям, предусмотренным для таких документов законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

Несоблюдение письменной формы договора банковского вклада влечет недействительность этого договора. Такой договор является ничтожным.

В статье 36 Федерального закона говорится, что "привлечение средств во вклады оформляется договором в письменной форме в двух экземплярах, один из которых выдается вкладчику".

Допускается внесение третьими лицами денежных средств на счет вкладчика. Если договором банковского вклада не предусмотрено иное, на счет по вкладу зачисляются денежные средства, поступившие в банк на имя вкладчика от третьих лиц с указанием необходимых данных о его счете по вкладу. При этом предполагается, что вкладчик выразил согласие на получение денежных средств от таких лиц, предоставив им необходимые данные о счете по вкладу.

Вклад может быть внесен в банк на имя определенного третьего лица. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, такое лицо приобретает права вкладчика с момента предъявления им к банку первого требования, основанного на этих правах, либо выражения им банку иным способом намерения воспользоваться такими правами.

Указание имени гражданина (статья 19) или наименования юридического лица (статья 54), в пользу которого вносится вклад, является существенным условием соответствующего договора банковского вклада.

Договор банковского вклада в пользу гражданина, умершего к моменту заключения договора, либо не существующего к этому моменту юридического лица ничтожен.

До выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика лицо, заключившее договор банковского вклада, может воспользоваться правами вкладчика в отношении внесенных им на счет по вкладу денежных средств.

Правила о договоре в пользу третьего лица статья 430 ГК РФ применяются к договору банковского вклада в пользу третьего лица, если это не противоречит правилам настоящей статьи и существу банковского вклада.

Гражданский кодекс РФ запрещает юридическим лицам перечислять находящиеся во вкладах (депозитах) денежные средства другим лицам. Это разрешается только для физических лиц.

Удостоверение вклада. Если соглашением сторон не предусмотрено иное, заключение договора банковского вклада с гражданином и внесение денежных средств на его счет по вкладу удостоверяются сберегательной книжкой. Договором банковского вклада может быть предусмотрена выдача именной сберегательной книжки или сберегательной книжки на предъявителя. Сберегательная книжка на предъявителя является ценной бумагой.

В ней должны быть указаны и удостоверены банком наименование и место нахождения банка (статья 54 ГК РФ), а если вклад внесен в филиал, также его соответствующего филиала, номер счета по вкладу, а также все суммы денежных средств, зачисленных на счет, все суммы денежных средств, списанных со счета, и остаток денежных средств на счете на момент предъявления сберегательной книжки в банк.

По сути, эти нормы имеют двойное значение. С одной стороны, они регулируют сделку. С другой стороны их можно рассматривать как нормы банковского права, которые регулируют порядок оформления банковской операции по привлечению вкладов.

ГК РФ предусматривает, что если не доказано иное состояние вклада, данные о вкладе, указанные в сберегательной книжке, являются основанием для расчетов по вкладу между банком и вкладчиком.

Выдача вклада, выплата процентов по нему и исполнение распоряжений вкладчика о перечислении денежных средств со счета по вкладу другим лицам осуществляются банком при предъявлении сберегательной книжки. Но в случаях, когда именная сберегательная книжка утрачена или приведена в негодное для предъявления состояние, банк по заявлению вкладчика выдает ему новую сберегательную книжку.

Восстановление прав по утраченной сберегательной книжке на предъявителя осуществляется в порядке, предусмотренном для ценных бумаг на предъявителя (статья 148 ГК РФ).

Банки обязаны обеспечивать возврат вкладов граждан путем обязательного страхования, а в предусмотренных законом случаях и иными способами.

Способы обеспечения банком возврата вкладов юридических лиц определяются договором банковского вклада. При заключении договора банковского вклада банк обязан предоставить вкладчику информацию об обеспеченности возврата вклада.

В случае невыполнения банком предусмотренных законом или договором банковского вклада обязанностей по обеспечению возврата вклада, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий вкладчик вправе потребовать от банка немедленного возврата суммы вклада, уплаты на нее процентов в размере, определяемом в соответствии с пунктом 1 статьи 809 ГК РФ и возмещения причиненных убытков.

Виды договоров банковского вклада. Вклад до востребования и срочный вклад. Договоры банковского вклада могут классифицироваться по различным основаниям. В зависимости от срока договора все вклады классифицируются на вклады до востребования и срочные. По субъектам все вклады делятся на две категории:

депозиты юридических лиц и вклады физических лиц. Правовое положение их различно. По депозитам юридических лиц расчетные операции запрещены. Договор банковского вклада с физическим лицом - публичный договор. На него распространяется законодательство о защите прав потребителей

Договор банковского вклада до востребования. 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).

Договором может быть предусмотрено внесение вкладов на иных условиях их возврата, не противоречащих закону.

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.

Условие договора об отказе гражданина от права на получение вклада по первому требованию ничтожно.

Срочный, либо другой вклад, иной, чем вклад до востребования.

В случаях, когда срочный либо другой вклад, иной, чем вклад до востребования, возвращается вкладчику по его требованию до истечения срока либо до наступления иных обстоятельств, указанных в договоре банковского вклада, проценты по вкладу выплачиваются в размере, соответствующем размеру процентов, выплачиваемых банком по вкладам до востребования, если договором не предусмотрен иной размер процентов.

В случаях, когда вкладчик не требует возврата суммы срочного вклада по истечении срока либо суммы вклада, внесенного на иных условиях возврата, - по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, договор считается продленным на условиях вклада до востребования, если иное не предусмотрено договором.

В экономической литературе можно встретить утверждения о том, что надо облегчить кредитным организациям нелегкое занятие управление активными и пассивными операциями (замечу, есть и приятная сторона в этом управлении - доход, в основном от разницы в процентах), и запретить вкладчикам, досрочно снимать деньги с вкладов. Такая точка зрения со временем перекочевала в парламентские круги и нашла свое отражение в законопроектах. Ее, поддерживают Банк России и некоторые представители от банковских ассоциаций. Хорошо, что эти законопроекты так и остаются законопроектами. Выше я уже привел материал о том, как менялся статус вкладчика, и говорил, что нужно поднять уровень доверия вкладчиков к кредитным организациям. Ссылки на зарубежный опыт в этом отношении России не подходят. У нее не та экономика. Нет еще широкого "среднего" слоя обеспеченных людей. Поэтому запрет для физических лиц, досрочно снять деньги со счета, вклада, может обернуться проблемами с привлечения денежных средств в банках. Люди станут бояться вкладывать деньги в банки от одной только мысли, что они не смогут их снять по первому требованию. Доверие к банкам станет ниже. С этим "первым требованием" и так уже в начале 90-х годов у вкладчиков возникали проблемы. Надо учитывать тот негативный опыт недоверия к банкам, который у них и так накопился.

Лучше пойти по другому пути. Банк России должен снизить обязательное резервирование до тех пределов, которые применяются во многих развитых странах (1-1,5) процента. Тогда у банков появится возможность повысить процент по вкладам.

Больше будет привлеченных средств. Больше и, под более низкий процент, будет кредитов. Кредит станет доступнее, например, для студентов. Процент по кредитам снизится, если Банк России, хотя бы на несколько пунктов уменьшит ставку рефинансирования. Она все же остается достаточно высокой по сравнению со ставками в зарубежных странах. Такой опыт приведет к стабильности в банковской системе. Тогда не придется задаваться вопросом о том, как можно облегчить управление активными и пассивными операциями.

Конечно, если Банк России снизит, немного, норматив отчисления денежных средств в обязательные резервы, и уменьшит, хотя бы на несколько процентов, свою ставку рефинансирования, то ему придется прикладывать больше усилий, для того чтобы более тонко проводить свою денежно-кредитную политику. Больше придется заниматься банковским надзором и больше брать на себя ответственности за конечный результат. Но это делать, на мой взгляд, нужно.

3). Операции банка с депозитными сберегательными сертификатами

В юридической литературе есть разные мнения о природе таких сертификатов. Некоторые авторы высказывали мнения, что это эмиссионные ценные бумаги, - разновидность облигаций. Другие обращали внимание на то, что данные сертификаты не подпадают под все условия выпуска эмиссионных ценных бумаг, а также не являются облигациями, поскольку они удостоверяют вклад. Действительно, исходя из норм Главы 44 ГК РФ, они таковыми не являются.

Сберегательный (депозитный) сертификат (далее - сертификат) - ценная бумага, удостоверяющая сумму вклада, внесенного в банк, и права вкладчика (держателя сертификата) на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в банке, выдавшем сертификат, или в любом филиале этого банка. Сберегательные (депозитные) сертификаты могут быть предъявительскими или именными. В случае досрочного предъявления сберегательного (депозитного) сертификата к оплате банком выплачиваются сумма вклада и проценты, выплачиваемые по вкладам до востребования, если условиями сертификата не установлен иной размер процентов.

Порядок выпуска и обращения сертификатов, их обязательные реквизиты предусмотрены в Положении Банка России "О сберегательных и депозитных сертификатах кредитных организаций" (далее - Положение).

Положением устанавливаются единые для всех кредитных организаций Российской Федерации правила по выпуску и оформлению сберегательных и депозитных сертификатов.

В нем приводится перечень реквизитов сертификата. Отсутствие хотя бы одного из реквизитов, влечет недействительность сертификата.

На наш взгляд, в этой части, Банк России вышел за рамки своей компетенции. Действительность или недействительность сделок - это вопрос гражданского права. Его нужно решать с помощью федерального закона, а не нормативными актами Банка России. Выше мы уже говорили о том, что надо различать банковское и гражданское право.

По действующему законодательству и согласно этому Положению, - сберегательный (депозитный) сертификат является ценной бумагой, удостоверяющей сумму вклада, внесенного в кредитную организацию, и права вкладчика (держателя сертификата) на

получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в кредитной организации, выдавшей сертификат, или в любом ее филиале.

В этом, заметим, состоит удобство пользования сертификатов. Они создают больше возможностей для вкладчика в смысле его участия в имущественном обороте, несмотря на то, что они не могут быть средством платежа или средством расчетов, поскольку в Положении сказано, что сертификаты не могут выступать в виде расчетного или платежного средства за проданные товары или оказанные услуги.

Сертификаты могут выпускаться либо разовые, либо сериями. Они могут быть именными или на предъявителя. Именные передаются в порядке цессии. Форма ее совершения приведена в Положении. Сертификаты на предъявителя передаются простым вручением.

Они выпускаются только в рублях. Так предусмотрено Положением. Банк может выпускать сертификаты только в валюте Российской Федерации. Выпуск сертификатов в иностранной валюте запрещен.

Что касается депозитных сертификатов, то их покупка в банке, и выплата денежных сумм по ним при погашении, осуществляются в безналичном порядке. А по сберегательным сертификатам выплаты могут быть как в безналичном порядке, так и наличными денежными средствами.

Владельцами сертификатов могут быть резиденты и нерезиденты в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации и нормативными актами Банка России.

Выпуск сертификатов согласовывается с Банком России в порядке, предусмотренном в указанном нормативном акте. В этом же Положении закреплён порядок регистрации в Банке России выпуска сертификатов.

Для того чтобы банк получил право выпускать эти сертификаты он должен отвечать следующим требованиям. Во-первых, он должен осуществлять банковскую деятельность не менее двух лет. Мы знаем, что право на банковскую деятельность кредитная организация получает с момента, когда ей выдана банковская лицензия. Во-вторых, одно из условий для банка выпускающего сертификат - публикация годовой отчетности (баланса и отчета о прибылях и убытках), подтвержденной аудиторской фирмой. В-третьих, банк обязан соблюдать банковское законодательство и нормативные акты Банка России. Имеется в виду, что на момент решения вопроса о выпуске сертификатов к банку на сей счет не должно быть такого рода претензий. В-четвертых, он должен выполнять обязательные экономические нормативы. В-пятых, у банка к этому времени уже есть в наличии резервный фонд в размере не менее 15 процентов от фактически оплаченного уставного капитала. В-шестых, банк выполняет обязательные резервные требования.

При необходимости, Банк России может проверить операции кредитных организаций со сберегательными (депозитными) сертификатами.

Такие проверки проводятся с целью:

- проверки соответствия проводимых кредитной организацией операций с сертификатами действующему законодательству и нормативным актам Банка России, своевременности исполнения кредитной организацией обязательств по данным ценным бумагам;
- подтверждения достоверности отражения кредитной организацией операций с

сертификатами в бухгалтерском учете и отчетности;
- проверки правильности оформления выпуска сберегательных (деPOSITных) сертификатов.

4.) Проценты по вкладам

Банк выплачивает вкладчику проценты на сумму вклада в размере, определяемом договором банковского вклада. При отсутствии в договоре условия о размере выплачиваемых процентов банк обязан выплачивать проценты в размере, определяемом в соответствии с пунктом 1 статьи 809 ГК РФ.

Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, банк вправе изменить размер процентов, выплачиваемых на вклады до востребования. В случае уменьшения банком размера процентов новый размер процентов применяется к вкладам, внесенным до сообщения вкладчикам об уменьшении процентов, по истечении месяца с момента соответствующего сообщения, если иное не предусмотрено договором.

Напомню, что определенный договором банковского вклада размер процентов на вклад, внесенный гражданином на условиях его выдачи по истечении определенного срока либо по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, не может быть односторонне уменьшен банком, если иное не предусмотрено законом. По договору такого банковского вклада, заключенному банком с юридическим лицом, размер процентов не может быть односторонне изменен, если иное не предусмотрено законом или договором.

Определение СК Верховного Суда РФ от 27 января 1998 г. гласит, что "по договорам банковского вклада, заключенным с гражданами, банки не вправе с 1 марта 1996 г. уменьшать размер процентов по вкладам и в тех случаях, когда условие об одностороннем уменьшении банком размера процентов включено в договор банка с гражданином-вкладчиком" (Извлечение)//Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 1998 г., N 6, С. 6).

Возможность изменения в одностороннем порядке размера процентов и в соответствии с условиями договора предусмотрена только для юридических лиц.

Ссылку кассационной инстанции на ст. 29 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" нельзя признать правильной, поскольку данный Закон был принят до принятия и введения в действие второй части Гражданского кодекса Российской Федерации, а в силу ч. 2 п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу Российской Федерации (Федеральный закон "О банках и банковской деятельности" принят Государственной Думой 7 июля 1995 г., а часть вторая Гражданского кодекса Российской Федерации 22 декабря 1995 г.).

Поскольку кассационная инстанция неправильно применила материальный закон, определение судебной коллегии по гражданским делам Сахалинского областного суда подлежит отмене с оставлением решения суда первой инстанции без изменения.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. N 4-П положение части второй статьи 29 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" об изменении процентной ставки по срочным вкладам граждан, позволяющее банку в одностороннем порядке произвольно снижать ее исключительно на основе договора, без определения в федеральном законе оснований, обуславливающих такую возможность, признано не соответствующим Конституции РФ.

Операции банка по начислению процентов на привлеченные средства

Проценты на сумму банковского вклада начисляются со дня, следующего за днем ее поступления в банк, до дня, предшествующего ее возврату вкладчику либо ее списанию со счета вкладчика по иным основаниям. Однако если иное не предусмотрено договором банковского вклада, проценты на сумму банковского вклада выплачиваются вкладчику по его требованию по истечении каждого квартала отдельно от суммы вклада, а не востребованные в этот срок проценты увеличивают сумму вклада, на которую начисляются проценты. При возврате вклада выплачиваются все начисленные к этому моменту проценты.

Проценты по привлеченным денежным средствам (во вклады, депозиты, на другие банковские счета) начисляются банком-заемщиком в порядке и в размере, предусмотренном соответствующим договором, и пунктом 3.5. настоящего Положения. В случаях, когда срочный либо другой вклад (иной, чем вклад до востребования) возвращается вкладчику по его требованию до истечения срока либо до наступления обстоятельств, предусмотренных договором банковского вклада (депозита), проценты по вкладу (депозиту) выплачиваются в размере, соответствующем размеру процентов, выплачиваемых банком по вкладам "до востребования", если договором не предусмотрен иной размер процентов.

При возврате вклада банк уплачивает вкладчику проценты, начисленные в соответствии с условиями договора.

В случаях, когда вкладчик не требует возврата суммы срочного вклада по истечении его срока либо суммы вклада, внесенного на иных условиях возврата, или по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, договор считается продленным на условиях вклада (депозита) "до востребования", если иное не предусмотрено договором.

Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, проценты на сумму банковского вклада выплачиваются клиенту-вкладчику по его требованию по истечении каждого квартала отдельно от суммы вклада, а не востребованные в этот срок проценты увеличивают сумму вклада, на которую начисляются проценты (т.е. проценты причисляются к вкладу).

Если иное не предусмотрено договором банковского счета, сумма процентов, начисленная за пользование денежными средствами находящимися на счете зачисляется на счет по истечении каждого квартала.

Банк не вправе оказывать предпочтение акционерам (участникам) банка перед другими клиентами банка, т.е. устанавливать иные условия привлечения денежных средств (более высокая процентная ставка, более частый период капитализации /причисления/ процентов), которые размещаются клиентами банка на одинаковых условиях (сумма, срок и др.). Требования настоящего пункта распространяются на договоры, заключенные после вступления в силу настоящего Положения.

При этом все юридические и физические лица (в том числе потенциальные клиенты банка) вправе получить у банка информацию о видах и условиях принимаемых банком вкладов (депозитов), об условиях действующих в настоящее время договоров вклада (депозита), банковских счетов.

Банк вправе в одностороннем порядке изменять размер процентной ставки на вклады (на денежные средства, учитываемые на соответствующем банковском счете) со сроком "до востребования", если иное не предусмотрено договором банковского вклада

(договором банковского счета).

При уменьшении банком размера процентов новый размер процентов применяется к вкладам (депозитам), внесенным до сообщения клиентам-вкладчикам об изменении процентных ставок, по истечении месяца с момента соответствующего сообщения, если иное не предусмотрено договором.

При переносе банком в соответствии с условиями договора остатков средств с одного балансового счета по учету привлеченных денежных средств на другой балансовый счет по учету этих же средств (например, в случае изменения срока вклада /депозита/), ведущийся в этом же банке, проценты начисляются на остатки средств по каждому балансовому счету (прежнему и новому), исходя из фактического числа календарных дней учета средств на каждом из этих счетов.

Порядок начисления процентов по операциям кредитных организаций связанным с привлечением денежных средств кредитными организациями регулируется Положением Банка России от 26 июня 1998 г. N 39-П "О порядке начисления процентов по операциям, связанным с привлечением и размещением денежных средств банками, и отражения указанных операций по счетам бухгалтерского учета". (Положение вступило в силу с 1 января 1999 г.).

Начисленными (накопленными) процентами по пассивным операциям банка (по операциям банка, связанным с привлечением денежных средств) считаются проценты, причитающиеся к уплате клиентам банка (физическим и юридическим лицам, включая банки) по привлеченным от них денежным средствам, и учитываемые на счете по учету обязательств банка по уплате процентов.

Причисленные проценты - проценты, зачисленные банками на счета банковского вклада (депозита) юридических и физических лиц, в том числе по не востребованным суммам вклада (депозита) в установленный договором срок либо при наступлении предусмотренных договором обстоятельств, а также на счета по учету прочих привлеченных средств и увеличивающие сумму вклада (депозита) или остатка по счету, на которую в дальнейшем начисляются проценты.

Уплаченные проценты по пассивным операциям банка (по операциям банка, связанным с привлечением денежных средств) - проценты, зачисленные на счета клиентов банка (расчетные, текущие, счета банковского вклада), уплаченные в установленном порядке наличными денежными средствами из кассы банка, списанные с корреспондентского счета банка-заемщика, зачисленные на корреспондентские счета банка-кредитора.

Просроченные обязательства банка по уплате процентов (просроченная задолженность банка по уплате процентов) - проценты, начисленные банком-заемщиком по привлеченным денежным средствам в пользу физических или юридических лиц, включая банки, но не выплаченные по наступлении установленного соответствующим договором срока либо по наступлении предусмотренных договором обстоятельств.

Просроченная задолженность по получению процентов - задолженность по процентам, причитающимся к получению от юридических и физических лиц, включая банки, но не полученным банком-кредитором по наступлении установленного соответствующим договором срока либо при наступлении предусмотренных договором обстоятельств.

В соответствии со ст. 30 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" отношения между банком и его клиентами (физическими и юридическими лицами, включая банки) осуществляются на основе договоров/соглашений (далее по тексту - "договор"), заключаемых с учетом требований глав 42, 44, 45 и статей 421, 422

Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Бухгалтерские операции банка по уплате и получению процентов по привлеченным и размещенным денежным средствам осуществляются на основании распоряжения (внутреннего документа банка) соответствующего структурного подразделения банка бухгалтерскому подразделению банка, подписанного уполномоченным должностным лицом банка.

В распоряжении указывается номер и дата соответствующего договора, наименование владельца банковского счета (клиента-вкладчика /клиента-заемщика/), вид вклада (депозита), кредита (займа), вид и размер процентной ставки, способ уплаты (получения) процентов.

Уплата (получение) процентов по привлеченным или размещенным денежным средствам осуществляется в денежной форме: юридическими лицами только в безналичном порядке, а физическими лицами - в безналичном порядке и наличными денежными средствами без ограничения суммы на основании приходных (расходных) кассовых ордеров.

5). Страхование вкладов

Вопрос о сохранности банковских вкладов - один из ключевых для развития российской экономики. Но у нас в России принятие этого Закона долго откладывалось. И даже финансовый кризис 1998 года, который со всей очевидностью показал необходимость создания системы страхования вкладов, не подтолкнул принятие такого закона.

После долгих проволочек, все же, был принят Федеральный закон от 23 декабря 2003 года N 177-ФЗ "О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации"

(далее - Федеральный закон). Он регулирует различные вопросы страхования вкладов. Выделим главное.

Он распространяется не только на вкладчиков, но и на всех других физических лиц, которые открывают банковские счета, за исключением индивидуальных предпринимателей. Страхуются только вклады и банковские счета (в рублях и в иностранной валюте), открываемые в банках Российской Федерации.

В отличие от Гражданского кодекса РФ, в рассматриваемом Федеральном законе для счетов физических лиц предусмотрены те же гарантии, что и для их вкладов. Термину "вклад" в Федеральном законе дается определение, которым в целях Федерального закона охватываются и банковский вклад, и банковский счет физического лица. Поэтому новый Закон предусматривает гарантии возврата денежных средств не только для вкладчиков, но и для физических лиц, которые открыли просто счета в банках.

В Федеральном законе сказано, что вклад - это денежные средства в валюте Российской Федерации или иностранной валюте, размещаемые физическими лицами в банке на территории Российской Федерации на основании договора банковского вклада или договора банковского счета, включая капитализированные (причисленные) проценты на сумму вклада. Федеральный закон создает обязательное страхование только в отношении вкладов физических лиц. Он не распространяется на юридических лиц, а также на физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица. Не распространяется он и на тех физических лиц, которые оформили вклад на предъявителя. Не страхуются денежные средства,

размещенные во вклады в находящихся за пределами территории Российской Федерации филиалах банков Российской Федерации, а также переданные физическими лицами банкам в доверительное управление.

Вклад, - это только денежные средства.

Федеральный закон предусматривает максимальный размер возмещения - до 190 000 руб. в одном банке (ст. 11).

На мой взгляд, принятие Федерального закона как раз и связано с тем, что собственником вклада физического лица является само это лицо, а отнюдь не банк. Если бы было наоборот, то тогда не было бы и оснований создавать систему обязательного страхования вкладов. Вкладчик предъявлял бы свои требования в общем порядке.

По Федеральному закону государство берет на себя ответственность перед вкладчиками за Сбербанк и все те банки, в капиталах которых участвует Центральный банк.

Сбербанк - дочерний банк Центрального банка. Государство до недавнего времени, начиная с 1996 года (с момента введения в действие второй редакции Закона РСФСР "О банках и банковской деятельности"), на мой взгляд, за него не отвечало. Но существовало такое заблуждение, в том числе и у некоторой части юристов, что государство якобы отвечает за Сбербанк перед вкладчиками. Однако нигде не было сказано, что государство отвечает перед вкладчиками за Сбербанк и другие банки, в капиталах которых участвует Центральный банк.

В ст. 49 Федерального закона помимо прочего сказано: "Возврат вкладов физических лиц в части сумм, превышающих суммы возмещения по вкладам, определенные настоящим Федеральным законом, в кредитных организациях, в капитале которых участвует Банк России, обеспечивается субсидиарной ответственностью Российской Федерации по требованиям вкладчика к банку в порядке, предусмотренном статьей 399 Гражданского кодекса Российской Федерации, до 1 января 2007 года".

Для страхования вкладов создано Агентство по страхованию вкладов (далее - Агентство).

Агентство - государственная корпорация. Ставки страховых взносов невелики. Страхование является обязательным для тех банков, которые принимают вклады.

Порядок выплаты возмещения по вкладам регулируется нормами, закрепленными в ст. 12 Федерального закона. В ч. 1 указанной статьи говорится: "Агентство в течение семи дней со дня получения из банка, в отношении которого наступил страховой случай, реестра обязательств банка перед вкладчиками направляет в этот банк, а также для опубликования в "Вестник Банка России" и печатный орган по месторасположению этого банка сообщение о месте, времени, форме и порядке приема заявлений вкладчиков о выплате возмещения по вкладам". В течение месяца со дня получения из банка реестра обязательств банка перед вкладчиками Агентство направляет также соответствующее сообщение вкладчикам банка, в отношении которого наступил страховой случай".

Федеральный закон предусмотрел (в ч. 2-4 ст. 33), что Фонд обязательного страхования вкладов принадлежит Агентству на праве собственности и предназначен для финансирования выплаты возмещения по вкладам в порядке и на условиях, которые установлены Федеральным законом. Фонд обязательного страхования вкладов обособляется от иного имущества Агентства. По фонду обязательного страхования

вкладов ведется обособленный учет. Денежные средства фонда обязательного страхования вкладов учитываются на специально открываемом счете Агентства в Банке России. Банк России не уплачивает процентов по остаткам денежных средств, находящимся на этом счете. По уже сложившейся практике он пользуется денежными средствами, но проценты на них не начисляет.

На наш взгляд, в Федеральном законе этот вопрос надо было предусмотреть иначе. Ведь начисление процентов на эти денежные средства, в случае банкротства банков, могло бы быть выгодно вкладчикам, поскольку оно увеличивало бы Фонд обязательного страхования вкладов. И если применительно к фонду обязательного резервирования, в который кредитные организации производят отчисления, хоть что-то можно объяснить (мультипликатор, сдерживание кредитной экспансии и все такое), то применительно к страхованию вкладов все это необъяснимо. По общему правилу за пользование чужими денежными средствами надо платить. Тем более что страхование вкладов - это не денежно-кредитная политика Центрального банка, а интересы вкладчиков, вопрос лучшей сохранности их вкладов.

Федеральный закон регулирует порядок включения банков в систему страхования вкладов и другие вопросы из этого ряда.

Для того чтобы создать гарантии для тех банков, которые стали несостоятельными в период создания системы обязательного страхования вкладов, был принят Федеральный закон от 29 июля 2004 г. "О выплатах Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках Российской Федерации" (далее - Федеральный закон). Федеральный закон гласит: "Банк, не участвующий в системе страхования вкладов, - это банк, не внесенный на дату отзыва лицензии на осуществление банковских операций в реестр банков, состоящих на учете в системе страхования вкладов, в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 23 декабря 2003 года "О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации".

Федеральный закон регулирует условия осуществления выплат Банка России по вкладам физических лиц в признанных банкротами банках, не участвующих в системе страхования вкладов, размер указанных выплат, порядок их осуществления и перехода к Банку России прав требований к признанному банкротом банку в размере произведенных выплат.

Федеральный закон содержит перечень вкладов, по которым выплаты Банком России не осуществляются. К примеру, Банк России не осуществляет выплаты по денежным средствам, размещенным во вклады в зарубежных филиалах банков Российской Федерации. В общем, им в этом отношении установлен порядок, аналогичный тому же, что и в нормах Федерального закона "О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации".

По правам требования приобретенным после отзыва у банка, не участвующего в системе страхования вкладов, лицензии Банка России на осуществление банковских операций, выплаты Банком России не производятся.

2. Размещение привлеченных денежных средств физических и юридических лиц

во вклады, от своего имени и за свой счет

Характерно, что данная банковская операция, именно такое название которой приведено в пункте 2 статьи 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" (далее - Федеральный закон), не содержит термина "кредит". Потому, что размещение привлеченных кредитной организацией денежных средств не сводится только к банковскому кредиту. Например, кредитная организация может купить ценные бумаги, векселя, драгоценные металлы и проводить другие активные операции. Но, конечно, наибольший удельный вес в ее активных операциях, традиционно занимают банковские кредиты.

1). Кредит и банковская операция по размещению денежных средств

Банковский кредит - это разновидность банковской операции по размещению привлеченных кредитной организацией денежных средств.

В банковской практике термин "ссуда" и термин "кредит" зачастую используется как равнозначные термины. Для того чтобы в этом убедиться, достаточно посмотреть правила бухгалтерского учета в кредитных организациях. Употребление таких терминов стало настолько распространенным, и вошло в повседневный, профессиональный обиход, что попытки его изменить не имеют смысла. Кредитные организации используют информационные технологии и программные продукты, в которых применяется этот термин. Хотя по ГК РФ, договор ссуды, - это договор безвозмездного пользования вещью.

Заем вправе выдавать любая коммерческая организации. А кредит может выдать только кредитная организация. Этот подход раньше основывался на том, что в п. "а" ч. 1 ст. 5 "Банковские операции и сделки", ныне уже недействующей редакции Закона РСФСР от 2 декабря 1990 г. "О банках и банковской деятельности в РСФСР" (с изменениями от 13 декабря 1991 г., 24 июня 1992 г.) была закреплена норма, которая предусматривала, что банки могут "привлекать вклады (депозиты) и предоставлять кредиты по соглашению с заемщиком. Получалось, что в самой формулировке банковской операции использовался термин "кредит". Но после того как в 1996 году этот Закон был изложен в новой редакции (как Федеральный закон "О банках и банковской деятельности"), ситуация изменилась.

Согласно Федеральному закону от 3 февраля 1996 г. "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О банках и банковской деятельности в РСФСР" организации имеют право осуществлять систематическое коммерческое кредитование под проценты, поскольку предоставление кредитов не включено в перечень банковских операций.

Однако речь может идти только о коммерческом кредитовании. О нем, подробнее, скажем, когда речь пойдет о видах кредита. А вот что касается банковского кредитования, то здесь все сложнее.

В Федеральном законе "О банках и банковской деятельности", а именно в его статье 5, говорится, что к банковским операциям относятся: "1) привлечение денежных средств

физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок); 2) размещение указанных в пункте 1 части первой настоящей статьи привлеченных средств от своего имени и за свой счет...". Как мы видим из приведенной цитаты, термин "кредит" в ней отсутствует. В формулировке второй банковской операции сделана ссылка на п. 1 части первой данной статьи. А в этом пункте указаны не все привлеченные денежные средства физических и юридических лиц, а только их вклады. Выходит, что размещение только вкладов, а не любых привлеченных средств - банковская операция, которая, как сказано в этом же Федеральном законе, требует наличия банковской лицензии.

Как мы помним в статье 1 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" сказано, что "кредитная организация - юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные настоящим Федеральным законом".

В ч. 1 статьи 13 Федерального закона говорится, что "осуществление банковских операций производится только на основании лицензии, выдаваемой Банком России в порядке, установленном настоящим Федеральным законом". А дальше, - в ч. 6-8 этой же статьи Федерального закона сказано, что "осуществление юридическим лицом банковских операций без лицензии влечет за собой взыскание с такого юридического лица всей суммы, полученной в результате осуществления данных операций, а также взыскание штрафа в двукратном размере этой суммы в федеральный бюджет. Взыскание производится в судебном порядке по иску прокурора, соответствующего федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на то федеральным законом, или Банка России.

Банк России вправе предъявить в арбитражный суд иск о ликвидации юридического лица, осуществляющего без лицензии банковские операции.

Граждане, незаконно осуществляющие банковские операции, несут в установленном законом порядке гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность".

Итак, казалось бы все ясно. Если организация осуществляет банковскую операцию, то она должна получить банковскую лицензию. Но остается только доказать, что организация осуществляет банковскую операцию. В данном случае это означает, что кредит как банковская операция может считаться таковой, если есть признаки, указанные в п. 2 ст. 5 Федерального закона. То есть, организация размещает привлеченные вклады физических и юридических лиц. Но если она размещает не вклады, а другие привлеченные денежные средства, то под требования Федерального закона она уже не подпадает.

Правда в ГК РФ имеются критерии для определения того, кто может предоставить денежные средства по кредитному договору. В ч. 1 ст. 819 ГК РФ говорится, что "по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее". Получается, что кредитный договор связывается только с банком или иной кредитной организацией. А это означает, что заключить кредитный договор может только кредитная организация. Но, ведь денежные средства

могут быть предоставлены не по договору кредита, а по договору займа. И если они - собственные средства займодателя, то никаких вопросов по поводу банковской лицензии вообще не возникает. Другое дело если это заемные средства. Но опять же ограничением выступают только два вида привлеченных средств - вклады физических и юридических лиц.

Вывод такой: формулировки отмененной редакции Закона РСФСР "О банках и банковской деятельности", определяли кредит как банковскую операцию. Теперь же кредит выступает как сделка, а банковская операция - это технология ее проведения. В Федеральном законе эта технология обозначена термином "размещение денежных средств".

Виды размещения привлеченных кредитной организацией денежных средств достаточно разнообразны. Это, например, размещение привлеченных во вклады драгоценных металлов, покупка драгоценных камней, выдача займов в драгоценных металлах, размещение депозитов в других кредитных организациях, принятие ценных бумаг в залог по выданным кредитам, учет векселей, покупка облигаций, покупка памятных монет, финансирование под уступку денежного требования (факторинг) и другие виды размещения привлеченных денежных средств. Поэтому банковские кредиты - это только часть сделок, которые составляют экономическую основу банковских операций по размещению привлеченных средств. Юридическая форма банковского кредита - кредитный договор.

Но, как уже говорилось размещение денежных средств всегда связано с риском. Поэтому операции по размещению денежных средств, и, прежде всего банковские кредиты специально регулируются нормами федеральных законов и нормативными актами Банка России. В частности, такие нормы содержатся в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" (ст. 24, 29, 30), в Положении Банка России от 31 августа 1998 г. N 54-П "О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)" (с изменениями), в Положении Банка России от 26 марта 2004 г. N 254-П "О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности". В этих нормативных актах Банка России регулируются технологии размещения денежных средств кредитной организации и создания резервов.

2). Банковский кредит и другие виды кредита

Банковский кредит. В ГК РФ банковский кредит - это одна из разновидностей кредита вообще. Он выдается только кредитной организацией имеющей соответствующую банковскую лицензию.

ГК РФ регулирует также еще и коммерческий кредит. Есть в нем нормы и о товарном кредите. На эти кредиты банковская лицензия не требуется.

В мировой практике отсутствует единая классификация банковских кредитов, что, по мнению специалистов, объясняется различным уровнем экономического развития стран, различными традициями и другими факторами. С экономической точки зрения все кредиты делятся по группам заемщиков, по целевому назначению, по размерам кредита, по срокам погашения, по видам обеспечения, по способам предоставления, по порядку погашения, по видам процентных ставок, по способам расчета процентных ставок, по валюте кредита, по числу кредиторов.

Регулирование кредитов средствами банковского права имеет своей целью направить кредитную политику коммерческого банка таким образом, чтобы с одной стороны, повысилась доходность проводимых им банковских операций, а с другой стороны, чтобы были гарантированы интересы банковской системы в целом, а также интересы банковских клиентов. В этой связи важно понимание принципов кредитной политики коммерческого банка.

По мнению Пановой Г.С., специфическими принципами кредитной политики коммерческого банка являются: доходность, прибыльность, безопасность и надежность.

В широком понимании "...оптимальная политика коммерческого банка - это политика, в результате которой доходы банка, его прибыль стремятся к бесконечности, а затраты и риск - к минимуму".

С этой точки зрения, и федеральные законы и принятые на их основе нормативные акты Банка России, по отношению к кредитной организации, являются неким внешним ограничителем ее активных операций. Они нужны для того, чтобы политика кредитной организации не становилась чрезмерно рискованной.

Банковский кредит предоставляется на основе договора. В этом смысле он - сделка. В эти отношения Банк России не вправе вмешиваться. Он может регулировать только банковские операции, как форму реализации этой сделки, как технологию по выдаче и погашению кредита.

Товарный кредит. В ст. 822 ГК РФ предусматривается, что стороны могут заключить договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками (договор товарного кредита). К нему применяются правила параграфа 2 Гл. 42 ГК РФ то есть те же правила, что и для банковского кредита, если иное не предусмотрено договором товарного кредита и не вытекает из существа обязательства.

Условия о количестве, об ассортименте, о комплектности, о качестве, о таре и (или) об упаковке предоставляемых вещей должны исполняться в соответствии с правилами о договоре купли-продажи товаров (статьи 465-485 ГК РФ), если иное не предусмотрено договором товарного кредита.

Предмет этого договора - вещи, определенные родовыми признаками. Его сторонами могут быть любые лица.

Этот договор обычно, как любой кредитный договор, является возмездным.

Коммерческий кредит. В ст. 823 ГК РФ закреплена норма, в которой предусматривается, что договорами, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, может предусматриваться предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (коммерческий кредит), если иное не установлено законом.

В части второй этой же статьи говорится, что к коммерческому кредиту применяются правила главы 42 ГК РФ, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства.

Государственный и муниципальный кредит. Государственный и муниципальный кредит регулируются бюджетным законодательством.

3). Договор кредита

Договор банковского кредита - это частный случай договора банковского займа, предусмотренного статьями § 1 Главы 42 ГК РФ. Нормы ГК РФ о займе применяются к договору кредита постольку, поскольку это, во-первых, не противоречит положениям, закрепленным в статьях § 2 Главы 42 ГК РФ, и, во-вторых, не противоречит существу договора кредита.

Это консенсуальный договор. Сначала заключается договор, а после этого выдается кредит. Наоборот, договор займа - это реальный договор: момент заключения договора совпадает с моментом передачи денег заемщику.

ГК предусматривает, что по договору займа, одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества.

В отличие от договора займа, предметом кредитного договора являются только денежные средства.

По кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. К отношениям по кредитному договору применяются правила, предусмотренные параграфом 1 главы 42 ГК РФ, если иное не предусмотрено правилами параграфа 2 главы 42 ГК РФ и не вытекает из существа кредитного договора. (Статья 819 ГК РФ). Поэтому кредитный договор - возмездный.

Обратим внимание на то обстоятельство, что в статье 819 ГК РФ нет указания на то, что денежная сумма кредита передается в собственность заемщика. Но об этом сказано в статье о понятии займа. А именно, в ч. 1 статьи 807 "Договор займа" говорится, что "по договору займа одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества".

Форма кредитного договора письменная. В отличие от займа, который при указанных в ГК РФ условиях может быть письменным, для договора кредита установленная письменная форма договора. При этом не требуется, чтобы договор обязательно имел нотариальную форму.

Несоблюдение письменной формы влечет недействительность кредитного договора. Такой договор считается ничтожным.

В Главе 42 ГК РФ нет указания на то, что в кредитном договоре должны указываться проценты. А при отсутствии в договоре условия о размере процентов, их размер определяется существующей в месте жительства займодавца, а если займодавцем является юридическое лицо, в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части. При отсутствии иного соглашения проценты выплачиваются ежемесячно до дня возврата суммы займа.

Правда статья 30 Федерального закона "О банках и банковской деятельности", в отличие от ГК РФ, предусматривает, что в договоре должны быть указаны проценты и некоторые другие условия. Практически это означает, что если вместо процентов

указываются другие виды платы за кредит, что иногда встречается в работе банков, то это может стать предметом спора.

Заемщик обязан возратить займодавцу полученную сумму займа в срок и в порядке, которые предусмотрены договором займа. В случаях, когда срок возврата договором не установлен или определен моментом востребования, сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение тридцати дней со дня предъявления займодавцем требования об этом, если иное не предусмотрено договором.

Если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно. Сумма займа, предоставленного под проценты, может быть возвращена досрочно с согласия займодавца.

Если иное не предусмотрено договором займа, сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или зачисления соответствующих денежных средств на его банковский счет.

Если иное не предусмотрено законом или договором займа, в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в размере, предусмотренном пунктом 1 статьи 395 настоящего Кодекса, со дня, когда она должна была быть возвращена, до дня ее возврата займодавцу независимо от уплаты процентов, предусмотренных пунктом 1 статьи 809 настоящего Кодекса.

Целевой кредит. В отношении этого кредита применяются положения статьи 814 ГК РФ. Если договор займа заключен с условием использования заемщиком полученных средств на определенные цели (целевой заем), заемщик обязан обеспечить возможность осуществления займодавцем контроля за целевым использованием суммы займа.

Признание кредитного договора крупной сделкой. При заключении кредитного договора следует иметь в виду организационно-правовую форму заемщика и связанные с этим ограничения в отношении крупных сделок. Кредитный договор может быть признан крупной сделкой, если сумма предоставленного по нему кредита и предусмотренных договором процентов за пользование кредитом (без учета процентов за просрочку возврата кредита) составляет более 25 процентов балансовой стоимости имущества общества.

Акционерный коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью о взыскании суммы долга по кредитному договору, а также процентов за пользование кредитом и повышенных процентов в связи с невозвратом кредита в срок, предусмотренный договором. Ответчик заявил встречный иск о признании кредитного договора недействительным, указав, что сумма предъявленных истцом требований превышает 25 процентов балансовой стоимости имущества общества, и заключение директором общества данного кредитного договора при отсутствии соответствующего решения совета директоров или общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью противоречит статье 46 Федерального закона "Об обществах с ограниченной ответственностью" (далее - Закон об обществах с ограниченной ответственностью). Арбитражный суд удовлетворил основной иск акционерного коммерческого банка и отказал во встречном иске, заявленном ответчиком. При этом суд отметил, что ответчик необоснованно отнес заключенный им кредитный договор к крупной сделке, определив его сумму, исходя не из размера полученного по договору кредита, а из суммы требований, заявленных истцом, в которую наряду с суммой кредита включены проценты за пользование им и

повышенные проценты за непогашение кредита в установленный срок, являющиеся мерой ответственности за просрочку исполнения денежного обязательства. При сопоставлении суммы, полученной ответчиком по кредитному договору, с данными баланса общества на дату совершения сделки суд установил, что она не достигала 25 процентов балансовой стоимости имущества общества на указанную дату, а поэтому признал, что генеральный директор общества имел право на заключение договора без получения согласия совета директоров или общего собрания участников общества. Апелляционная инстанция правомерно отменила решение, признав кредитный договор крупной сделкой с учетом того, что сумма обязательства по данному договору должна быть определена исходя не только из размера полученного заемщиком кредита, но и предусмотренных договором процентов за пользование им в течение срока, на который предоставлен кредит. При этом суд отметил, что уплата указанных процентов в соответствии со статьей 819 Гражданского кодекса Российской Федерации входит в состав основного обязательства по кредитному договору. Общая сумма кредита и процентов за пользование им превысила 25 процентов балансовой стоимости имущества общества. При определении суммы сделки, которая может быть отнесена к крупной, не подлежат включению в нее проценты, начисляемые за просрочку исполнения денежного обязательства (статья 395 Гражданского кодекса Российской Федерации), а также иные суммы, взимаемые с должника в порядке применения к нему мер ответственности (неустойка, штраф, пени). Предусмотренные кредитным договором проценты за пользование кредитом в течение предусмотренного договором срока не являются мерой ответственности и должны учитываться при определении суммы сделки.

В процессе заключения кредитного договора следует принимать во внимание вопрос о правомочиях стороны на заключение договора. В этих целях нужно системно изучить все нормы различных законов, которые имеют или могут иметь отношение к данной сделке, а также необходимо учитывать риск толкования нормативных актов. Кроме того, всегда нужно проверять правоспособность заемщика. Необходимо тщательно ознакомиться с его учредительными документами.

Вексель. В случаях, когда в соответствии с соглашением сторон заемщиком выдан вексель, удостоверяющий ничем не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель) либо иного указанного в векселе плательщика (переводной вексель) выплатить по наступлении предусмотренного векселем срока полученные займы денежные суммы, отношения сторон по векселю регулируются законом о переводном и простом векселе.

С момента выдачи векселя правила ГК РФ могут применяться к этим отношениям постольку, поскольку они не противоречат закону о переводном и простом векселе (статья 815 ГК РФ). Назначение состоит в оформлении факта отсрочки исполнения денежного обязательства (факта оказания кредита приобретателем векселя).

Именно поэтому он используется как средство, с помощью которого осуществляется кредитование заемщика. Вексельный кредит - это форма кредитования.

В случае с простым векселем кредит оказывается приобретателем векселедателя. С помощью векселя оформляется кредит. В этом состоит назначение простого векселя.

Назначение переводного векселя состоит в оформлении двух кредитов и факта перевода векселедателем собственного долга перед ремитентом на плательщика. Плательщик согласится (акцептует) с переводом на него долга векселедателя в

зависимости от состояния других правоотношений, которые послужили основанием для выставления переводного векселя.

В информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 июля 1997 г. N 18 "Обзор практики разрешения споров, связанных с использованием векселя в хозяйственном обороте", в частности (п. 18) сказано, что лицо, которому векселедателем простого векселя поручено производить платеж, не является обязанным по векселю. В соответствии с договором организация-векселедатель простого векселя поручила обслуживающему ее банку производить платежи по выданным ею векселям за счет средств на ее расчетном счете. В векселя вносилась запись о том, что платеж должен быть произведен в банке по месту нахождения расчетного счета векселедателя. При наступлении срока платежа векселедержатель обратился в указанный банк с требованием об оплате векселя. Банк в оплате отказал в связи с отсутствием средств на расчетном счете векселедателя. По требованию векселедержателя был совершен протест векселя в неплатеже. Векселедержатель обратился в арбитражный суд с иском к банку, которому было поручено производить платежи, о взыскании вексельного долга, а также процентов, пеней и издержек по протесту в соответствии со статьей 48 Положения о переводном и простом векселе. Арбитражный суд исковые требования удовлетворил, поскольку обязанность банка платить по векселю вытекает из указаний в векселе о том, что платеж производится данным банком и факт отказа банка оплатить вексель документально подтвержден. По мнению суда, данное решение вынесено с нарушением норм материального права. Указанное векселедателем лицо, на которое он возлагает обязанность платить по векселю, не является лицом, несущим в силу статьи 47 Положения ответственность за оплату векселя перед векселедержателем. Таковую ответственность несет сам векселедатель, назначивший уполномоченное лицо для платежа. Исходя из изложенного постановлением кассационной инстанции решение было отменено и в иске отказано.

Следует иметь в виду, что банки используют различные схемы использования векселя в кредитовании своих клиентов. Один из способов кредитования - вексельный кредит.

Облигация. В случаях, предусмотренных законом или иными правовыми актами, договор займа может быть заключен путем выпуска и продажи облигаций.

Облигацией признается ценная бумага, удостоверяющая право ее держателя на получение от лица, выпустившего облигацию, в предусмотренный ею срок номинальной стоимости облигации или иного имущественного эквивалента. Облигация предоставляет ее держателю также право на получение фиксированного в ней процента от номинальной стоимости облигации либо иные имущественные права.

К отношениям между лицом, выпустившим облигацию, и ее держателем правила займа применяются постольку, поскольку иное не предусмотрено законом или в установленном им порядке (статья 816 ГК РФ).

4). Обеспечение возвратности кредита

Обеспечение кредитов, в той или иной мере, регулируется нормами банковского и гражданского права.

В статье 33 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" сказано, что

"кредиты, предоставляемые банком, могут обеспечиваться залогом недвижимого и движимого имущества, в том числе государственных и иных ценных бумаг, банковскими гарантиями и иными способами, предусмотренными федеральными законами или договором. При нарушении заемщиком обязательств по договору банк вправе досрочно взыскивать предоставленные кредиты и начисленные по ним проценты, если это предусмотрено договором, а также обращать взыскание на заложенное имущество в порядке, установленном федеральным законом".

ГК РФ предусматривает различные способы обеспечения кредитов.

В статье 329 ГК РФ предусматриваются, что исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором. Все эти способы обеспечения исполнения обязательств имеют свои особенности, которые нужно учитывать применительно к конкретной ситуации. Чаще всего в практике используется неустойка, залог, поручительство и банковская гарантия.

Кредитные организации практикуют создание различных способов обеспечения кредита и защиты своих интересов (отступное, прощение долга, новация).

Общие моменты, характеризующие выбор того или иного способа обеспечения возврата кредита состоят в том, что необходимо тщательно проанализировать законодательство, учесть правовые риски и обратить внимание на правовой статус заемщика или третьего лица, предоставляющего обеспечение кредита.

Неустойка. Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков. Соглашение о неустойке должно иметь письменную форму.

Неустойка может быть уменьшена судом в случае признания ее несоразмерной. Правомерность такой возможности подтверждена Конституционным судом Российской Федерации, который указал, что "в соответствии со статьей 330 ГК Российской Федерации неустойкой признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности просрочки исполнения. Согласно статье 333 ГК Российской Федерации, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку (часть первая); при этом правила о возможности уменьшения неустойки не затрагивают права кредитора на возмещение убытков (часть вторая). Таким образом, гражданское законодательство предусматривает неустойку в качестве способа обеспечения исполнения обязательств и меры имущественной ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение, а право снижения размера неустойки предоставлено суду в целях устранения явной ее несоразмерности последствиям нарушения обязательств".

Залог. Соглашение о залоге регулируется ГК РФ и Федеральным законом "О залоге".

Залог, как способ обеспечения исполнения обязательств имеет определенные преимущества и недостатки. Один из них заключается в том, что не любое имущество может стать предметом залога. Причем запреты содержаться в нормативных актах,

которые имеют различную отраслевую принадлежность. К примеру, в статье 51 Основ законодательства Российской Федерации о культуре сказано, что "культурные ценности, хранящиеся в государственных и муниципальных музеях, картинных галереях, библиотеках, архивах и других государственных организациях культуры, не могут быть использованы в качестве обеспечения кредита или сданы под залог".

Нужно учитывать и особенности организационно-правовой формы юридического лица имущество, которого является предметом залога. В частности, эта касается обществ с ограниченной и дополнительной ответственностью, акционерных обществ закрытого типа. Здесь существенное значение имеет право преимущественной покупки долей, акций. Оно осложняет применение залога для обеспечения возврата кредита. Специфику имеют и государственные, муниципальные унитарные предприятия.

Учредители хозяйственных обществ и товариществ имеют обязательственные права и поэтому в залог могут отдаваться только они, а не доля имущества.

Каждый предмет залога имеет специфику. К примеру, правовой режим использования товаров в обороте и недвижимости, различен.

Если предметом залога становится недвижимость, то надо учитывать требования Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)". В статье 19 указанного закона предусматривается, что ипотека подлежит государственной регистрации учреждениями юстиции в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в порядке, установленном федеральным законом о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Здесь надо учитывать так же и нормы Федерального закона от 21 июля 1997 г. "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним".

Таким образом, применяя этот способ обеспечения кредита нужно учесть все положительные и отрицательные моменты. Целесообразность его применения зависит от конкретной ситуации. Немаловажное значение здесь имеют такие факторы как стоимость и ликвидность залога, сумма, сроки и проценты по ссуде, а также экономическое содержание кредита, и оценка возникающих рисков. Немаловажно и то, что в ряде случаев предмет залога нуждается в хранении, что связано с разными издержками.

Во всех случаях необходимо тщательно изучать устав организации. При этом необходимо учитывать требование законодательства об акционерных обществах, в частности в отношении правомочий совершать крупные сделки, которые в одних случаях (сделка крупная, если составляет от 25 до 50% балансовых активов на дату ее совершения), а в других (если сделка составляет более 50% балансовых активов) требуют согласия совета директоров залогодателя).

В уставе общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью может быть закреплена невозможность отчуждения доли третьим лицам, в данном случае - кредитной организации. Там же могут быть и некоторые другие ограничения, которые делают залог права требования невыгодным для кредитной организации.

Отрицательные моменты этого способа обеспечения кредитов сводятся главным образом к трудностям реализации залога (статьи 349-350 ГК РФ).

Не могут быть предметом залога предметы, указанные в перечне видов имущества граждан, на которые не может быть обращено взыскание по исполнительным документам.

Согласно Гражданскому кодексу РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 г. имущество, содержащееся в перечне, предусмотренном в Приложении N 1 к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР, не может быть предметом залога (см. также Закон РФ от 29 мая 1992 г. "О залоге").

Нужно учитывать, что в статье 49 Федерального закона от 21 июля 1997 г. "Об исполнительном производстве" предусматривается, что на заложенное имущество может быть обращено взыскание при недостаточности у должника иного имущества для полного удовлетворения предъявленных ему требований, не обеспеченных залогом, с соблюдением установленных гражданским законодательством прав залогодержателя. Залогодержатель, оставивший за собой заложенное имущество, обязан удовлетворить требования кредиторов, пользующиеся преимуществом перед его требованием, из стоимости заложенного имущества в размере, не превышающем стоимости этого имущества. Это еще один момент, который повышает риск обеспечения кредита залогом.

Согласно ГК РФ обеспеченные залогом требования удовлетворяются в третью очередь. Это означает, что при ликвидации юридического лица кредиторы не могут обратить взыскание на заложенное имущество до полного удовлетворения требований первой и второй очередей. В Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ N 6/8 в п. 25 этот вопрос разъясняется следующим образом: "При рассмотрении дел о несостоятельности (банкротстве) юридических лиц следует исходить из того, что имущество должника, признанного судом несостоятельным (банкротом), которое являлось предметом залога, подлежит включению в общую конкурсную массу имущества, а требования кредитора-залогодержателя удовлетворяются за счет всего имущества должника, оставшегося после удовлетворения требований кредиторов двух первых очередей, в том числе не являющегося предметом залога".

Оценка залога. Оценка залога производится по правилам установленным Федеральным законом от 29 июля 1998 г. "Об оценочной деятельности в Российской Федерации".

Этот закон формулирует понятие оценочной деятельности. В статье предусматривает, что для целей указанного Федерального закона под оценочной деятельностью понимается деятельность субъектов оценочной деятельности, направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости. При этом под рыночной стоимостью объекта оценки понимается наиболее вероятная цена, по которой данный объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях конкуренции, когда стороны сделки действуют разумно, располагая всей необходимой информацией, а на величине цены сделки не отражаются какие-либо чрезвычайные обстоятельства. Наряду с этим существенно, что одна из сторон сделки не обязана отчуждать объект оценки, а другая сторона не обязана принимать исполнение; стороны сделки хорошо осведомлены о предмете сделки и действуют в своих интересах; объект оценки представлен на открытый рынок в форме публичной оферты; цена сделки представляет собой разумное вознаграждение за объект оценки и принуждения к совершению сделки в отношении сторон сделки с чьей-либо стороны не было; платеж за объект оценки выражен в денежной форме.

Согласно статьи 5 Федеральным законом от 29 июля 1998 г. "Об оценочной деятельности в Российской Федерации" к объектам оценки относятся: отдельные материальные объекты (вещи); совокупность вещей, составляющих имущество лица, в

том числе имущество определенного вида (движимое или недвижимое, в том числе предприятия); право собственности и иные вещные права на имущество или отдельные вещи из состава имущества; права требования, обязательства (долги); работы, услуги, информация; иные объекты гражданских прав, в отношении которых законодательством Российской Федерации установлена возможность их участия в гражданском обороте.

Этот же закон предусматривает, что в случае, если в нормативном правовом акте, содержащем требование обязательного проведения оценки какого-либо объекта оценки, либо в договоре об оценке объекта оценки (далее - договор) не определен конкретный вид стоимости объекта оценки, установлению подлежит рыночная стоимость данного объекта.

Указанное правило подлежит применению и в случае использования в нормативном правовом акте не предусмотренных настоящим Федеральным законом или стандартами оценки терминов, определяющих вид стоимости объекта оценки, в том числе терминов "действительная стоимость", "разумная стоимость", "эквивалентная стоимость", "реальная стоимость" и других.

Закон предусматривает случаи, когда проведение оценки объектов является обязательным. В частности это касается ипотечного кредитования физических лиц и юридических лиц в случаях возникновения споров о величине стоимости предмета ипотеки.

Разработка и утверждение стандартов оценки, обязательных к применению субъектами оценочной деятельности - компетенция Правительства Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации. Оценочная деятельность относится к числу лицензируемой.

Удержание имущества должника. В отношении реализации этого вида обеспечения кредита применяется тот же порядок, что и в отношении залога.

Поручительство. Договор поручительства - это соглашение между кредитором и поручителем. Это односторонне-обязывающий, консенсуальный и безвозмездный договор.

Содержанием договора является обязанность поручителя перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части.

Этот договор может быть заключен также для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. Он должен иметь письменную форму, несоблюдение которой влечет недействительность договора поручительства.

В случае неисполнения 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 этом поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства. Совместно поручившиеся лица отвечают перед кредитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства. Этот договор нужно не смешивать с разного рода рекомендательными письмами, справками о платежеспособности и другими аналогичными документами, которые не содержат соглашения между кредитором и поручителем, то есть не являются

поручительством. Формулировки договора должны точно соответствовать его существу. Положения, касающиеся правоспособности поручителей и полномочия на совершения крупных сделок должны проверяться на соответствие требованиям закона применительно к правовому статусу организации и ее уставу.

5). Ответственность сторон по кредитному договору

Ответственность сторон по кредитному договору предусмотрена гражданским и банковским законодательством.

При заключении договора, стороны предусматривают меры ответственности на случай его неисполнения, руководствуясь нормами гражданского права.

Кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок. Поскольку в ГК РФ сказано, что такие обстоятельства должны быть очевидными, то, следовательно, должны быть прямые доказательства, свидетельствующие о том, что сумма не будет возвращена в срок, предусмотренный договором.

В отношении кредита действует общее правило займа, что если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, займодавец вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с причитающимися процентами.

При невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, займодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором.

В случае если заемщик не выполняет условия договора займа о целевом использовании суммы займа, а также при нарушении обязанностей заемщиком обеспечения возможностей осуществления контроля займодавцем, последний вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором.

В Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" имеются нормы, адресованные кредитной организации. В статье 34 этого закона сказано, что кредитная организация обязана предпринять все предусмотренные законодательством Российской Федерации меры для взыскания задолженности.

Кредитная организация вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о возбуждении производства по делу о несостоятельности (банкротстве) в отношении должников, не исполняющих свои обязательства по погашению задолженности, в установленном федеральными законами порядке.

6). Регулирование Банком России операций по предоставлению (размещению) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)

Банковская операция по размещению кредитными организациями денежных средств регулируется нормативными актами Банка России. В Положении Банка России от 31

августа 1998 г. N 54-П "О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)" (в ред. Положения, утв. ЦБ РФ 27.07.2001 144-П)) (далее - Положение). Правда, Положение предусматривает порядок размещения денежных средств, применительно к банковскому кредиту, и оно не распространяется на другие банковские операции по размещению денежных средств. В частности, оно не распространяет свое действие на операции с драгоценными металлами и операции с ценными бумагами.

В Положении указаны пределы его действия. Оно не касается правоотношений между Банком России и банками по размещению денежных средств. Эти правоотношения регламентируются законодательством Российской Федерации и соответствующими нормативными актами Банка России. Оно не регулирует также и правоотношения по открытию и ведению банковских счетов клиентов банков. Положение не регламентирует операции по предоставлению (размещению) банками средств, осуществляемые с использованием банковских пластиковых карт банка, а также операции банка по размещению средств банка в ценные бумаги (облигации, депозитные сертификаты, векселя и другие долговые обязательства эмитентов). Эти операции регламентируются законодательством Российской Федерации и соответствующими нормативными актами Банка России.

В нем закреплен порядок осуществления операций по предоставлению (размещению) банками денежных средств юридическим и физическим лицам независимо от того, имеют они или не имеют расчетные, текущие, депозитные, корреспондентские счета в данном банке, и возврату (погашению) клиентами банков полученных денежных средств, а также бухгалтерский учет указанных операций.

По сути, это регулирование технологии проведения одной из основных банковских операций - банковского кредитования.

В Положении отмечается, что до принятия банком решения о целесообразности предоставления денежных средств клиенту банку-кредитору следует тщательно изучить все представленные заемщиком документы (копии учредительных документов, бухгалтерскую, статистическую и финансовую отчетность (баланс и приложения к нему, расшифровки отдельных показателей деятельности); бизнес-план, планы маркетинга, производства и управления, прогноз денежных потоков заемщика с его контрагентами на период погашения предоставленных денежных средств (график поступлений и платежей клиента-заемщика); технико-экономическое обоснование, характеризующее сроки окупаемости и уровень рентабельности кредитуемой сделки), а также провести проверку достоверности кредитуемых сделок, изучить кредитную историю клиента-заемщика, проанализировать вопрос о наличии или отсутствии задолженности по обязательствам клиента-заемщика, в том числе просроченной, проверить полномочия должностных лиц клиента-заемщика, подписывающих договор на предоставление денежных средств, проверить наличие и качество обеспечения (залога, банковской гарантии, поручительства, страхового полиса и др.), оценить полученную информацию.

Если клиент-заемщик не обслуживается в потенциальном банке-кредиторе (т.е. не имеет в нем корреспондентского, расчетного, текущего счета), то кроме указанных выше документов и информации, от него следует получить карточку образцов подписей лиц, уполномоченных подписывать соответствующие договоры/соглашения с банком и распоряжаться денежными средствами организации-заемщика.

В Положении, в частности, сказано, что до принятия решения о целесообразности

предоставления денежных средств следует организовывать и проводить встречи-интервью с потенциальным заемщиком банка. Такие интервью с клиентом-заемщиком следует проводить на регулярной основе и в дальнейшем в течение срока действия договора.

В Положении сказано, что решение о предоставлении денежных средств рекомендуется принимать на основе анализа финансового состояния заемщика; уровня его кредитной платежеспособности; качества и ликвидности предлагаемого заемщиком обеспечения; расчета достаточности предоставленного обеспечения по размещаемым денежным средствам с учетом причитающихся процентов и возможных издержек банка-кредитора по получению исполнения; оценки рисков, связанных с кредитованием конкретного клиента (особенно при предоставлении бланковых кредитов), в том числе анализа кредитного риска, валютного риска (при предоставлении денежных средств в иностранной валюте), отраслевого риска (анализируется состояние отрасли, к которой относится заемщик) и других рисков. После принятия решения о предоставлении денежных средств уполномоченными специалистами банка-кредитора производится подготовка текста договора.

В Положении говорится, что оформление сделки по предоставлению денежных средств осуществляется путем заключения между банком и клиентом банка соответствующего договора (генерального кредитного договора/соглашения, кредитного договора/соглашения, депозитного договора, договора займа, договора банковского счета, другого договора на размещение средств, составленного с учетом требований Гражданского кодекса Российской Федерации). В договоре/соглашении определяются основные условия предоставления и возврата (погашения) размещаемых банком денежных средств. При этом в кредитном договоре могут быть определены цели, на которые предоставляется кредит.

Все документы, представленные клиентом-заемщиком, получаемые банком-кредитором ответы на запросы банка-кредитора, а также документы, подтверждающие факт размещения (предоставления) денежных средств, в том числе договор/соглашение, дополнительные соглашения к нему, договоры залога и другие договоры и копии распоряжений, хранятся в досье клиента-заемщика, ведущемся банком-кредитором.

Документом, свидетельствующим о факте предоставления денежных средств клиенту, является выписка по корреспондентскому, расчетному, текущему счету клиента, а также ссудному или межбанковскому депозитному счету либо счету по учету прочих размещенных средств.

Банк определяет порядок формирования досье клиентов-заемщиков и организует их хранение в течение не менее 5 лет, а по истечении установленных сроков хранения передает их в архив, где досье клиентов хранятся в установленном порядке. Указанная работа осуществляется под руководством главного бухгалтера и руководителя соответствующего подразделения банка, в компетенцию которого входит размещение средств у клиентов.

В качестве одного из условий кредитного договора следует предусматривать право банка расторгнуть кредитный договор досрочно в случае нарушения клиентом-заемщиком предусмотренных кредитным договором обязательств. Клиенту-заемщику также может быть договором предоставлено право в силу обоснованных причин не использовать кредит (кредитную линию) полностью или частично. Первоначально согласованная величина кредита (кредитной линии) в

последующем может быть также скорректирована сторонами (указанное условие следует предусматривать в кредитном договоре).

В соответствии с условиями заключенного договора/соглашения банк производит размещение денежных средств у клиентов банка. При этом открытие соответствующих ссудных и межбанковских депозитных счетов, счетов по учету прочих размещенных средств сопровождается уведомлением налоговых органов в установленном порядке.

В качестве одного из примеров размещения (предоставления) денежных средств на синдицированной (консорциальной) основе может рассматриваться участие банка в объединении (консорциуме) нескольких банков для предоставления крупного кредита одному клиенту-заемщику на основании соглашения между банками-кредиторами о предоставлении кредита на синдицированной (консорциальной) основе клиенту-заемщику и соответствующих кредитных договоров, заключаемых каждым из этих банков-кредиторов с клиентом-заемщиком.

Как сказано в Положении, уполномоченному подразделению банка следует организовать ежедневный контроль за сроками погашения (возврата) клиентами-заемщиками предоставленных им денежных средств и уплатой процентов по ним, в том числе за состоянием просроченной задолженности по кредитам клиентов-заемщиков, и предпринимать необходимые меры к ее погашению.

Положение предусматривает, что "под размещением (предоставлением) банком денежных средств понимается заключение между банком и клиентом банка договора, составленного с учетом требований Гражданского кодекса Российской Федерации". В соответствии со статьей 1 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" банк передает денежные средства на условиях платности, срочности и возвратности, а клиент банка осуществляет возврат полученных денежных средств в соответствии с условиями договора".

Заметим, что указывая понятие размещения денежных средств таким образом Положение имеет ввиду сделку между кредитной организацией и ее клиентом, как основание регулируемого им порядка осуществления банковской операции. Но оно не регулирует сделку как таковую, а только регулирует технологию деятельности кредитной организации по размещению денежных средств, то есть банковскую операцию.

Размещение (предоставление) денежных средств может осуществляться как в национальной валюте Российской Федерации, так и иностранных валютах с соблюдением требований действующего законодательства.

Банк обязан разрабатывать и утверждать соответствующие внутренние документы, определяющие его политику по размещению (предоставлению) средств, а также учетную политику и подходы к ее реализации. Он должен разработать и утвердить следующие документы: а) документы определяющие процедуры принятия решений по размещению банком денежных средств; б) документы определяющие распределение функций и полномочий между подразделениями и должностными лицами банка, б) документы включающие внутренние правила размещения средств, в том числе правила кредитования клиентов банка. Их содержание не должно противоречить действующему законодательству Российской Федерации, нормативным актам Банка России и Положению.

Еще один момент, на который надо обратить внимание при принятии решения кредитной организацией о выдаче кредита - это требования Банка России в отношении

так называемого связанного кредитования.

В Письме Банка России Письмо Банка России от 17 января 2005 г. N 2-Т "О совершении сделок со связанными с банком лицами и оценке рисков, возникающих при их совершении" все-таки, наряду с банковскими нормами, содержатся и нормы гражданского права, что на наш взгляд, недопустимо.

Видимо, такие вопросы важны, но решать их нужно не нормативными актами Банка России, а федеральным законом. Ведь согласно нормам ГК РФ к компетенции общего собрания акционеров (участников) или совета директоров (наблюдательного совета) общества, применительно к кредитным договорам банков, относятся только вопросы одобрения крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность.

Что же касается других вопросов, то они могут быть отнесены к ведению совета директоров (наблюдательного совета) за счет ограничения компетенции исполнительного органа, но только, в допустимых законом пределах. А Банк России не вправе устанавливать нормы гражданского права, в том числе - регулировать компетенцию общего собрания акционеров/участников, совета директоров кредитной организации. Здесь тоже, как мы видим, помимо прочего, происходит смешение банковского и гражданского правоотношений.

Существенный элемент банковской операции по размещению денежных средств, - управление рисками и создание резервов. В Инструкции Банка России от 16 января 2004 г. N 110-И "Об обязательных нормативах банков" (с изменениями) предусматривается ряд нормативов, которые призваны ограничить кредитные риски. Нормативы рассчитываются по формулам, которые приводятся в этом же нормативном акте.

В соответствии с нормами, предусмотренными в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" (ст. 24), в целях обеспечения финансовой надежности кредитная организация обязана создавать резервы (фонды), в том числе под обеспечение ценных бумаг, порядок формирования и использования которых устанавливается Банком России. Минимальные размеры резервов (фондов) устанавливаются Банком России. Размеры отчислений в резервы (фонды) из прибыли до налогообложения устанавливаются федеральными законами о налогах.

Кредитная организация обязана осуществлять классификацию активов, выделяя сомнительные и безнадежные долги, и создавать резервы (фонды) на покрытие возможных убытков в порядке, устанавливаемом Банком России.

Кредитная организация обязана соблюдать обязательные нормативы, устанавливаемые в соответствии с Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)", численные значения которых устанавливаются Банком России в соответствии с Федеральным законом.

Кредитная организация обязана организовывать внутренний контроль, обеспечивающий надлежащий уровень надежности, соответствующей характеру и масштабам проводимых операций.

7). Создание резервов на возможные потери по ссудам, ссудной и приравненной к ней задолженности

Предусмотренный Федеральным законом порядок создания резервов по ссудам регулируется Положением Банка России от 26 марта 2004 г. N 254-П "О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности" (в ред. Указания Банка России РФ от 20.03.2006 N 1671-У) (далее - Положение).

Это Положение устанавливает порядок формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности (далее - ссуды), к которым относятся денежные требования и требования, вытекающие из сделок с финансовыми инструментами. Перечень их приведен в приложении 1 к данному Положению.

Кроме того, в Положении предусматриваются особенности осуществления Банком России надзора за соблюдением кредитными организациями порядка формирования резервов на возможные потери по ссудам.

Банки вправе, кроме резервов по сомнительным долгам, предусмотренных статьей 266 НК РФ, создавать резерв на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности (включая задолженность по межбанковским кредитам и депозитам).

Суммы отчислений в резервы на возможные потери по ссудам, сформированные в таком порядке, в соответствии с Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)", признаются расходом с учетом ограничений, предусмотренных этой же статьей. Соответственно и в НК есть статья 292 "Расходы на формирование резервов банков".

При определении налоговой базы не учитываются расходы в виде отчислений в резервы на возможные потери по ссудам, сформированные банками под задолженность, относимую к стандартной, в порядке, устанавливаемом Центральным банком Российской Федерации, а также в резервы на возможные потери по ссудам, сформированные под векселя, за исключением учтенных банками векселей третьих лиц, по которым вынесен протест в неплатеже.

Суммы отчислений в резерв на возможные потери по ссудам, сформированные с учетом положений пункта 1 настоящей статьи, включаются в состав внереализационных расходов в течение отчетного (налогового) периода.

Суммы резервов на возможные потери по ссудам, отнесенные на расходы банка и не полностью использованные банком в отчетном (налоговом) периоде на покрытие убытков по безнадежной задолженности по ссудам и задолженности, приравненной к ссудной, могут быть перенесены на следующий отчетный (налоговый) период. При этом сумма вновь создаваемого резерва должна быть скорректирована на сумму остатков резерва предыдущего отчетного (налогового) периода. В случае, если сумма вновь создаваемого в отчетном (налоговом) периоде резерва меньше, чем сумма остатка резерва предыдущего отчетного (налогового) периода, разница подлежит включению в состав внереализационных доходов банка в последний день отчетного (налогового) периода. В случае, если сумма вновь создаваемого резерва больше, чем сумма остатка резерва предыдущего отчетного (налогового) периода, разница подлежит включению во внереализационные расходы банков в последний день отчетного (налогового) периода.

Положение содержит ряд изменений, отличающих его от ранее действовавшей Инструкции N 62а. К наиболее существенным относятся следующие:

1) расширен перечень ссуд, ссудной и приравненной к ней задолженности, возможные потери по которым являются объектом формирования резервов.

В перечень ссуд включены требования кредитной организации по приобретенным по сделке (уступка требования) правам (требованиям); по приобретенным на вторичном рынке залладным. В этот же перечень входят требования по сделкам продажи (покупки) финансовых активов с отсрочкой платежа (поставки финансовых активов); по оплаченным аккредитивам (в части непокрытых экспортных и импортных аккредитивов). Туда же включены требования к контрагенту по возврату денежных средств по второй части сделки по приобретению ценных бумаг или иных финансовых активов с обязательством их обратного отчуждения в случае, если ценные бумаги, являющиеся предметом указанной сделки, являются некотируемыми в соответствии с нормативными актами Банка России (не обращаются на организованном рынке); по операциям финансовой аренды (лизинга);

2) устанавливаются пять классификационных категорий качества

3) устанавливается требование об оценке кредитного риска по выданным ссудам на постоянной основе;

4) устанавливаются рамочные требования к внутренним документам кредитной организации по вопросам классификации ссуд и формирования резерва;

5) устанавливаются "вилочные" нормы отчислений в резерв, что позволяет кредитным организациям более точно оценивать потери по ссудам;

6) предусмотрено, что по ссудам, отнесенным к первой категории качества (стандартные ссуды), резерв в обязательном порядке не формируется;

7) в качестве основного при оценке качества ссуд и определении размера резервов предусмотрен подход, базирующийся на профессиональном суждении.

Предусматривается, что профессиональное суждение выносится по результатам комплексного и объективного анализа деятельности заемщика, с учетом его финансового положения, качества обслуживания заемщиком долга по ссуде, а также всей имеющейся в распоряжении кредитной организации информации об иных аспектах деятельности заемщика;

8) приводится (в качестве рекомендации) перечень источников информации, которые кредитная организация может использовать для анализа финансового положения заемщика в момент выдачи ссуды и в течение периода ее нахождения на балансе;

9) устанавливается перечень ссуд, по которым в первую очередь осуществляется контроль за правильностью их оценки и определения размера резервов в рамках системы внутреннего контроля;

10) устанавливается перечень ссуд, которые не могут быть классифицированы лучше, чем во II и III категории качества;

11) определяются рамочные требования к формированию резервов по портфелю (портфелям) однородных ссуд;

12) вводятся понятия I и II категории качества обеспечения ссуд, используемые в целях формирования резервов, определяется перечень видов обеспечения, которые могут быть отнесены к обеспечению I и II категорий качества, и устанавливается порядок формирования резерва по ссудам с учетом указанного обеспечения;

13) несколько упрощается порядок списания нереальных для взыскания ссуд, особенно небольших, а также объединенных в портфель однородных ссуд, за счет сформированного резерва;

В целях определения размера расчетного резерва в связи с действием факторов кредитного риска ссуды классифицируются на основании профессионального суждения в одну из пяти категорий качества:

I (высшая) категория качества (стандартные ссуды) - отсутствие кредитного риска (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде равна нулю);

II категория качества (нестандартные ссуды) - умеренный кредитный риск (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде обуславливает ее обесценение в размере от одного до 20 процентов);

III категория качества (сомнительные ссуды) - значительный кредитный риск (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде обуславливает ее обесценение в размере от 21 до 50 процентов);

IV категория качества (проблемные ссуды) - высокий кредитный риск (вероятность финансовых потерь вследствие неисполнения либо ненадлежащего исполнения заемщиком обязательств по ссуде обуславливает ее обесценение в размере от 51 процента до 100 процентов);

V (низшая) категория качества (безнадежные ссуды) - отсутствует вероятность возврата ссуды в силу неспособности или отказа заемщика выполнять обязательства по ссуде, что обуславливает полное (в размере 100 процентов) обесценение ссуды.

Ссуды, отнесенные ко II-V категориям качества, являются обесцененными.

Резерв формируется в пределах суммы основного долга (балансовой стоимости ссуды). В сумму основного долга не включаются: обусловленные законом, обычаями делового оборота или договором платежи в виде процентов за пользование ссудой, комиссионные, неустойки, а также иные платежи в пользу кредитной организации, вытекающие из договора (далее - проценты по ссуде).

Резерв формируется в валюте Российской Федерации независимо от валюты ссуды.

Требования настоящего Положения не распространяются на:

- финансовые активы, отражаемые в бухгалтерском учете по рыночной стоимости, по которым осуществляется переоценка в соответствии с нормативными актами Банка России;

- финансовые активы, являющиеся элементами расчетной базы в соответствии с Положением Банка России от 9 июля 2003 года N 232-П "О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери". Предусмотрен также порядок формирования резерва применительно к резидентам оффшорных зон.

В Налоговом кодексе Российской Федерации имеется статья 292 "Расходы на формирование резервов банков". В ней предусматривается, что банки вправе, кроме резервов по сомнительным долгам, предусмотренных статьей 266 Кодекса, создавать резерв на возможные потери по ссудам по ссудной и приравненной к ней задолженности (включая задолженность по межбанковским кредитам и депозитам).

Суммы отчислений в резервы на возможные потери по ссудам, сформированные в порядке, устанавливаемом Центральным банком Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)", признаются расходом с учетом ограничений, предусмотренных в этой статье НК РФ.

При определении налоговой базы не учитываются расходы в виде отчислений в резервы на возможные потери по ссудам, сформированные банками под задолженность, относимую к стандартной, в порядке, устанавливаемом Центральным банком Российской Федерации, а также в резервы на возможные потери по ссудам, сформированные под векселя, за исключением учтенных банками векселей третьих лиц, по которым вынесен протест в неплатеже.

Суммы отчислений в резерв на возможные потери по ссудам, включаются в состав внереализационных расходов в течение отчетного (налогового) периода.

Суммы резервов на возможные потери по ссудам, отнесенные на расходы банка и не полностью использованные банком в отчетном (налоговом) периоде на покрытие убытков по безнадежной задолженности по ссудам и задолженности, приравненной к ссудной, могут быть перенесены на следующий отчетный (налоговый) период. При этом сумма вновь создаваемого резерва должна быть скорректирована на сумму остатков резерва предыдущего отчетного (налогового) периода. В случае если сумма вновь создаваемого в отчетном (налоговом) периоде резерва меньше, чем сумма остатка резерва предыдущего отчетного (налогового) периода, разница подлежит включению в состав внереализационных доходов банка в последний день отчетного (налогового) периода. В случае если сумма вновь создаваемого резерва больше, чем сумма остатка резерва предыдущего отчетного (налогового) периода, разница подлежит включению во внереализационные расходы банков в последний день отчетного (налогового) периода.

3. Открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц

1). Понятие банковского счета. Виды банковских счетов

Надо различать внутренние счета кредитных организаций, которые используются для целей бухгалтерского учета и банковские счета.

Разница в том, что банковский счет открывается по заявлению и на основании договора с клиентом кредитной организации. Этим счетом распоряжается клиент. По нему проводятся банковские операции в соответствии с его распоряжениями.

Закрывается такой счет тоже по заявлению клиента.

В отличие от этого, внутренние банковские счета предусмотрены Планом счетов бухгалтерского учета в кредитных организациях. Ими распоряжается только кредитная организация. Они нужны для бухгалтерского учета и финансового анализа банковских операций, которые проводит кредитная организация.

Например, расчетный счет - это банковский счет. А ссудный счет - это внутренний банковский счет. На нем учитывается ссуда, выданная клиенту кредитной организации. По расчетному счету, на который зачислена сумма выдаваемого кредита, клиент может распорядиться, чтобы деньги были перечислены на другой банковский счет в другую кредитную организацию с тем, чтобы там уже они были зачислены на расчетный счет его контрагента. А по самому ссудному счету, на котором кредитная организация учитывает выданную ему ссуду, и, по которому она сделала соответствующую

бухгалтерскую проводку, из которой видно, что она зачислила ему ссуду на его расчетный счет, он распорядиться не может. Это бухгалтерский счет.

Банковское право предусматривает и такие операции, которые могут проводиться без открытия счета. Физические лица могут переводить деньги (за исключением почтовых переводов) через банки и при этом не открывать банковские счета. (П. 9 ст. 5) Федерального закона "О банках и банковской деятельности". Но это исключение из общего правила.

Норма, закрепленная в ч. 2 ст. 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности", предусматривает, что открытие кредитными организациями банковских счетов индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, за исключением органов государственной власти, органов местного самоуправления, осуществляется на основании свидетельств о государственной регистрации физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей, свидетельств о государственной регистрации юридических лиц, а также свидетельств о постановке на учет в налоговом органе.

В настоящее время все эти вопросы регулируются Инструкцией Банка России от 14.09.2006 N 28-И "Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам)".

2). Виды банковских счетов

В соответствии с нормами Главы 2, Инструкции Банка России от 14.09.2006 N 28-И. Инструкцией Банка России от 14.09.2006 N 28-И "Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам)"

Банки открывают в валюте Российской Федерации и иностранных валютах следующие виды банковских счетов:

- текущие счета;
- расчетные счета;
- бюджетные счета;
- корреспондентские счета;
- корреспондентские субсчета;
- счета доверительного управления;
- специальные банковские счета;
- депозитные счета судов, подразделений службы судебных приставов, правоохранительных органов, нотариусов;
- счета по вкладам (депозитам).

В этой Инструкции подробно регламентируются все эти банковские счета.

1. Договор банковского счета

Договор банковского счета регулируется нормами Главы 45 ГК РФ (Ст. 845-860).

Это консенсуальный, двусторонний, возмездный и публичный договор.

Консенсуальный характер договора банковского счета означает, что он считается заключенным с момента подписания его сторонами.

Кредитная организация обязана выполнять распоряжения клиента и должен предоставить клиенту возможность беспрепятственного распоряжения денежными

средствами, находящимися на счете.

Она не имеет права контролировать направление использования денежных средств на счете или устанавливать ограничения для клиента распоряжаться ими. Исключение - арест счета (статья 858 ГК РФ, статья 27 Федерального закона "О банках и банковской деятельности").

Кредитная организация обязана совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное.

Она обязана зачислять поступившие на счет клиента денежные средства не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета.

Кредитная организация обязана по распоряжению клиента выдавать или перечислять со счета денежные средства клиента не позже дня, следующего за днем поступления в банк соответствующего платежного документа, если иные сроки не предусмотрены законом, изданными в соответствии с ним банковскими правилами или договором банковского счета.

В случаях, когда в соответствии с договором банковского счета банк осуществляет платежи со счета несмотря на отсутствие денежных средств (кредитование счета), банк считается предоставившим клиенту кредит на соответствующую сумму со дня осуществления такого платежа. Связанные с этим права и обязанности сторон, определяются правилами о займе и кредите (глава 42 ГК РФ), если договором банковского счета не предусмотрено иное.

В статье 858 ГК РФ предусматривается, что операции по счету приостанавливаются лишь в случаях прямо предусмотренных федеральными законами. Например, Налоговым кодексом Российской Федерации.

Клиент оплачивает услуги кредитной организации по совершению операций с денежными средствами на его счете только в случае если это прямо предусмотрено договором (п. 1 ст. 851).

Клиент вправе открывать несколько счетов, в том числе одинаковых в разных кредитных организациях за исключением случаев прямо предусмотренных федеральным законом.

Статья 860 ГК РФ распространяет действие общих правил договора банковского счета на корреспондентские счета, субсчета, другие счета, если только законом, указом, правительственными постановлениями и принятыми в соответствии с ними банковскими правилами не предусматриваются исключения.

Этот договор должен быть заключен, на условиях объявленных банком, с любым клиентом. Отказ возможен только при отсутствии у банка реальной возможности принять клиента на обслуживание и в других случаях, предусмотренных федеральным законом.

В Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 апреля 1999 г. N 5 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета"

разъясняются спорные вопросы публичности этого договора. Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации дал судам следующие разъяснения: В соответствии с пунктом 1 статьи 846 Гражданского кодекса Российской Федерации при

заключении договора банковского счета клиенту открывается счет в банке на условиях, согласованных сторонами.

Однако согласно п. 5 ст. 7 Федерального закона от 7 августа 2001 г. "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" (с изменениями от 25 июля, 30 октября 2002 г., 28 июля 2004 г.) кредитным организациям запрещается:

- открывать счета (вклады) на анонимных владельцев, то есть без предоставления открывающим счет (вклад) физическим или юридическим лицом документов, необходимых для его идентификации;
- открывать счета (вклады) физическим лицам без личного присутствия лица, открывающего счет (вклад), либо его представителя;
- устанавливать и поддерживать отношения с банками-нерезидентами, не имеющими на территориях государств, в которых они зарегистрированы, постоянно действующих органов управления.

Кредитные организации обязаны предпринимать меры, направленные на предотвращение установления отношений с банками-нерезидентами, в отношении которых имеется информация, что их счета используются банками, не имеющими на территориях государств, в которых они зарегистрированы, постоянно действующих органов управления.

Кредитные организации вправе отказаться от заключения договора банковского счета (вклада) с физическим или юридическим лицом в следующих случаях:

- отсутствия по своему местонахождению юридического лица, его постоянно действующего органа управления, иного органа или лица, которые имеют право действовать от имени юридического лица без доверенности;
- непредставления физическим или юридическим лицом документов, подтверждающих указанные в настоящей статье сведения, либо представления недостоверных документов;
- наличия в отношении физического или юридического лица сведений об участии в террористической деятельности, полученных в соответствии с настоящим Федеральным законом.

Работники организаций, представляющих соответствующую информацию в уполномоченный орган, не вправе информировать об этом клиентов этих организаций или иных лиц.

Порядок представления информации в уполномоченный орган устанавливается Правительством Российской Федерации, а в отношении кредитных организаций - Центральным банком Российской Федерации.

Представление в уполномоченный орган работниками организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом, сведений и документов в отношении операций и в целях и порядке, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, не является нарушением служебной, банковской, налоговой, коммерческой тайны и тайны связи (в части информации о почтовых переводах денежных средств).

В п. 2 ст. 847 предусматривается, что клиент может письменно дать право кредитной организации распоряжение списывать денежные средства со своего счета по указанию третьего лица.

Кредитная организация не может отказать в совершении какой-либо операции по счету

(предусмотренной для данного вида счета - расчетный, текущий) если только возможность отказа в совершении данной операции заранее не была оговорена в договоре ст. 848 ГК).

Согласно части второй статьи 31 Федерального закона "О банках и банковской деятельности", и в отличие от нее статьи 849 ГК РФ - списание на следующий день после поступления платежного документа, а зачисление - на второй день после дня поступления платежного документа.

За ненадлежащее совершение операций по счету, включая несвоевременное зачисление средств на счет клиента, либо за задержку списания средств с его счета, а также за просрочку или отказ перечисления средств со счета или в их выдаче клиенту, кредитная организация несет ответственность в виде уплаты процентов, предусмотренных статьей 395 ГК РФ.

Основания списания денежных средств со счета

Списание денежных средств со счета осуществляется кредитной организацией на основании распоряжения клиента.

Без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается по решению суда, а также в случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и клиентом. (Статья 854 ГК РФ).

По вопросам списания денежных средств со счета клиента в Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 октября 1996 г. N 8 "О некоторых вопросах списания денежных средств, находящихся на счете, без распоряжения клиента" отмечается, что "Федеральным законом "О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации" (статья 4) установлено, что впредь до приведения законов и иных правовых актов, действующих на территории Российской Федерации, в соответствие с частью второй Кодекса законы и иные правовые акты Российской Федерации, а также акты законодательства Союза ССР, действующие на территории Российской Федерации в пределах и порядке, предусмотренных законодательством Российской Федерации, применяются постольку, поскольку они не противоречат части второй Кодекса.

Изданные до введения в действие части второй Кодекса нормативные акты Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и применяемые на территории Российской Федерации постановления Правительства СССР по вопросам, которые согласно части второй Кодекса могут регулироваться только федеральными законами, действуют впредь до введения в действие соответствующих законов.

Следовательно, в тех случаях, когда указанными нормативными актами, в том числе постановлениями Верховного Совета Российской Федерации, носящими нормативный характер, а также постановлениями Правительства Российской Федерации, принятыми в пределах полномочий, данных Правительству в законе либо Указе Президента Российской Федерации, установлен безакцептный порядок списания денежных средств, они подлежат применению впредь до принятия соответствующего закона по данному вопросу".

На практике возникают вопросы о порядке взыскания кредитором признанных должником сумм, когда претензионный порядок предусмотрен договором. По этой проблеме, имеется разъяснение Высшего Арбитражного Суда РФ.

В нем сказано, что в настоящее время отсутствует норма закона, предоставляющая

кредитору право списывать в бесспорном порядке признанную должником по претензии сумму, когда досудебный (претензионный) порядок урегулирования споров для определенной категории споров установлен законом или предусмотрен договором. Однако стороны, предусматривая в договоре условие о досудебном (претензионном) порядке урегулирования споров, вправе включить в договор и условие о бесспорном взыскании кредитором признанной суммы. Кроме того, о праве кредитора списать в бесспорном порядке соответствующую сумму должник может указать и в письме о признании претензии. О наличии такого условия плательщик должен сообщить в письменном виде банку, с которым у него заключен договор банковского счета. А в предъявленном в банк платежном документе, на взыскание в бесспорном порядке признанной должником суммы, должна быть сделана ссылка. Это должна быть ссылка на норму закона или пункт договора, которым взыскателю предоставлено право решения вопросов в претензионном порядке и взыскания признанных должником по претензии сумм в бесспорном порядке. К платежному документу прилагается ответ должника о признании соответствующей суммы с указанием на право кредитора списать эту сумму в бесспорном порядке (при отсутствии условия в договоре).

В том случае, когда условие о бесспорном списании признанной суммы отсутствует в договоре и в ответе на претензию, а должник признанную сумму не перечислил, кредитор вправе обратиться в установленном порядке в арбитражный суд с иском о взыскании с должника задолженности. Такой иск подлежит рассмотрению по существу. Если же при изложенных обстоятельствах кредитор списал признанную должником сумму в бесспорном порядке, должник вправе предъявить иск об обратном взыскании указанной суммы. При рассмотрении такого иска арбитражный суд оценивает обоснованность требований к должнику и принимает решение с учетом данного обстоятельства.

Очередность списания денежных средств со счета.

Вопрос этот регулируется статьей 855 ГК РФ.

При наличии на счете денежных средств, сумма которых достаточна для удовлетворения всех требований, предъявленных к счету, списание этих средств со счета осуществляется в порядке поступления распоряжений клиента и других документов на списание (календарная очередность), если иное не предусмотрено законом.

При недостаточности денежных средств на счете для удовлетворения всех предъявленных к нему требований списание денежных средств осуществляется в следующей очередности:

- в первую очередь осуществляется списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств со счета для удовлетворения требований о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также требований о взыскании алиментов;
- во вторую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, в том числе по контракту, по выплате вознаграждений по авторскому договору;

Постановлением Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1997 г. N 21-П положение абзаца четвертого пункта 2 статьи 855 Гражданского кодекса Российской Федерации

признано не соответствующим Конституции РФ, статье 19 (часть 1); (Федеральным законом от 24 декабря 2002 г. установлено, что при недостаточности денежных средств на счете налогоплательщика для удовлетворения всех предъявленных к нему требований списание средств по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджеты всех уровней бюджетной системы Российской Федерации и бюджеты государственных внебюджетных фондов, а также перечисление или выдача денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, производятся в порядке календарной очередности поступления указанных документов после перечисления платежей, осуществляемых в соответствии с настоящей статьей Гражданского кодекса Российской Федерации в первую и во вторую очередь);

- в третью очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору (контракту), а также по отчислениям в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации и фонды обязательного медицинского страхования;

- в четвертую очередь производится списание по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджет и внебюджетные фонды, отчисления в которые не предусмотрены в третьей очереди; (Согласно Федеральному закону от 14 июля 1997 г. организации, закупающие продукцию у сельскохозяйственных товаропроизводителей, оплачивают ее стоимость в первоочередном порядке после уплаты налогов в бюджеты всех уровней, взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и Фонд социального страхования Российской Федерации)

- в пятую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим удовлетворение других денежных требований;

- в шестую очередь производится списание по другим платежным документам в порядке календарной очередности.

Списание средств со счета по требованиям, относящимся к одной очереди, производится в порядке календарной очередности поступления документов.

Ответственность за нарушение договора банковского счета.

Статья 856 ГК РФ ("ответственность банка за ненадлежащее совершение операций по счету") не предусматривает взыскание с кредитной организации иных причиненных этим убытков. Это один из случаев ограничения ответственности контрагента по договору согласно статьи 400 ГК РФ. Расторжение договора банковского счета допускается по заявлению клиента в любое время и без всяких условий.

По инициативе кредитной организации - в двух случаях - при остатке денежных средств на счете ниже установленного минимума в течение месяца со дня предупреждения банка, либо в течение одного года отсутствуют операции по счету (п. 1 и 2 ст. 859 ГК РФ), если иное не предусмотрено договором и, кроме того, - требуется решение суда.

Арест денежных средств на банковском счете и обращение на них взыскания.

Как известно, в ГК РФ (пункт 2 статьи 854) без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается по решению суда, а также в случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и

клиентом.

Из общего правила о недопустимости вмешательства, закон есть исключения. В ст. 27 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" предусматривается, что на денежные средства и иные ценности юридических и физических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах, как впрочем, и просто - на хранении в кредитной организации, может быть наложен арест. Но только - судом и арбитражным судом, судьей, а также по постановлению органов предварительного следствия. Причем постановление следователя должно быть санкционировано прокурором.

Как только кредитная организация получила соответствующий акт об аресте, она незамедлительно прекращает расходные операции по данному счету или вкладу. Но надо иметь в виду, что расходные операции прекращаются только в пределах средств, на которые наложен арест.

В некоторых учебных пособиях встречается неправильная формулировка "арест счета". На практике тоже это встречается, что, конечно, неправильно. Счет арестовывать нельзя. Это не предусмотрено федеральным законом.

В ст. 27 Федерального закона подчеркивается, что взыскание на денежные средства и иные ценности физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в кредитной организации, может быть обращено только на основании исполнительных документов в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Кредитная организация, Банк России не несет ответственности за ущерб, причиненный в результате наложения ареста или обращения взыскания на денежные средства и иные ценности их клиентов, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Конфискация денежных средств и других ценностей может быть произведена на основании вступившего в законную силу приговора суда.

Согласно ст. 6 Федерального закона от 21 июля 1997 г. "Об исполнительном производстве" (с изменениями) (далее - Федеральный закон), исполнительный документ, в котором содержатся требования судебных актов и актов других органов о взыскании денежных средств, может быть направлен взыскателем непосредственно в банк или иную кредитную организацию, если взыскатель располагает сведениями об имеющихся там счетах должника и о наличии на них денежных средств. А если такими сведениями он не располагает, то исполнительный документ может быть направлен судебному приставу-исполнителю для его исполнения.

Напомню, что Банк России может отозвать банковскую лицензию в случае неоднократного в течение одного года виновного неисполнения содержащихся в исполнительных документах судов, арбитражных судов требований о взыскании денежных средств со счетов (с вкладов) клиентов кредитной организации при наличии денежных средств на счетах (во вкладах) указанных лиц. (П. 7 ст. 20 Федерального закона "О банках и банковской деятельности"). Попутно замечу, что это единственный пункт в этом Федеральном законе, в котором используется термин "виновность". Во всех остальных пунктах этой же статьи Федерального закона перечисляются основания для отзыва банковской лицензии, но о виновности не говорится. Причем даже во второй части этой статьи, в которой сформулированы основания, по которым Банк России не просто может, а больше того, - обязан отозвать банковскую лицензию. Это сделано потому, что, как уже говорилось в Лекции N 2, в банковском праве принцип вины не применяется. А здесь речь идет не о банковском праве, а о требовании

выполнить нормы других отраслей права.

На практике, однако, возникали затруднения. Кредитные организации попадали в противоречивую ситуацию. С одной стороны, Федеральный закон от 21 июля 1997 г. "Об исполнительном производстве" позволяет взыскателю обращаться в банк за исполнением решения о взыскании денежных средств с должника, предъявляя только исполнительный документ. А с другой стороны, банковские правила предписывают кредитной организации совершать расчетные операции по взысканию средств с должника на основании инкассового поручения с приложенным к нему исполнительным документом. Но при наличии денежных средств на счете должника в случае неисполнения банком требования об их взыскании, которое содержится в исполнительном документе, банк в порядке п. 3 ст. 6 и ст. 86 Федерального закона может быть привлечен к ответственности в виде штрафа в размере 50% суммы, подлежащей взысканию.

По этому вопросу Банк России, в ответ на поступающие запросы разъяснил, что установление порядка исполнения банками исполнительных документов в части списания денежных средств со счетов должников не является предметом регулирования Федерального закона "Об исполнительном производстве". Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)" к компетенции Банка России отнесено установление правил осуществления расчетов в Российской Федерации, проведения банковских операций, бухгалтерского учета и отчетности для банковской системы. В соответствии с правилами ведения бухгалтерского учета в банках основанием для списания денежных средств со счета клиента является расчетный документ. Операция по списанию денежных средств со счета клиента без его распоряжения (ст. 854 Гражданского кодекса Российской Федерации), обеспечивающая совершение исполнительных действий, совершается в рамках расчетов по инкассо (ст. 874-876 Гражданского кодекса Российской Федерации), предполагающих осуществление банком действий по получению от плательщика платежа на основании инкассового поручения. Поэтому Положением Банка России от 12.04.2001 N 2-П "О безналичных расчетах в Российской Федерации" предусмотрен порядок, в соответствии с которым при взыскании денежных средств по исполнительным документам в банк должно быть представлено инкассовое поручение с приложенным исполнительным документом. Данный порядок распространяется на юридических лиц и судебных приставов-исполнителей, которые обладают возможностями для составления и оформления инкассовых поручений в порядке, определенном этим же Положением. Представление указанными лицами в банк инкассового поручения для проведения расчетной операции не противоречит законодательству.

Такая позиция Банка России, на мой взгляд, - совершенно, правильна, и вот почему. Речь идет о банковской операции. А банковская операция - это, как уже говорилось, - технология деятельности банка. Эта технология связана с гражданско-правовыми, имущественными отношениями, но оно осуществляется в рамках правоотношений между Банком России и кредитными организациями. Эту технологию регламентирует Банк России. Причем она регламентирована с применением императивного метода, поэтому в ней нет исключений, которые могут устанавливаться другими законами, не относящимися к банковскому праву. Опять мы сталкиваемся с ситуацией, когда различие между банковским правом и другими отраслями права имеет практическое

значение.

Банк России издал нормативный акт, в котором предусмотрел, что взыскатель - физическое лицо представляет в банк подлинник исполнительного документа (его дубликат) и заявление-поручение в двух экземплярах, в котором предоставляет банку право составления от имени взыскателя инкассового поручения на списание денежных средств со счета должника и их перечисление на счет, указанный взыскателем. Форма заявления-поручения приведена в нормативном акте Банка России.

Федеральный закон "Об исполнительном производстве" содержит норму о том, что кредитная организация, обслуживающая счет должника, в трехдневный срок со дня получения исполнительного документа от взыскателя или судебного пристава-исполнителя исполняет содержащиеся в исполнительном документе требования о взыскании денежных средств. Если денежные средства отсутствуют или их недостаточно, то выполняется следующее. Кредитная организация делает отметку о полном или частичном неисполнении указанных требований в связи с отсутствием на счетах должника денежных средств, достаточных для удовлетворения требований взыскателя. Неисполнение этих требований является основанием для наложения судом общей юрисдикции или арбитражным судом (далее - суд) на кредитную организацию штрафа в порядке и размере, определенных федеральным законом.

Кредитная организация, Банк России не несут ответственности за ущерб, причиненный в результате наложения ареста или обращения взыскания на денежные средства и иные ценности их клиентов, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Конфискация денежных средств и других ценностей может быть произведена на основании вступившего в законную силу приговора суда.

В Письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 июля 1996 г. N 6 "О результатах рассмотрения Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отдельных вопросов судебной практики" сказано:

В целях обеспечения иска арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, вправе принять меры, указанные в статье 76 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в частности наложить арест на денежные средства, принадлежащие ответчику.

Если при рассмотрении заявления истца о наложении ареста на денежные средства, принадлежащие ответчику, арбитражный суд установит, что на счете ответчика отсутствуют такие средства, заявление истца не может быть удовлетворено. Не может быть наложен арест на сам счет ответчика, а также на суммы, которые в будущем поступят на этот счет.

Если же на счете ответчика имеется большая сумма, чем арестованная арбитражным судом, списание с данного счета производится банком в обычном порядке до той суммы, которая арестована.

Обеспечение иска не должно препятствовать исполнению документов в соответствии с очередностью, установленной законом.

Наложение ареста на денежные средства, находящиеся на корреспондентском счете ответчика - коммерческого банка (иного кредитного учреждения), целесообразно производить только тогда, когда другие меры, указанные в статье 76 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не смогут обеспечить исполнение принятого в отношении коммерческого банка (иного кредитного учреждения) судебного акта.

Открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.

Это банковская операция, которая так и называется в пункте 3 статьи 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности".

Термин "договор банковского счета" в этом пункте не назван. И, на наш взгляд, это объясняется именно тем, что речь идет о банковской операции, а не о сделке.

Хотя, естественно, что для того чтобы была проведена такая банковская операция, нужно, чтобы между кредитной организацией и ее клиентом был заключен договор банковского счета, который регулируется нормами гражданского законодательства, включенными в Главу 45 ГК РФ. Правда в ней есть и такие нормы, которые одновременно являются и нормами банковского права (нормы двойного значения).

Например, норма, предусматривающая порядок списания денежных средств с банковского счета, порядок закрытия банковского счета, и некоторые другие нормы.

С другой стороны, и в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" тоже есть нормы, относящиеся и к банковскому и гражданскому праву. Так, в статье 30 Федерального закона предусматривается, что отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами осуществляются на основе договоров, если иное не предусмотрено федеральным законом. В них должны быть указаны процентные ставки по кредитам и вкладам (депозитам). Кроме того, обязательно указывается стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушения договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора.

Там же говорится, что клиенты вправе открывать необходимое им количество расчетных, депозитных и иных счетов. Причем счета могут открываться в любой валюте в банках с их согласия, если иное не установлено федеральным законом, а порядок открытия, ведения и закрытия банком счетов клиентов в рублях и иностранной валюте устанавливается Банком России в соответствии с федеральными законами. Участники кредитной организации не имеют каких-либо преимуществ при рассмотрении вопроса о получении кредита или об оказании им иных банковских услуг, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Во второй части ст. 5 Федерального закона сказано, что открытие кредитными организациями банковских счетов индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, осуществляется на основании свидетельств о государственной регистрации физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей, свидетельств о государственной регистрации юридических лиц. Кроме того, для открытия счета они должны предъявить в кредитную организацию свидетельства о постановке на учет в налоговом органе.

Исключение - органы государственной власти и органы местного самоуправления. Им не требуется предъявлять все эти вышеуказанные документы.

Самой кредитной организации тоже открывается банковский счет (корреспондентский счет) в Банке России. Кроме того, кредитная организация может открыть корреспондентский счет в другой кредитной организации. Корреспондентский счет - разновидность расчетного счета.

Для оплаты уставного капитала Банк России открывает зарегистрированному банку, а при необходимости - и небанковской кредитной организации корреспондентский счет в Банке России, реквизиты которого указываются в уведомлении Банка России о

государственной регистрации кредитной организации и выдаче ей банковской лицензии. Затем, как уже говорилось, при предъявлении документов, подтверждающих оплату 100 процентов объявленного уставного капитала кредитной организации, Банк России в трехдневный срок выдает кредитной организации лицензию на осуществление банковских операций. (Ч. 7-8 ст. 15 Федерального закона).

Согласно требованию ст. 28 Федерального закона, кредитные организации на договорных началах могут привлекать и размещать друг у друга средства в форме вкладов (депозитов), кредитов, осуществлять расчеты через создаваемые в установленном порядке расчетные центры и корреспондентские счета, открываемые друг у друга, и совершать другие взаимные операции, предусмотренные лицензиями, выданными Банком России. При этом кредитная организация обязана ежемесячно направлять в Банк России сведения о вновь открытых корреспондентских счетах на территории Российской Федерации и за рубежом.

Что касается ее возможности устанавливать корреспондентские отношения с иностранными банками, зарегистрированными на территориях оффшорных зон иностранных государств, то этот порядок, устанавливается Банком России.

Корреспондентские отношения между кредитной организацией и Банком России осуществляются на договорных началах. Банк России списывает средства со счетов кредитной организации по ее распоряжению либо с ее согласия, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом. При недостатке средств для осуществления кредитования клиентов и выполнения, принятых на себя обязательств кредитная организация может обращаться за получением кредитов в Банк России на определяемых им условиях.

В обязательном порядке открывается счет в Банке России для хранения обязательных резервов. В ч. 2 ст. 25 Федерального закона закреплено правило, по которому "банк обязан иметь в Банке России счет для хранения обязательных резервов. Порядок открытия указанного счета и осуществления операций по нему устанавливается Банком России".

Нормы ГК РФ, которые закреплены в его Главе 45, - это нормы двойного значения. Они относятся и к банковским операциям по привлечению вкладов, и к соответствующим сделкам. Основные вопросы открытия, ведения и закрытия банковских счетов регулируются нормами ГК РФ.

В отношении открытия счета в ч. 2 ст. 846 ГК РФ говорится, что "банк обязан заключить договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для открытия счетов данного вида условиях, соответствующих требованиям, предусмотренным законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами". (Правда там же говорится, что он может не открыть банковский счет, если у него нет возможности принять на обслуживание клиента. Кроме того, Федеральным законом от 28.07.2004 N 88-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" установлены случаи, при которых кредитные организации вправе отказаться от заключения договора банковского счета (вклада) с физическим или юридическим лицом). "Обратится с предложением" - это предложение заключить сделку. А дальше начинается банковская операция. Она регулируется нормативными актами банковского права. Дальше о них скажем подробнее, а пока продолжим разговор о том, как эти

вопросы регулируются в Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" (далее - Федеральный закон) и в ГК РФ. Закрытие банковского счета регулируется в ГК РФ. В пункте 1 статьи 859 ГК РФ сказано, что договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время.

Договор банковского счета, может быть, расторгнут и по требованию кредитной организации. Но при наличии следующих условий. В пункте 1.1 статьи 859 ГК РФ говорится: "Если иное не предусмотрено договором, при отсутствии в течение двух лет денежных средств на счете клиента и операций по этому счету банк вправе отказаться от исполнения договора банковского счета, предупредив в письменной форме об этом клиента. Договор банковского счета считается расторгнутым по истечении двух месяцев со дня направления банком такого предупреждения, если на счет клиента в течение этого срока не поступили денежные средства".

В пункте 2 статьи 859 ГК РФ предусматривается, что "по требованию банка договор банковского счета, может быть, расторгнут судом в следующих случаях:

когда сумма денежных средств, хранящихся на счете клиента, окажется ниже минимального размера, предусмотренного банковскими правилами или договором, если такая сумма не будет восстановлена в течение месяца со дня предупреждения банка об этом; при отсутствии операций по этому счету в течение года, если иное не предусмотрено договором".

В отношении договора и отсутствия банковских операций здесь все как будь-то понятно, а вот, что касается банковских правил, то напомним тему, которую мы уже рассматривали. А именно, - банковскими правилами могут быть только нормативные акты Банка России, но отнюдь не внутренние документы кредитной организации. Нигде в банковских законах не сказано, что кредитная организация может принимать банковские правила. Оферта - это другое. Банк России тоже не вправе регулировать гражданские отношения. Поэтому нам представляется, что этот вопрос должен решаться в договоре. Если же в договоре это не указано, то закрытие банковского счета не будет иметь юридических оснований.

В пункте 3 статьи 859 ГК РФ сказано: "Остаток денежных средств на счете выдается клиенту либо по его указанию перечисляется на другой счет не позднее семи дней после получения соответствующего письменного заявления клиента".

Пункт 4 статьи 859 ГК РФ гласит: "Расторжение договора банковского счета является основанием закрытия счета клиента".

Однако здесь есть нюанс. В статье 858 ГК РФ сказано, что "ограничение прав клиента на распоряжение денежными средствами, находящимися на счете, не допускается, за исключением наложения ареста на денежные средства, находящиеся на счете, или приостановления операций по счету в случаях, предусмотренных законом". Поэтому в Письме Банка России от 25 сентября 2006 г. N 123-Т сказано, что в случае расторжения банковского счета по основаниям, предусмотренным статьей 859 ГК РФ, при наличии ограничений распоряжения счетом, предусмотренных статьей 959 ГК РФ, исключение из книги открытых счетов соответствующего балансового счета не должно производиться до отмены ограничений в порядке, установленном законодательством. Расторжение договора банковского счета является основанием закрытия счета клиента.

Общий порядок открытия банковских счетов, предусмотренный нормативными актами Банка России

Этот вопрос регулируется Инструкцией Банка России от 14.09.2006 N 28-И "Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам)".

В ней, помимо прочего, сказано, что "открытие клиенту банковского счета, счета по вкладу (депозиту) производится только в том случае, если банком получены все предусмотренные настоящей Инструкцией документы, а также проведена идентификация клиента в соответствии с законодательством Российской Федерации". Кредитная организация должна удостовериться в личности владельца открываемого счета.

Кредитная организация обязана идентифицировать лицо, находящееся у нее на обслуживании (далее - клиент), при совершении банковских операций и сделок в соответствии с Федеральным законом "О банках и банковской деятельности".

В Положении Банка России от 19.08.2004 N 262-П "Об идентификации кредитными организациями клиентов и выгодоприобретателей в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" (в ред. Указания Банка России от 14.09.2006 N 1721-У) помимо прочего, говорится о том, кто должен быть идентифицирован и какие клиенты могут быть не идентифицированы. Там же говорится, что у кредитной организации должна быть разработана и утверждена программа идентификации клиентов, установления и идентификации выгодоприобретателей.

В пункте 2.1 Положения Банка России N 262-П сказано, что "в целях идентификации клиента, установления и идентификации выгодоприобретателя кредитной организацией осуществляется сбор сведений и документов, предусмотренных приложениями 1-3 к настоящему Положению, документов, являющихся основанием совершения банковских операций и иных сделок, а также иной необходимой информации и документов".

В пункте 2.3 Положения Банка России N 262-П говорится: "Сведения о клиенте, выгодоприобретателе фиксируются в анкете (досье) клиента в соответствии с перечнем, приведенным в приложении 4 к настоящему Положению. По усмотрению кредитной организации в анкету (досье) клиента также могут быть включены иные сведения.

Анкета (досье) клиента может заполняться на бумажном носителе или в электронном виде. Анкета (досье) клиента, заполненная в электронном виде, при переносе на бумажный носитель заверяется подписью уполномоченного сотрудника кредитной организации.

Форма анкеты (досье) клиента определяется кредитной организацией.

Анкета (досье) клиента подлежит хранению в кредитной организации не менее пяти лет со дня прекращения отношений с клиентом".

В этом Положении предусматривается также ряд других вопросов.

Открытие и ведение банковских счетов физических лиц.

В Положении N 222-П сказано, что оно не распространяется на порядок открытия и использования счетов физических лиц, открытых для отражения операций, совершенных с применением банковских карт.

На мой взгляд, такой подход неправилен. Как уже отмечалось, карточный счет нужно рассматривать, как разновидность банковского счета. Поэтому, если данное Положение не распространяется на порядок открытия и использования счетов для отражения операций по банковской карте, то, стало быть, Банк России должен был принять

соответствующий нормативный акт и по этому вопросу.

Для открытия текущего счета физическим лицом представляются следующие документы:

- паспорт или другой документ, в соответствии с законодательством Российской Федерации удостоверяющий личность (далее - документ, удостоверяющий личность);
- "Карточка с образцами подписей и оттиска печати" формы 0401026 Общероссийского классификатора управленческой документации ОК 011-93 (далее - карточка ф. 0401026), оформленная в установленном Банком России порядке.
- иные документы, предусмотренные законодательством и/или договором банковского счета.

После проверки документов, представленных физическим лицом, с ним заключается договор банковского счета, в его присутствии делается копия документа, удостоверяющего личность. Документы на открытие счета хранятся в юридическом деле клиента.

В случае изменения данных, указанных физическим лицом в договоре банковского счета, оно уведомляет об этом банк способом и в сроки, установленные договором. При изменении фамилии, имени или отчества физическим лицом предъявляется в банк новый документ, удостоверяющий личность, на основании которого оформляется новая карточка ф. 0401026 в установленном Банком России порядке. Копия документа, удостоверяющего личность, помещается в юридическое дело клиента.

Физическое лицо может предоставить другому физическому лицу (далее - доверенное лицо) право распоряжения денежными средствами, находящимися на его текущем счете, на основании доверенности, составленной в соответствии с требованиями законодательства.

Доверенность на распоряжение текущим счетом физического лица в присутствии доверителя удостоверяется банком (уполномоченным работником банка) и заверяется оттиском печати банка. Доверенность может быть удостоверена в нотариальном порядке.

В случае предоставления физическим лицом права распоряжения денежными средствами, находящимися на его текущем счете, на основании доверенности, в банк представляется дополнительная карточка ф. 0401026, оформленная в установленном Банком России порядке.

Физическое лицо, выдавшее доверенность на распоряжение текущим счетом, может прекратить ее действие путем подачи в банк соответствующего заявления.

Доверенность и заявление подлежат хранению в порядке, определяемом банком.

Расчетные документы, используемые при осуществлении безналичных расчетов физическими лицами по своим текущим счетам, заполняются физическим лицом в соответствии с требованиями Банка России к заполнению расчетных документов, установленными Положением Банка России N 2-П с учетом особенностей, установленных настоящим Положением, на бланках документов, включенных в Общероссийский классификатор управленческой документации ОК 011-93 (класс "Унифицированная система банковской документации").

Расчетные документы заполняются физическими лицами с применением средств оргтехники, ЭВМ или от руки ручкой с пастой или чернилами черного, синего или фиолетового цвета. При заполнении расчетных документов с применением средств оргтехники или от руки второй и последующие экземпляры расчетных документов могут

изготавливаться с использованием копировальной бумаги черного, синего или фиолетового цвета. Допускается использование второго и последующих экземпляров расчетных документов, полученных на множительной технике, при условии, что копирование производится без искажения.

Расчетные документы, заполняемые физическими лицами, принимаются банком к исполнению при наличии на первом экземпляре расчетного документа подписи физического лица, заявленной в карточке ф. 0401026.

Физическое лицо может предоставить банку право на составление расчетного документа от его имени, если это предусмотрено договором банковского счета.

Заполнение банком от имени клиента расчетного документа осуществляется на основании заявления клиента, составленного по форме, установленной банком, содержащего все необходимые для перечисления денежных средств реквизиты, с учетом особенностей, установленных настоящим Положением в отношении применяемых форм безналичных расчетов. Указанное заявление вместе с расчетным документом помещаются в документы дня в качестве основания списания средств со счета клиента. При этом заполняемый банком расчетный документ оформляется подписями должностных лиц банка, имеющих право подписи расчетных документов и оттиском печати банка.

Расчетные документы могут оформляться в виде документа на бумажном носителе или в электронном виде с использованием аналогов собственноручной подписи в порядке, установленном законодательством, нормативными актами Банка России и договором банковского счета между банком и физическим лицом.

При осуществлении безналичных расчетов по текущим счетам физическими лицами могут применяться установленные законодательством формы безналичных расчетов (расчеты платежными поручениями, расчеты по аккредитиву, расчеты чеками, расчеты по инкассо) с учетом особенностей, предусмотренных Положением.

Списание денежных средств с текущего счета физического лица осуществляется банком по распоряжению владельца счета либо без его распоряжения в случаях, предусмотренных законодательством, на основании расчетных документов в пределах имеющихся на счете денежных средств.

Если денежных средств на текущем счете физического лица на момент их списания отсутствуют, и если нет у него права на получение кредита, включая овердрафт, расчетные документы исполнению не подлежат и возвращаются плательщикам или взыскателям, в порядке, установленном Положением Банка России от 03.10.2002 N 2-П "О безналичных расчетах в Российской Федерации".

В отличие от банковских счетов юридических лиц, картотека неоплаченных расчетных документов к текущему счету физического лица не ведется.

4. Осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам

1). Понятие безналичных расчетов. Безналичные расчеты как банковская операция

Безналичные расчеты - это банковские операции.

В этом качестве, они регулируются Федеральным законом "О банках и банковской деятельности" (статья 31): "Кредитная организация осуществляет расчеты по правилам, формам и стандартам, установленным Банком России; при отсутствии правил проведения отдельных видов расчетов - по договоренности между собой; при осуществлении международных расчетов - в порядке, установленном федеральными законами и правилами, принятыми в международной банковской практике".

Там же говорится, что кредитная организация, Банк России обязана осуществить перечисление средств клиента и зачисление средств на его счет не позже следующего операционного дня после получения соответствующего платежного документа, если иное не установлено федеральным законом, договором или платежным документом. А в случае несвоевременного или неправильного зачисления на счет или списания со счета клиента денежных средств кредитная организация, Банк России должны выплатить проценты на сумму этих средств по ставке рефинансирования Банка России.

Суть банковских расчетных операций, а не расчетных сделок, как это часто считается, состоит в том, что кредитная организация списывает деньги со счета клиента и переводит их в другой банк, согласно распоряжению, которое ей дал клиент, либо, наоборот получает для него платеж от его контрагента. При этом она соблюдает банковские правила, которые установлены в ГК РФ и в нормативных актах Банка России. Либо эти правила не установлены, но есть обычаи делового оборота, банковские стандарты.

В Положении Банка России от 3 октября 2002 г. N 2-П "О безналичных расчетах в Российской Федерации" сказано, что оно регулирует осуществление безналичных расчетов в формах, предусмотренных законодательством, определяет форматы, порядок заполнения и оформления используемых расчетных документов. Оно также устанавливает правила проведения расчетных операций по корреспондентским счетам (субсчетам) кредитных организаций (филиалов), в том числе открытых в Банке России, и счетам межфилиальных расчетов. В этом Положении термин "сделка" вообще не используется.

Но, конечно, для того чтобы кредитная организация могла осуществлять расчеты, клиент должен с ней заключить договор банковского счета, то есть сделку.

2). Виды и формы безналичных расчетов.

Следует различать два основных вида расчетов в зависимости от характера банковской операции. Это может быть дебетовый или кредитовый перевод. Такая классификация видов расчетов применяется в международной практике. В частности, в Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств (подготовленному секретариатом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, Нью-Йорк, 1987 г.) называется два типа переводов: перевод кредита и перевод дебета.

В юридической литературе тоже есть такая классификация. Проф. Ефимова различает дебетовый и кредитовый перевод.

Еще одна классификация видов безналичных расчетов. Все расчеты можно разделить на две группы в зависимости от инициатора расчетов. По этому критерию проф. Л.Г. Новоселова различает расчеты, проводимые по инициативе плательщика и расчеты, проводимые по инициативе получателя средств платежа.

Виды расчетов классифицируются также и по используемым при проведении данной банковской операции носителям: электронные и бумажные. Соответственно следует различать электронные расчеты и расчеты с использованием бумажных носителей. Первые постепенно все больше внедряются в российскую практику безналичных расчетов.

Классифицировать расчеты можно и по тем нормативным источникам, которые их регулируют. Первая группа расчетов - это те расчеты, форма которых предусмотрена федеральными законами и нормативными актами Банка России. Вторая группа - расчеты, которые проводятся в соответствии с обычаями делового оборота. В приведенном выше документе говорится о "банковских стандартах".

3). Формы расчетов.

Порядок безналичных расчетов урегулирован в главе 45 ГК РФ. В соответствии с этими нормами Банк России издал нормативные акты. Однако многие вопросы банковского регулирования в сфере расчетов находятся в стадии разработки.

Расчетные операции по перечислению денежных средств через кредитные организации (филиалы) могут осуществляться с использованием:

- 1) корреспондентских счетов (субсчетов), открытых в Банке России;
 - 2) корреспондентских счетов, открытых в других кредитных организациях;
 - 3) счетов участников расчетов, открытых в небанковских кредитных организациях, осуществляющих расчетные операции;
 - 4) счетов межфилиальных расчетов, открытых внутри одной кредитной организации.
- Списание денежных средств со счета осуществляется по распоряжению его владельца или без распоряжения владельца счета в случаях, предусмотренных законодательством и/или договором между банком и клиентом.

Списание денежных средств со счета осуществляется на основании расчетных документов, в пределах имеющихся на счете денежных средств, если иное не предусмотрено в договорах, заключаемых между Банком России или кредитными организациями и их клиентами. Расчетные документы должны быть составлены в соответствии с требованиями указанными в Положении Банка России 2-П.

При недостаточности денежных средств на счете для удовлетворения всех предъявленных к нему требований списание средств осуществляется по мере их поступления в очередности, установленной законодательством.

Оформление, прием, обработка электронных платежных документов и осуществление расчетных операций с их использованием регулируется отдельными нормативными актами Банка России, за исключением случаев, указанных в Положении 2-П, и заключаемыми между Банком России или кредитными организациями и их клиентами договорами, определяющими порядок обмена электронными документами с использованием средств защиты информации. Это, прежде всего Временное положение Банка России от 12 марта 1998 г. N 20-П "О правилах обмена электронными документами между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России при осуществлении расчетов через расчетную сеть Банка России" (с изменениями от 28 апреля 1999 г., 11 апреля 2000 г.) (далее по тексту - Временное положение).

Конкретно все формы расчетов регулируются Положением Банка России от 3 октября 2002 г. N 2-П "О безналичных расчетах в Российской Федерации" (с изменениями); О

порядке осуществления безналичных расчетов физическими лицами см. Положение Банка России от 1 апреля 2003 г. N 222-П "О порядке осуществления безналичных расчетов физическими лицами в Российской Федерации".

5. Инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц

1). Понятие кассовых операций.

В Федеральном законе "О банках и банковской деятельности" (пункт 5, статьи 5 предусматривается банковская операция, которая называется "инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц". Правда, ни в этом законе, ни в подзаконных актах данное понятие не определено.

Все кассовые операции, включая инкассацию, регулируются Положением Банка России от 9 октября 2002 г. N 199-П "О порядке ведения кассовых операций в кредитных организациях на территории Российской Федерации" (в ред. Указаний Банка России РФ от 04.12.2003 N 1351-У, от 01.06.2004 N 1433-У) (далее - Положение).

Нам представляется, что банковские операции - это предусмотренный федеральным законом, нормативными актами Банка России и соответствующей банковской лицензией, порядок приема, учета, хранения, выдачи и доставки по назначению денежной наличности и других ценностей кредитной организацией.

В основе этих операций, - сделка. Кредитные организации обслуживают своих клиентов на основе договоров. Для организаций - это договор на расчетно-кассовое обслуживание. В основу кассовых операций с физическими и юридическими лицами могут быть положены различные виды договорных отношений.

Однако сделка заключается по нормам гражданского права. В отличие от этого, кассовая операция императивно регулируется нормативным актом Банка России. Все документы, которыми оформляются кассовые операции, не могут быть изменены по соглашению сторон. Их форма и реквизиты, порядок заполнения, учета и хранения жестко регламентированы нормативным актом Банка России. Это объясняется сущностью и функциями денег. Они не имеют индивидуально определенных признаков.

Переход денежных знаков от одного к другому владельцу должен удостоверяться определенными приемами и техническими средствами, которыми располагает только кредитная организация. Она же применяет определенную технологию приема, учета, хранения и выдачи денежных средств и других ценностей. Перемещение наличных денежных средств между юридическими лицами и кредитной организацией точно также требует применения определенных банковских технологий.

Все кассовые операции оформляются соответствующими банковскими документами. Форма этих документов не произвольна. Она постепенно выработывалась банковской практикой.

В Положении предусматривается, что порядок урегулирования претензий по выявленным недостаткам, излишкам, неплатежным и поддельным денежным знакам

определяется договором, заключаемым между кредитной организацией и клиентом. (Пункт 1.2).

2). Порядок ведения кассовых операций кредитными организациями.

Положение устанавливает порядок совершения кассовых операций, а также инкассации денежных средств и других ценностей для кредитных организаций и их филиалов (далее по тексту - кредитные организации), действующих на территории Российской Федерации. Порядок урегулирования претензий по выявленным недостаткам, излишкам, неплатежным и поддельным денежным знакам определяется договором.

Для осуществления кассового обслуживания физических и юридических лиц, а также для выполнения операций с наличными деньгами и другими ценностями кредитная организация создает кассовый узел. Он создается в здании, которое занимает кредитная организация на правах собственности или аренды. Кассовый узел должен быть оборудован в соответствии с Требованиями к устройству и технической укреплённости кассового узла в здании кредитной организации.

Кредитная организация обязана своевременно выдавать деньги с банковских счетов. Поэтому Банк России устанавливает сумму минимально допустимого остатка наличных денег в операционной кассе на конец дня. Этот остаток наличных денег в операционной кассе устанавливается учреждением с учетом объема оборота наличных денег, которые проходят через кассу. Кроме того, учитывается график поступления денежной наличности от клиентов, порядка ее обработки и других особенностей организации наличного денежного оборота и кассовой работы. По мере необходимости минимально допустимый остаток наличных денег в операционной кассе на конец дня может пересматриваться кредитной организацией в установленном порядке. (Пункт 1.4).

При совершении кассовых операций кредитные организации в порядке, установленном настоящим Положением, могут применять программно-техническое оборудование, автоматы для приема и выдачи денежной наличности клиентам, в том числе с использованием персонального компьютера, установленного на рабочем месте кассового работника (далее - электронный кассир), терминалы, функционирующие в автоматическом режиме и предназначенные для приема денежной наличности от клиентов и ее хранения (далее - автоматический сейф), банкоматы и другие программно-технические комплексы. Виды (модели) программно-технического оборудования, электронных кассиров, автоматических сейфов, банкоматов и других программно-технических комплексов определяются кредитной организацией. При этом должны соблюдаться требования, которые указаны в приложении 1 к данному Положению.

Непосредственное выполнение операций с наличными деньгами осуществляют кассовые и инкассаторские работники. Операции, выполняемые указанными работниками, определяются функциональными обязанностями, возложенными на них распорядительным документом кредитной организации.

С должностными лицами, ответственными за сохранность ценностей, кассовыми и инкассаторскими работниками заключаются договоры о материальной ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Кассовые операции при обслуживании юридических и физических лиц могут производиться кассовым работником с возложением на него обязанностей бухгалтерского работника. В этом случае должно применяться программно-техническое оборудование и соответствующее программное обеспечение, в котором устанавливается система контроля, исключающая доступ кассового работника к проведению операций по банковскому счету клиента без его распоряжения. Указанный работник в порядке, предусмотренном настоящим Положением и требованиями нормативных актов Банка России, регулирующих вопросы бухгалтерского учета в кредитных организациях в Российской Федерации, осуществляет проверку принятых от клиентов кассовых документов, оформляет их, отражает сумму денег в кассовом журнале, принимает или выдает денежную наличность, отражает сумму принятых или выданных денег по банковскому счету клиента.

В целях повышения качества услуг для организаций, а также удобства, быстроты обслуживания населения, кредитная организация может открывать операционные кассы вне кассового узла. Такие кассы открываются для совершения операций по приему и выдаче вкладов (в рублях и иностранной валюте), продаже и покупке ценных бумаг, приему коммунальных и других платежей от физических лиц. Если эти кассы вне кассового узла, расположены в организациях, то они производят, кроме вышеперечисленных операций, выдачу средств на заработную плату и выплаты социального характера, а также на командировочные расходы рабочим и служащим.

Следует иметь в виду, что операционные кассы вне кассового узла кредитной организации выполняют только те из числа перечисленных выше операций, на совершение которых у кредитной организации имеется лицензия, а у филиала - доверенность. Однако такое расположение кассы не означает, что к ней могут быть предъявлены меньшие требования с точки зрения ее устройства и технической укрепленности.

Открывая операционную кассу вне кассового узла, кредитная организация уведомляет об этом территориальное учреждение Банка России по месту расположения кредитной организации, а равно и по месту открытия операционной кассы. В Уведомлении указывается наименование кредитной организации, ее регистрационный номер, фамилии, имена, отчества и телефоны руководителя и главного бухгалтера кредитной организации, почтовый адрес места нахождения операционной кассы, телефон, факс, принадлежность помещения, перечень выполняемых указанной кассой операций, дата уведомления. Это делается в целях своевременности банковского надзора. Получив такое уведомление, территориальное учреждение Банка России проводит проверку на соответствие фактического устройства кассы и ее технической укрепленности предъявляемым требованиям и дает свое заключение.

Кредитная организация может устанавливать банкоматы или другие платежно-расчетные терминалы на территории различных организаций. Банкомат не является кассой. Это технический комплекс, с помощью которого осуществляется выдача денег и платежно-расчетное обслуживание клиентов. К сожалению, Банк России не издал нормативного акта, в котором могла бы регламентироваться технологическая характеристика банкомата и порядок его обслуживания с учетом соответствующих гарантий для потребителей этой банковской услуги.

Кредитная организация имеет право осуществлять инкассацию и доставку своих денежных средств и ценностей, а также денежных средств и ценностей клиентов

собственными силами и средствами. Наряду с этим, ей предоставлено право, осуществлять эту деятельность посредством специализированные службы инкассации, имеющие лицензию Банка России на проведение операций по инкассации. В этом случае кредитная организация заключает соответствующий договор с такой организацией.

Инкассация и доставка ценностей должна выполняться только на технически исправном спецавтотранспорте. Этот транспорт должен иметь соответствующую цветографическую окраску, специальные световые и звуковые сигналы. Он должен оборудоваться средствами радиосвязи и другими средствами, которые необходимы для обеспечения безопасности сотрудников инкассации и сохранности перевозимых ценностей. Работники, занятые на инкассации, должны быть обеспечены специальной экипировкой, индивидуальными средствами защиты (бронежилетами) и вооружены огнестрельным оружием.

Руководитель подразделения инкассации совместно с должностным лицом из числа руководящего состава, назначенным приказом по кредитной организации, несут личную ответственность за организацию доставки ценностей, создание условий, обеспечивающих сохранность перевозимых ценностей и безопасность бригады инкассаторов.

Выдача наличных денег из касс кредитной организации производится в упаковке предприятий Госзнака, учреждений Банка России или кредитных организаций.

В обращении могут находиться только наличные деньги, не потерявшие признаки платежеспособности.

Признаки платежеспособности банкнот и монеты Банка России указаны в Приложении 2 к Положению Банка России от 9 октября 2002 г. N 199-П "О порядке ведения кассовых операций в кредитных организациях на территории Российской Федерации".

Платежеспособными являются банкноты и монета, имеющие силу законного средства платежа на территории Российской Федерации, не имеющие признаков подделки либо переделки и не утратившие своей платежности. Все организации, предприятия и учреждения независимо от форм собственности и сферы деятельности обязаны принимать во все виды платежей, кредитные организации, кроме того, обязаны принимать для зачисления на счета, во вклады, на аккредитивы и к обмену, а предприятия связи - для переводов:

- платежеспособные банкноты, в т.ч. имеющие незначительные повреждения: загрязненные, изношенные, надорванные, имеющие потертости, небольшие отверстия, проколы, посторонние надписи, пятна, отпечатки штампов (если они не препятствуют определению подлинности банкнот и не свидетельствуют об их погашении), утратившие углы, края или защитную нить (для банкнот, в оформление которых входит защитная нить);

- платежеспособную монету, т.е. сохранившую изображение на аверсе и реверсе, в т.ч. имеющую незначительные повреждения.

3. Все кредитные организации, осуществляющие кассовое обслуживание юридических и физических лиц, обязаны принимать к обмену, а также для зачисления на счета, во вклады и другие платежи от юридических и физических лиц подлинные банкноты, имеющие следующие повреждения или дефекты:

- а) утратившие значительную часть, но не более 45% от своей площади;
- б) разорванные и склеенные, если части, безусловно, принадлежат одной банкноте;

в) изменившие окраску и свечение в ультрафиолетовом свете, если на них отчетливо просматриваются изображения;

г) имеющие брак предприятий Объединения "Госзнак".

Плата за производимый обмен не взимается.

4. Все кредитные организации, осуществляющие кассовое обслуживание юридических и физических лиц, обязаны принимать к обмену, а также для зачисления на счета, во вклады и другие платежи от юридических и физических лиц подлинную монету, имеющую следующие повреждения:

а) изменившую первоначальную форму (погнутая, сплюснутая, надпиленная и т.п.);

б) имеющую следы воздействия высоких температур и агрессивных сред (оплавленная, травленая, изменившая цвет).

Плата за производимый обмен не взимается.

Все поступающие в кредитные организации денежные знаки, потерявшие признаки платежеспособности, то есть имеющие повреждения, указанными пп. 2-4, отсортировываются, в обращение не выпускаются и сдаются в учреждения Банка России.

Банкноты и монета, не имеющие силы законного средства платежа, имеющие признаки погашения платежеспособности, признаки подделки (переделки), а также повреждения, не указанные выше, как допустимые являются неплатежеспособными и обмену не подлежат.

При затруднении в определении платежеспособности денежных знаков кредитные организации направляют их на экспертизу в учреждения Банка России.

В интересах комплексного кассового обслуживания клиентов, а также в целях эффективной обработки денежной наличности, кредитная организация создает кассовое подразделение. Это кассовое подразделение состоит из приходных, расходных, приходно-расходных, вечерних касс, касс пересчета и других касс. Вопросы целесообразности их создания в определенном составе, а также, их количество решаются руководителем кредитной организации. Кроме того, руководитель определяет численность кассовых работников, а также необходимость установки банкоматов.

Кассовое подразделение в кредитной организации возглавляется заведующим кассой, заведующим хранилищем ценностей, главным, старшим кассиром или другим кассовым работником кредитной организации (далее по тексту - заведующий кассой), с которым заключается договор о полной материальной ответственности.

Руководитель, главный бухгалтер и заведующий кассой кредитной организации (далее по тексту - должностные лица, ответственные за сохранность ценностей) обеспечивают сохранность денежных средств и ценностей, осуществляют контроль за своевременным оприходованием денег, поступивших в кассы кредитной организации, организуют четкое кассовое обслуживание своих клиентов и несут ответственность в соответствии с действующим законодательством за обеспечение соблюдения законодательных актов Российской Федерации и нормативных актов Банка России.

В соответствии с письменным распоряжением руководителя кредитной организации ответственность за сохранность ценностей в хранилище может быть возложена на заместителей руководителя и главного бухгалтера кредитной организации, или при наличии в кредитной организации подразделений, осуществляющих расчетно-кассовое обслуживание клиентов, - на должностных лиц этих подразделений, а также

заведующего кассой.

Непосредственное выполнение операций с наличными деньгами осуществляют кассовые и инкассаторские работники кредитной организации. С каждым кассовым и инкассаторским работником, выполняющим операции с наличными деньгами и другими ценностями, заключается договор о полной материальной ответственности.

Кассовые и инкассаторские работники несут полную материальную ответственность за сохранность вверенных им ценностей в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации.

Кассовым работникам запрещается: передоверять выполнение порученной работы с ценностями другим лицам, а также выполнять работу, не входящую в круг их обязанностей, установленных Положением и закрепленных приказом руководителя кредитной организации; - выполнять поручения организаций по проведению операций с денежной наличностью по их счетам в кредитной организации, принимая объявления на взнос наличными или денежные чеки, минуя операционных работников; хранить свои деньги и другие ценности вместе с деньгами и ценностями кредитной организации.

Для хранения наличных денег и других ценностей в течение рабочего дня кассовые работники кредитной организации обеспечиваются металлическими шкафами, сейфами, тележками закрытого типа, специальными столами, имеющими индивидуальные секреты замков (далее по тексту - индивидуальное средство хранения).

Операции по обработке денежной наличности выполняются с использованием средств механизации и автоматизации кассовых операций.

Оформление приходных и расходных кассовых документов (за исключением денежного чека), ведение кассовых журналов по приходу и расходу, заполнение кассовыми работниками справок и других документов о проведенных операциях за день могут производиться с применением компьютерного оборудования. Кассовые работники приходных и расходных касс снабжаются образцами подписей операционных работников, уполномоченных подписывать приходные и расходные документы, а операционные работники, связанные с оформлением приходно-расходных кассовых документов, - образцами подписей кассовых работников указанных касс. Образцы заверяются подписями руководителя и главного бухгалтера и скрепляются печатью кредитной организации.

Передача приходных и расходных документов между кассовыми и операционными работниками кредитной организации производится внутренним порядком.

Все работники кредитной организации, которым поручается работа с ценностями, обязаны знать и строго соблюдать установленный настоящим Положением порядок ведения кассовых операций в кредитных организациях.

Запрещается допуск неподготовленных работников к совершению операций с ценностями. Незнание кассовыми и инкассаторскими работниками требований Положения не может служить основанием для освобождения их от ответственности в случае допущенных ими каких-либо нарушений.

Порядок совершения операций с наличными деньгами

Передача денежной наличности между кассовыми работниками и заведующим кассой в течение рабочего дня осуществляется пачками банкнот по надписям на накладках. При этом проверяется количества корешков, целостности упаковки и пломб (оттисков клише) и наличия необходимых реквизитов, отдельными корешками и банкнотами - полистно;

мешками с монетой - по надписям на ярлыках с проверкой правильности и целости упаковки и пломбы.

По окончании операций с ценностями вся денежная наличность формируется и упаковывается в корешки, пачки и мешки. Соответствующий порядок и последовательность совершения этих действий предусмотрены Положением.

Ревизия ценностей и проверка организации кассовой работы

Ревизия банкнот, монеты и других ценностей в операционной кассе кредитной организации (филиала) производится:

- не реже одного раза в квартал, а также ежегодно по состоянию на 1 января;
- при смене или временной смене должностных лиц, ответственных за сохранность ценностей;

- в других случаях по усмотрению руководителя кредитной организации.

По распоряжению руководителя кредитной организации ревизия банкнот, монеты и других ценностей филиалов может производиться самой кредитной организацией.

Ревизия банкнот, монеты и других ценностей в операционной кассе вне кассового узла в случае хранения ценностей в кассе производится кредитной организацией (филиалом) ежеквартально; по состоянию на 1 января; при смене или временной смене кассового работника операционной кассы вне кассового узла; в других случаях по распоряжению руководителя кредитной организации (филиала).

Ревизия банкнот, монеты и других ценностей производится по письменному распоряжению руководителя кредитной организации (филиала) комиссией, состав которой определяется указанным распоряжением. Один из членов комиссии назначается ее руководителем.

Ревизия осуществляется внезапно без предварительного оповещения должностных лиц, ответственных за сохранность ценностей, и членов комиссии. Ревизия проводится с проверкой всех ценностей по состоянию на одну и ту же дату и в такой последовательности, которая исключала бы возможность скрытия хищений и недостатков денег и ценностей.

Наряду с ревизией ценностей в операционной кассе кредитной организации (филиала), а также в операционной кассе вне кассового узла могут производиться проверки организации кассовой работы. Необходимость осуществления проверок организации кассовой работы, их периодичность, состав комиссий, создаваемых для проведения проверок, определяются руководителем кредитной организации. Проведение ревизий и проверок не должно нарушать нормального кассового обслуживания клиентов кредитной организации.

Приступив к ревизии, ее руководитель опечатывает своей печатью хранилище ценностей, а также металлические шкафы, стеллажи, сейфы, тележки, находящиеся в хранилище, независимо от наличия в них ценностей на момент начала ревизии. Он берет под свой контроль все деньги и ценности, выясняет, не имеется ли денег, ценностей и сумок с денежной наличностью в вечерней и приходной кассах, кассе пересчета, под ответственностью кассовых и инкассаторских работников, и при наличии производит их обревизование наряду с другими ценностями.

Порядок проведения ревизии денег и ценностей подробно регулируется Положением.

После пересчета банкнот, монеты и других ценностей, находящихся в хранилище, ревизующие производят сверку оказавшихся в наличии ценностей с данными книг учета ценностей, ежедневного баланса, аналитического учета. Кроме того, они проверяют,

все ли изъяты для ревизии ценности вложены обратно в хранилище. О произведенной ревизии ценностей составляется акт за подписями всех работников, участвовавших в ревизии, и должностных лиц, ответственных за сохранность ценностей.

Причины всех выявленных расхождений фактического наличия ценностей с данными учета выясняются немедленно и указываются в акте или оформляются объяснительными записками. Принимаются меры к устранению этих расхождений.

При проведении ревизии в связи со сменой или временной сменой должностного лица, ответственного за сохранность ценностей (кассового работника операционной кассы вне кассового узла), о передаче денег и ценностей, находящихся в хранилище, ключей и печатей от хранилища (денег, ценностей и ключей от сейфа) делается запись в акте.

Результаты проведенной ревизии или проверки рассматриваются руководителем кредитной организации, и даются указания должностным лицам, ответственным за сохранность ценностей, по устранению выявленных недостатков. Материалы ревизий и проверок хранятся у руководителя кредитной организации в отдельном деле.

Прием денежной наличности в приходную кассу кредитной организации от организаций - владельцев счетов, производится по объявлениям на взнос наличными, представляющих собой комплект документов, состоящий из объявления, ордера и квитанции (в дальнейшем по тексту - объявление на взнос наличными). Наличные деньги вносятся организациями только на свой расчетный (текущий) счет.

Положением предусматривается, что принятая в течение операционного дня денежная наличность вместе с приходными документами и справкой о сумме принятых денег и количестве поступивших в кассу денежных документов сдается заведующему кассой под расписку в книге учета принятых и выданных денег (ценностей). Поступившие деньги могут передаваться заведующему кассой в течение операционного дня несколько раз под расписку в книге учета принятых и выданных денег (ценностей). В этих случаях, до передачи денег, кассовый работник должен убедиться в том, что фактическое их наличие соответствует общей сумме по принятым приходным документам.

Все поступившие в течение операционного дня наличные деньги приходятся в операционную кассу. Они должны быть зачислены на соответствующие счета клиентов в тот же рабочий день.

6. Купля-продажа иностранной валюты в наличной и безналичной формах

В целом происходит либерализация валютного рынка в России и банковских валютных операций. В том числе это касается и купли-продажи иностранной валюты. Так в статье 11 "Внутренний валютный рынок Российской Федерации", Федерального закона "О валютном регулировании и валютном контроле" с 1 июля 2007 были отменены и прекратили действие части 3-6.

Теперь в статье 11 Федерального закона сказано следующее:

"1. Купля-продажа иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, в Российской

Федерации производится только через уполномоченные банки.

2. Центральный банк Российской Федерации устанавливает для кредитных организаций требования к оформлению документов при купле-продаже наличной иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте.

Установление требования об идентификации личности при купле-продаже физическими лицами наличной иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Сведения, идентифицирующие личность, могут быть внесены в документы, оформляемые при купле-продаже физическим лицом наличной иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, по просьбе самого физического лица".

Что касается физических лиц, то порядок работы обменных пунктов регулируется Инструкцией Банка России от 28 апреля 2004 г. N 113-И "О порядке открытия, закрытия, организации работы обменных пунктов и порядке осуществления уполномоченными банками отдельных видов банковских операций и иных сделок с наличной валютой Российской Федерации, чеками (в том числе дорожными чеками), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, с участием физических лиц" (в ред. Указания Банка России РФ от 07.10.2005 N 1626-У).

7. Выдача банковских гарантий

Понятие банковской гарантии.

Банковская гарантия (статьи 368-379 ГК РФ) означает, что банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. Специфика банковской гарантии имеет одно существенное свойство. Она не зависит от оснований ее выдачи. Правда этот вопрос имеет нюансы в различных правовых системах.

Что касается российского законодательства, то банковская гарантия рассматривается как абстрактная сделка, ибо ее реализация не зависит от оснований выдачи гарантии.

Субъектный состав банковской гарантии: 1) гарант (кредитные учреждения (заметим, что банковское законодательство использует другой термин - кредитные организации), страховые организации); 2) принципал (лицо, обратившееся с просьбой к гаранту о выдаче банковской гарантии, то есть должник по основному обязательству); 3)

бенефициар (получатель денег) - это лицо, которое получает право предъявлять требования к гаранту о выплате ему денежной суммы предусмотренной в гарантии (кредитор по основному обязательству).

Смысл банковской гарантии состоит в том, что она обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства). При этом за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение.

Предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство. Это абстрактная сделка. Однако это еще не означает, что банковская гарантия может выдаваться при отсутствии основного обязательства. Кроме того, гарант может отказаться от исполнения требований бенефициара если докажет, что бенефициар действовал сознательно в ущерб гаранту. На этих позициях находится зарубежная практика, которая исходит из того, что доказательство обмана - единственное исключение из принципа независимости банковской гарантии.

В Информационном письме Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 года N 29 говорится, что в случае злоупотребления правом со стороны бенефициара, гарант может приостановить платежа до принятия судебных мер. Однако следует иметь в виду, что практика применения статьи 10 ГК РФ основывается на достаточно широком судебском усмотрении.

В п. 2 ст. 369 ГК РФ предусматривается, что за выдачу банковской гарантии принципал должен выплатить гаранту вознаграждение. Это вознаграждение может выплачиваться как в момент выдачи гарантии, так и после исполнения гарантом обязательства по банковской гарантии.

Срок, на который выдана гарантия, является существенным условием гарантийного обязательства. При отсутствии в документах, содержащих гарантийное обязательство, указаний о сроке, на который оно выдано, гарантийного обязательства не возникает.

Банковская гарантия отличается от поручительства, во-первых, по субъектному составу (гарант, принципал, бенефициар). Во-вторых, она хотя и связана с основным обязательством, но все же имеет самостоятельное значение. В-третьих, она является односторонней сделкой. И в этом смысле она предпочтительней для бенефициара, так как в правоотношениях банковской гарантии не учитываются претензии и возражения принципала к бенефициару, которые касаются того обязательства, исполнение которого она обеспечивает. Применительно к понятию банковской гарантии существует ряд нюансов в гражданском и банковском праве.

Гарантом может быть только кредитная организация либо страховая организация.

Однако следует учитывать, что не все кредитные организации имеют такое право. Банк России устанавливает допустимое сочетание банковских операций для небанковских кредитных организаций (ч. 3 ст. 1 Федерального закона "О банках и банковской деятельности"). Поэтому нормативным актом Банка России предусматривается, что банковские гарантии могут выдавать банки и небанковские депозитно-кредитные организации (НДКО).

Что же касается банков, то они осуществляют все банковские операции, предусмотренные в ст. 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" если только у них не отозвана или не приостановлена соответствующая лицензия. Но

надо учитывать, что при определенных условиях, Банк России может ограничивать или запрещать проведение не всех, а определенных банковских операций, в том числе и операции по выдаче банковской гарантии. Поэтому в интересах бенефициара должна выясняться не только гражданско-правовая, но и банковская правоспособность гаранта, если таковым является кредитная организация.

Банк России, тоже имеет право выдавать банковские гарантии, но только российским и иностранным кредитным организациям,

а также Правительству Российской Федерации. Это, во-первых, а во-вторых, он может выдавать их только в тех целях, которые предусмотрены в Федеральном законе "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)". (В ст. 46 указанного Закона). При этом согласно ст. 84 этого же Закона, территориальные учреждения Банка России не имеют права выдавать банковские гарантии без разрешения Совета директоров.

Понятие "банковская гарантия" охватывает не только гарантию, которая выдается кредитной организацией, но и гарантию страховой организации.

Инициатором банковской гарантии является принципал. Он заинтересован в том, чтобы заключить соглашение с кредитором, обеспечив его банковской гарантией. По его просьбе выдается банковская гарантия. Однако соглашение о банковской гарантии не обязательно. Банковская гарантия - сделка односторонняя и абстрактная: ее реализация не зависит от оснований ее выдачи.

На практике соглашения между гарантом и принципалом встречается, но оно отнюдь не обязательно. Его наличие или отсутствие не колеблет действительность выданной гарантии.

Правоотношения между гарантом и бенефициаром по поводу гарантии возникает с момента представления бенефициаром письменного требования об уплате денежной суммы, которая указана в банковской гарантии. Характерно, что ст. 368 ГК РФ не предусматривает соглашение между гарантом и бенефициаром. В ней предусматривается письменная форма банковской гарантии, но как одностороннего обязательства гаранта перед бенефициаром. Вместе с тем норма этой статьи не требует заключения какого-либо отдельного письменного соглашения между ними. Поэтому гарант, в частности, не вправе ссылаться на то, что он не знал, принял ли условия банковской гарантии бенефициар, если только в самой гарантии это не обусловлено.

Конкретный бенефициар может быть не указан в банковской гарантии. Это может быть банковская гарантия, выданная на бенефициара, который в момент выдачи банковской гарантии еще неизвестен. Например, принципал, желая получить кредит, имеет банковскую гарантию, под которую может выдать кредит тот банк, которого устраивает такая банковская гарантия.

В отличие от бенефициара, наоборот, принципал, должен быть конкретно указан в банковской гарантии. Ведь в ст. 368 сказано, что банковская гарантия выдается по просьбе принципала. А с просьбой о выдачи банковской гарантии может обращаться только конкретный принципал. Поэтому если в банковской гарантии не указан конкретный принципал, то это влечет ее недействительность.

Может сложиться такая ситуация при которой, скажем иностранный банк готов предоставить банковскую гарантию, по просьбе своей дочерней организации, выступающей в роли бенефициара, при отсутствии конкретного принципала. В этом

случае принципалом может стать та организация, которую выберет для своих целей бенефициар для того, чтобы, скажем, разместить денежные средства, на самых выгодных условиях. Однако в этой ситуации есть риск, что Банк России не примет в расчет такую гарантию, анализируя финансовую отчетность кредитной организации. Это может повлечь применение к кредитной организации санкций, предусмотренных банковским правом.

Банковская гарантия - обязательство, возникающее в связи с основным обязательством принципала перед бенефициаром. Однако оно является дополнительным и самостоятельным обязательством по отношению к договору между бенефициаром и принципалом. Если принципал не исполнит в срок своих обязательств по основному договору, то гарант принимает на себя обязательство произвести платеж за свой счет. Для этого бенефициар должен предъявить ему письменное требование об уплате денежной суммы, указанной в банковской гарантии. При этом указывается, в чем конкретно состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия.

Выдача банковской гарантии - это банковская операция (ст. 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности"). Как сделка она регулируется гражданским законодательством, а как банковская операция - банковскими законами и нормативными актами Банка России. Применяя данный способ обеспечения обязательств, следует учитывать, что по отношению к кредитной организации Банк России предъявляет определенные требования. Так, например, обеспечение банковской гарантией некоторых обязательств имеет отношение к формированию резервов на возможные потери по ссудной задолженности. Размер этих резервов зависит от качества обеспечения и уровня кредитного риска. В некоторых случаях качество обеспечения, предусмотренное нормативным актом Банка России только для целей определения размера указанных резервов, определяется наличием банковской гарантии.

Банковская гарантия в некоторых случаях может иметь отношение к расчету норматива достаточности собственных средств (капитала) банка, за счет влияния на коэффициент риска (наличие банковской гарантии исполнения контракта от Первоклассного банка).

Есть и такие требования Банка России, которые определяют те банковские гарантии, которые могут быть приняты в обеспечение по облигациям кредитной организации в связи с их выпуском и регистрацией. Нормы банковского права, регулирующие институт банковской гарантии, системно взаимосвязаны с налоговым правом, таможенным правом.

Выдача банковских гарантий указана в статье 149 НК РФ среди прочих осуществляемых банками операций, которые не подлежат налогообложению.

В части формирования кредитной организацией резервов по сомнительным долгам и других резервов, которые уменьшают ее налогооблагаемую базу надо учитывать некоторые нормы, закрепленные в статье 266 НК. В частности, сомнительным долгом признается любая задолженность перед налогоплательщиком в случае, если эта задолженность не погашена в сроки, установленные договором, и не обеспечена, помимо прочего, банковской гарантией. Поэтому кредитным организациям, формирующим резервы по сомнительным долгам в отношении задолженности, образовавшейся в связи с невыплатой процентов по долговым обязательствам, надо обращать внимание на наличие банковской гарантии.

Банковские гарантии как обеспечение исполнения обязательств используют

таможенные органы при выдаче лицензии на учреждение таможенного склада (письмо ГТК РФ от 3 апреля 1997 г. N 02-06/6120). Их применяют в обеспечение уплаты таможенных платежей (письмо ГТК РФ от 7 апреля 1997 г. N 01-15/6386).

При определенных условиях, банковские гарантии используются и при проведении торгов на закупку товаров для государственных нужд либо проведении подрядных торгов на строительство и реконструкцию объектов.

Банковская гарантия - односторонняя сделка.

Банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное. В Приложении к информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. N 27 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии" разъясняется, что для возникновения гарантийного обязательства не требуется извещения гаранта о принятии бенефициаром гарантии, если иное прямо не предусмотрено в тексте гарантийного обязательства.

Права бенефициара.

Как отмечает Аванесова Г. "права бенефициара на получение денежной суммы по банковской гарантии могут оказаться под угрозой в соответствии со ст. 174 ГК, которая гласит, что, если полномочия органа юридического лица на совершение сделки ограничены его учредительными документами по сравнению с тем, как они определены в доверенности, в законе либо как они могут считаться очевидными из обстановки, в которой совершается сделка, и при ее совершении такой орган юридического лица вышел за пределы этих ограничений, сделка может быть признана судом недействительной по иску лица, в интересах которого установлены ограничения, если будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанных ограничениях.

Кроме того, следует иметь в виду, что согласно статьи 173 ГК РФ, "сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в его учредительных документах, либо юридическим лицом, не имеющим лицензию на занятие соответствующей деятельностью, может быть признана судом недействительной по иску этого юридического лица, его учредителя (участника) или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о ее незаконности".

С принятием Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц" и в связи с внесением изменений 7 августа 2001 года в Федеральный закон "О банках и банковской деятельности", проблема выяснения правоспособности гаранта становится менее сложной.

И все же потребность в изучении правоспособности гаранта остается. Как правильно отмечает Г. Аванесова, проверка бенефициаром документов гаранта, подтверждающих легальность его создания, специальную правоспособность, легальность и полномочия органов, действующих от его имени, не должна казаться ему напрасной тратой времени, так как информация, содержащаяся или отсутствующая в учредительных документах, поможет правильно решить вопрос о принятии гарантии и исполнении основного обязательства. Главный источник информации о гаранте - его устав и поэтому, прежде чем начать его изучать, бенефициар должен убедиться, что он обладает последней редакцией устава. Он должен посмотреть на подлинный экземпляр свидетельства о

государственной регистрации юридического лица, так как на его обратной стороне делаются отметки обо всех изменениях, вносимых в устав.

Банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное.

Принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное.

Требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии представляется гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

Требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

По получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами.

Гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии.

Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока. Гарант должен немедленно уведомить бенефициара об отказе удовлетворить его требование.

Если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно, он должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу.

Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом.

Пределы обязательства гаранта и его ответственность.

Предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. Однако ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства по гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное (п. 2 ст. 377 ГК). Поэтому, если в гарантии не предусмотрено иное, при неисполнении или ненадлежащем исполнении гарантом обязательств перед бенефициаром, то к гаранту могут быть применены статьи главы 25 Гражданского кодекса "Ответственность за нарушение обязательств", в частности ст. 395 "Ответственность за неисполнение денежного обязательства".

Ответственность гаранта не является ни субсидиарной, ни солидарной, так как гарант отвечает независимо от принципала - его ответственность перед бенефициаром самостоятельная. Поэтому, при недостаточности денежных средств у гаранта для исполнения им своей обязанности перед бенефициаром бенефициар вправе потребовать удовлетворения своих интересов из другого имущества гаранта, то есть обратиться с иском на его имущество в установленном законодательством порядке.

Обязательство гаранта перед бенефициаром прекращается только по основаниям,

указанным в п. 1 ст. 378 ГК, то есть: во-первых, в связи с уплатой бенефициару суммы, на которую была выдана гарантия; во-вторых, в связи с окончанием определенного в гарантии срока, на который она была выдана; в-третьих, в связи с отказом бенефициара от своих прав по гарантии и возвращением ее гаранту; в-четвертых, в связи с отказом бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств. При этом прекращение обязательства гаранта в первом, втором и четвертом из перечисленных оснований, не зависит от того, была ли возвращена ему гарантия.

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

При наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, судом может быть отказано в удовлетворении требований бенефициара (статья 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В статье 376 ГК РФ сказано, что:

"1. Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока.

Гарант должен немедленно уведомить бенефициара об отказе удовлетворить его требование.

2. Если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно, он должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом.";

б) условия, предъявляемые к письменному требованию бенефициара при наличии которых производится платеж. Требование должно быть письменным. Это могут быть любые письменные документы - ст. 434 ГК РФ).

Согласно статьи 374 "Представление требования по банковской гарантии":

1. Требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

2. Требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

В статье 375 ГК сказано, что:

"1. По получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами.

2. Гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии".

Регрессные требования гаранта к принципалу. Право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по

банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия. Гарант не вправе требовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, если соглашением гаранта с принципалом не предусмотрено иное.

2. Форма и содержание банковской гарантии

Банковская гарантия должна иметь письменную форму. Форма гарантии - одностороннее письменное обязательство гаранта. Действительность обязательства не зависит от наличия письменного соглашения. На практике - оформляется соглашением. ГК не предусматривает специальную форму соглашения.

По просьбе принципала гарант дает письменное обязательство уплатить его кредитору (бенефициару) определенную денежную сумму.

Однако из этого не следует, что требуется письменное соглашения между принципалом и гарантом и, что на этом основании можно не оплатить банковскую гарантию. В п. 3 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. N 27 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии" сказано, что отсутствие письменного соглашения между принципалом и гарантом не влечет недействительности гарантийного обязательства гаранта перед бенефициаром.

Отсутствие письменного соглашения между принципалом и гарантом не влечет недействительности гарантийного обязательства гаранта перед бенефициаром.

Банк-гарант выдал банковскую гарантию организации-бенефициару. При наступлении обусловленных в гарантийном обязательстве условий бенефициар обратился к гаранту с требованием о выплате соответствующей суммы. Гарант отказался от выполнения своих обязательств, поскольку письменное соглашение между ним и принципалом (должником по основному обязательству) не было заключено. Это обстоятельство, по мнению гаранта, свидетельствовало об отсутствии оснований возникновения гарантийного обязательства перед бенефициаром.

Рассмотрев иск бенефициара к гаранту, арбитражный суд его удовлетворил, исходя из следующего.

Гарантийное обязательство возникает между гарантом и бенефициаром на основании одностороннего письменного обязательства гаранта. Действительность этого обязательства не зависит от наличия письменного соглашения между гарантом и принципалом.

Письменное обязательство гаранта перед бенефициаром по форме и содержанию соответствовало требованиям статьи 368 Кодекса. Требование бенефициаром было заявлено в установленный срок и соответствовало условиям гарантийного обязательства. В связи с этим оснований для освобождения гаранта от ответственности не имелось.

Нужно обращать внимание на то, что банковская гарантия должна быть подписана не только руководителем, но и главным бухгалтером, выдавшей ее организации. Согласно требованиям ч. 3 п. 3 ст. 7 Федерального закона от 21 ноября 1996 г. "О бухгалтерском учете" (с изменениями от 23 июля 1998 г., 28 марта, 31 декабря 2002 г., 10 января, 28 мая, 30 июня 2003 г.) без подписи главного бухгалтера денежные и расчетные документы, финансовые и кредитные обязательства считаются недействительными и не должны приниматься к исполнению. Требования бенефициара об уплате денежной

суммы банковской гарантии должны представляться гаранту в письменной форме. Возможны любые письменные документы (ст. 434 ГК РФ). Тем самым фиксируется юридический факт, с которым закон связывает обязанность гаранта уплатить бенефициару денежную сумму банковской гарантии. В дальнейшем это становится подтверждением регрессных требований гаранта к принципалу. Принципал после этого не вправе ссылаться на свои отношения с бенефициаром по обязательству обеспеченному банковской гарантией.

Банковская гарантия включает: 1) наименование и местонахождение гаранта, указание на его организационно-правовую форму, данные регистрации и лицензии; 2) данные о принципале и указание на его просьбу о выдаче гарантии; 3) данные о бенефициаре, то есть о конкретном кредиторе принципала. Однако при отсутствии данных о конкретном бенефициаре обязательство по гарантии должно исполняться в пользу бенефициара, предъявившего гаранту подлинник банковской гарантии (см.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. N 27//Вестник ВАС. 1998, N 3. С. 95); 4) условие об уплате денежной суммы банковской гарантии. Эта сумма после ее определения не зависит от суммы основного обязательства. Поэтому она должна быть четко обозначена в самой гарантии; 5) срок банковской гарантии. Этот срок пресекаемый, он не может быть восстановлен.

Классификация банковских гарантий

- а) отзывные и безотзывные;
- б) условные и безусловные;
- в) покрытые и непокрытые;
- г) передаваемые и непередаваемые.

8. Осуществление переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов)

Согласно норм, закрепленных в статье 5 Федерального закона "О банках и банковской деятельности" кредитные организации вправе осуществлять переводы денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов).

Физическое лицо вносит наличные деньги в кассу кредитной организации. По этому поводу есть разъяснение одного из департаментов Банка России. В частности, департамент платежных систем и расчетов рассмотрел поступившие запросы, касающиеся отнесения переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов к безналичным расчетам, и дал следующее разъяснение. По его мнению, эта операция осуществляется согласно п. 2 статьи 863 Гражданского кодекса Российской Федерации в рамках норм параграфа 2 "Расчеты платежными поручениями". Это, во-первых, а во-вторых, при переводе денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов кредитными организациями осуществляется ряд последовательных банковских операций, начиная с приема наличных денег от физического лица и до зачисления их на банковский счет получателя

в безналичном порядке. Поэтому, как считает департамент платежных систем, перевод денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов относится к безналичным расчетам.

Есть Указание оперативного характера Банка России от 23 ноября 1998 г. N 327-Т "О переводах денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов". В нем только сказано, что кредитные организации (за исключением небанковских кредитных организаций - организаций инкассации) вправе осуществлять операции по переводам денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов. Сделать это они могут на основании выданных Банком России лицензий, предусматривающих в числе разрешенных банковских операций операцию по кассовому обслуживанию физических и/или юридических лиц. Поэтому учредителям (участникам) кредитной организации, имеющей вышеуказанную лицензию, этим письмом рекомендовано внести соответствующее дополнение в перечень банковских операций, предусмотренный в ее учредительных документах.

Поэтому можно сделать вывод, что эта операция практически никак не регулируется нормативными актами Банка России.

На практике возник вопрос о том, могут ли операционные кассы вне кассового узла кредитной организации производить прием платежей физических лиц без открытия банковских счетов. В ответ на запрос из АРБ Юридический департамент Банка России дал следующее разъяснение.

Операционная касса вне кассового узла производит все расчеты через корреспондентский счет своей кредитной организации (субкорсчет филиала кредитной организации). При этом все операции, осуществляемые такой кассой, отражаются в ежедневном балансе кредитной организации (филиала). С учетом этого, перечень операций, делегируемых кредитной организацией (филиалом) своим внутренним структурным подразделениям, определяется кредитной организацией (филиалом) самостоятельно, исходя из перечня операций, закрепленных в лицензии на осуществление банковских операций, с учетом ограничений, определенных федеральными законами и нормативными актами Банка России. Поэтому операционная касса вне кассового узла может осуществлять прием от клиента - физического лица денежных средств (ценных бумаг) и документов, операции с которыми отражаются в бухгалтерском учете кредитной организации.

Что касается валютных операций, то физическое лицо - резидент имеет право перевести из Российской Федерации без открытия банковского счета в уполномоченном банке иностранную валюту или валюту Российской Федерации в сумме, не превышающей в эквиваленте 5000 долларов США. Она определяется исходя из официальных курсов иностранных валют к рублю, установленных Банком России на дату поручения уполномоченному банку на осуществление указанного перевода. При этом общая сумма переводов физического лица - резидента из Российской Федерации без открытия банковского счета, осуществляемых через уполномоченный банк (филиал уполномоченного банка) в течение одного операционного дня, не должна превышать эту сумму.

Переводы без открытия банковского счета, в соответствии с нормативными актами Банка России подлежат внутреннему контролю в кредитной организации. В Указании оперативного характера ЦБР от 24 декабря 2003 г. N 179-Т "Об усилении контроля за операциями по переводу денежных средств без открытия счетов и за операциями с

использованием предоплаченных финансовых продуктов" акцентируется внимание на то, что такие операции могут осуществляться клиентами кредитных организаций в преступных целях. Банк России рекомендовал кредитным организациям, осуществляющим операции с предоплаченными финансовыми продуктами, а также предоставляющим услуги по переводу денежных средств без открытия счета, следующее. Они должны усилить контроль за указанными операциями, обратив особое внимание на операции по регулярному переводу денежных средств физическими лицами без открытия банковского счета в случаях, когда сумма таких операций по отдельности не превышает сумму, эквивалентную 600000 рублей.

§ 5. Понятие и виды сделок совершаемых с участием кредитных организаций

1). Понятие сделки совершаемой с участием кредитной организации

Банковская операция - это предусмотренная банковским законодательством и нормативными актами Банка России технология осуществления сделки, участником которой является кредитная организация.

В юридической литературе имеется достаточно много литературы по сделкам, участником которых является кредитная организация. Есть и научные работы, в которых приводится понятие и термин "банковская сделка".

Нам думается, что все же сделка, независимо от того, кто является ее субъектом, - остается сделкой. Поэтому, например, тот факт, что банковскую операцию по вкладам осуществляет банк, еще не является достаточным основанием, чтобы назвать такую сделку - "банковская сделка". Точно также эту сделку можно назвать, скажем, - "вкладная сделка". Ведь стороны в гражданских правовых отношениях равны. А вот банковская операция - это другое дело. Ее проводит только одна из двух сторон сделки - кредитная организация. Только она обязана иметь соответствующую банковскую лицензию. И выдается лицензия не на сделки, а на банковские операции.

Сделки кредитных организаций со своими клиентами - это разновидность гражданско-правовых сделок. Они регулируются гражданским правом. Согласно статье 153 ГК РФ ("Понятие сделки") сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей". Сделки могут быть двух- или многосторонними (договоры) и

односторонними. Односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка).

Сделки бывают устные и письменные. Сделки с участием кредитных организаций должны иметь письменную форму. Согласно статье 160 ГК РФ ("Письменная форма сделки") сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами. Двусторонние (многосторонние) сделки могут совершаться способами, установленными пунктами 2 и 3 статьи 434 настоящего Кодекса. Законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма сделки (совершение на бланке определенной формы, скрепление печатью и т.п.), и предусматриваться последствия несоблюдения этих требований.

Если лицо действует от имени банка на основании доверенности, и при этом превысит свои полномочия, то может возникнуть довольно сложная проблема. Не менее сложными является последствия, когда лицо действует от имени юридического лица - банковского клиента и при этом считается неуполномоченным лицом.

В этом плане, имеется судебная практика, говорится, что в случаях превышения полномочий органом юридического лица (статья 53 ГК РФ) при заключении сделки пункт 1 статьи 183 ГК РФ применяться не может. В данном случае в зависимости от обстоятельств конкретного дела суду необходимо руководствоваться статьями 168, 174 ГК РФ, с учетом положений.

Сделка, совершенная неуполномоченным лицом, может быть впоследствии одобрена представляемым. В таком случае наступают те же правовые последствия, что и при представительстве с полномочием, причем с момента совершения сделки, а не с момента ее одобрения.

Одобрение должно последовать в нормально необходимый срок. Оно может иметь устную или письменную форму, либо может быть выражено посредством совершения определенных действий.

В некоторых случаях возникают противоречия между банковским и гражданским правом, применительно к регулированию банковских операций и сделок.

Федеральный закон "О банках и банковской деятельности" (далее - Федеральный закон) предъявляет ряд требований, которые относятся и к банковским операциям и сделкам с участием кредитными организациями. В ст. 29 Федерального закона закреплено требование о том, что процентные ставки по кредитам, вкладам (депозитам) и комиссионное вознаграждение по операциям устанавливаются кредитной организацией по соглашению с клиентами, если иное не предусмотрено федеральным законом. Там же сказано, что "кредитная организация не имеет права в одностороннем порядке изменять процентные ставки по кредитам, вкладам (депозитам), комиссионное вознаграждение и сроки действия этих договоров с клиентами, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или договором с клиентом". И вот здесь возникает противоречие с ГК РФ, согласно которому, изменение размера процентов по банковскому вкладу гражданина в одностороннем порядке может быть

предусмотрено только законом. В силу статьи 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу РФ. По этому вопросу есть Постановление Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. N 4-П. В нем сказано, что положение части второй статьи 29 Федерального закона об изменении процентной ставки по срочным вкладам граждан, позволяющее банку в одностороннем порядке произвольно снижать ее исключительно на основе договора, без определения в федеральном законе оснований, обуславливающих такую возможность, признано не соответствующим Конституции РФ.

Что касается сделок, то нужно учитывать, что в ст. 30 Федерального закона закреплены нормы, которые регулируют отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами. О них надо помнить, заключая соответствующий договор с кредитной организацией или с Банком России. В первой части этой статьи говорится буквально следующее: "Отношения между Банком России, кредитными организациями и их клиентами осуществляются на основе договоров, если иное не предусмотрено федеральным законом". Иное действительно предусмотрено федеральным законом. А именно, - банковские операции кредитная организация осуществляет не в соответствии с договором между Банком России, а в соответствии с правилами, установленными Федеральным законом и нормативными актами Банка России. По этому вопросу они договариваться не вправе. Например, кредитная организация не может заключить договор с Банком России о том, как она будет оформлять свои кассовые операции с клиентами. Это императивные нормы. Есть соответствующее положение о кассовых операциях и его надо соблюдать. Что же касается сделок с Банком России, то кредитная организация в этих отношениях действует как равная сторона.

В части второй указанной статьи говорится: "В договоре должны быть указаны процентные ставки по кредитам и вкладам (депозитам), стоимость банковских услуг и сроки их выполнения, в том числе сроки обработки платежных документов, имущественная ответственность сторон за нарушения договора, включая ответственность за нарушение обязательств по срокам осуществления платежей, а также порядок его расторжения и другие существенные условия договора". Поскольку это существенные условия, то о них нужно помнить с тем, чтобы сделка имела юридическую силу.

Дальше в этой статье сказано, что клиенты вправе открывать необходимое им количество расчетных, депозитных и иных счетов в любой валюте в банках с их согласия, если иное не установлено федеральным законом. Порядок открытия, ведения и закрытия банком счетов клиентов в рублях и иностранной валюте устанавливается Банком России в соответствии с федеральными законами. Однако порядок этот, и об этом речь пойдет в последующей лекции, - законом регулируется только в самых общих чертах. До сих пор Банк России не принял нормативный акт по вопросам классификации банковских счетов и о порядке их открытия. В четвертой части ст. 30 Федерального закона сказано, что участники кредитной организации не имеют каких-либо преимуществ, при рассмотрении вопроса о получении кредита или об оказании им иных банковских услуг, если иное не предусмотрено федеральным законом. Однако не ясно, о каких конкретно преимуществах идет речь. Конечно, посредством толкования можно прийти к вполне обоснованному выводу, что запрещаются льготы для учредителей и участников кредитных организаций. Вопрос о

предоставлении кредита и его размере, процентах, сроках погашения и обеспечении должен решаться на общих основаниях. Но в Федеральном законе не сказано, каким образом все это должно контролироваться. Между тем как раз из-за этого, в 90-е годы прошлого века, многие кредитные организации становились банкротами. Не исключено, что были такие банки, которые для этого и создавались. Они привлекали денежные средства вкладчиков. Затем некоторые учредители вносили тоже свои вклады, но на них начислялись большие проценты, либо учредители брали в этих банках кредиты. Эти кредиты постоянно пролонгировались, а затем не возвращались. Фактически это был обман вкладчиков и других банковских клиентов.

В принципе, теперь Федеральный закон предусматривает запрет таких льгот. Но нужен механизм контроля, чтобы эти правила соблюдались. Это и надзор со стороны Банка России, и внутренний контроль, и контроль со стороны ревизионных комиссий в кредитных организациях.

2). Виды сделок с участием кредитной организацией.

Кредитная организация помимо перечисленных в части первой настоящей статьи банковских операций вправе осуществлять следующие сделки:

- 1) выдачу поручительств за третьих лиц, предусматривающих исполнение обязательств в денежной форме;
- 2) приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме;
- 3) доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами;
- 4) осуществление операций с драгоценными металлами и драгоценными камнями в соответствии с законодательством Российской Федерации;
- 5) предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей;
- 6) лизинговые операции;
- 7) оказание консультационных и информационных услуг.

Кредитная организация вправе осуществлять иные сделки в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Все банковские операции и другие сделки осуществляются в рублях, а при наличии соответствующей лицензии Банка России - и в иностранной валюте. Правила осуществления банковских операций, в том числе правила их материально-технического обеспечения, устанавливаются Банком России в соответствии с федеральными законами.

Как уже ранее говорилось, в этой же статье Федерального закона содержится норма, запрещающая кредитной организации запрещается заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью.

В соответствии со статьей 6 Федерального закона, банк вправе осуществлять деятельность на рынке ценных бумаг. Он вправе осуществлять выпуск, покупку, продажу, учет, хранение и иные операции с ценными бумагами, выполняющими функции платежного документа, с ценными бумагами, подтверждающими привлечение денежных средств во вклады и на банковские счета, с иными ценными бумагами, осуществление

операций с которыми не требует получения специальной лицензии в соответствии с федеральными законами, а также вправе осуществлять доверительное управление указанными ценными бумагами по договору с физическими и юридическими лицами.

Кредитная организация имеет право осуществлять профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг в соответствии с федеральными законами. Это в частности, Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. "О рынке ценных бумаг" (с изменениями); Федеральный закон от 11 ноября 2003 г. "Об ипотечных ценных бумагах".