

## ОТКАЗ ОТ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ИЛИ ПОЛУЧЕНИЯ КРЕДИТА

**Р.И. КАРИМУЛЛИН**

Каримуллин Рустем Ильгизарович

Magister Legum (LL.M.), магистр частного права. Специалист по корпоративному и банковскому праву.

Родился 12 января 1973 г. в Казани. В 1996 г. с отличием окончил КГУ им. В.И. Ульянова - Ленина, в 1998 г. Гамбургский университет; в 1999 г. Российскую школу частного права (Москва).

С 1994 г. работал юристом в различных юридических фирмах; в настоящее время - в английской юридической фирме "Клиффорд Чанс Пюндер СНГ Лтд." (Москва): представляет иностранные компании в судах, арбитражных судах, арбитражах.

Автор вступительной статьи к германскому Закону об общих условиях сделок и научный редактор кн. "Германское право. Часть III", 1999.

Заключение кредитного договора далеко не всегда приводит к фактической передаче банком заемного капитала. Часто банк отказывается предоставить кредит, ссылаясь на неблагоприятные изменения в имущественном положении заемщика, которые не позволяют ожидать своевременного и полного возврата кредита. А иногда кредитования не происходит по инициативе самого заемщика, отказывающегося от получения кредита. В российском праве подобные ситуации регулируются в п. 1 и 2 ст. 821 ГК РФ.

### Отказ от предоставления кредита

Как следует из п. 1 ст. 821 ГК РФ, "кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок".

Указанное положение не является абсолютно новым для российского законодательства. Похожее правило содержалось в ст. 219 ГК РСФСР 1922 г., которая устанавливала, что лицо, обязавшееся по предварительному договору дать другому займы, может требовать расторжения предварительного договора, если впоследствии имущественное положение контрагента значительно ухудшится, в частности если он будет признан несостоятельным или приостановит платежи.

Кредитный договор всегда заключают, предполагая, что ко времени, назначенному для его исполнения, имущественная состоятельность заемщика не уменьшится настолько, чтобы для кредитора могла возникнуть серьезная угроза потери суммы кредита. Как справедливо было отмечено, *clausula rebus sic stantibus* [основание для расторжения договора при существенном ухудшении имущественного положения контрагента] должна быть подразумеваема во всяком договоре займа <\*>. Смысл этой нормы, известной практически каждому развитому континентальному правопорядку <\*>, состоит в том, что нельзя ожидать от кредитора предоставления кредита при возникновении угрозы невозвращения последнего.

<\*> Гражданское уложение. Проект / Под ред. И.М. Тютрюмова. - СПб., 1915. С. 465.

<\*> См., напр.: ст. 1845 ГК Италии, ст. 316 Швейцарского обязательственного закона, § 610 Германского гражданского уложения, § 936, 983 Австрийского гражданского уложения.

В ГК РФ, определяющем для кредитора такое право в п. 1 ст. 821, не содержится перечня самих обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок. Ими, надо полагать, могут быть признаны перечисленные в ГК РФ обстоятельства, которые дают кредитору право на досрочное расторжение договора:

- принятие учредителями решения о реорганизации заемщика как юридического лица;
- уменьшение уставного капитала заемщика;
- перевод долга при продаже и аренде предприятия, в чей состав входит задолженность из кредитного договора;
- невыполнение заемщиком предусмотренных кредитным договором обязанностей по обеспечению

возврата суммы кредита;

- утрата обеспечения заемщика или ухудшение его условий по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает.

В проекте части второй ГК РФ и в литературе <\*> одним из таких обстоятельств справедливо признавалось возбуждение процедуры признания заемщика неплатежеспособным, поскольку основанием для нее как раз и является неспособность к исполнению своих денежных обязательств. Примечательно, что Закон о банкротстве <\*> прямо наделяет самого должника правомочием обратиться в арбитражный суд, предваряя возникновение обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что он будет не в состоянии исполнить свои денежные обязательства в установленный срок (п. 2 ст. 7).

-----  
<\*> См.: п. 1 ст. 796 проекта второй части Гражданского кодекса Российской Федерации // Российская газета. - 1995. 25 августа; Суханов Е.А. Заем и кредит (ст. 807 - 823) // Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. - М., 1996. Гл. 42. С. 166.

<\*> Федеральный закон от 8 января 1998 г. N 6-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" // СЗ РФ. 1998. N 2. Ст. 222.

При определенных условиях обстоятельствами, угрожающими возврату кредита, можно было бы также признать следующие:

- резкое падение цен на акции заемщика;
- неожиданные и необъяснимые сокращения размеров остатков на счету заемщика <\*>;

-----  
<\*> См.: Роуз Питер С. Банковский менеджмент. - М.: Дело, 1997. С. 193 - 194.

- информация о кадровых изменениях в органах управления заемщика;
- смена аудитора, удостоверившего финансовую отчетность;
- изменение основного состава участников общества заемщика;
- уход крупных акционеров, свидетельствующий о предстоящем крахе <\*>.

-----  
<\*> См.: Ольшаный А.И. Банковское кредитование. - М.: Русская деловая литература, 1997. С. 75.

Перечисленные признаки могут свидетельствовать о существенном увеличении того риска банка, исходя из которого стороны определили условия кредитного договора. Но изменился ли риск настолько, что это позволило бы кредитору рассматривать данные факторы как очевидно угрожающие возврату кредита и отказаться от исполнения договора, в каждом случае следует оценивать дифференцированно. Хотя следует отметить, зачастую указанные обстоятельства взаимосвязаны и являются обычными спутниками проблемного предприятия. Так, в случае ухода из совместного предприятия известного на мировом рынке иностранного инвестора, определявшего инвестиционную политику СП и в моменты кризиса регулярно финансировавшего его, можно ожидать и смены аудитора, и падения цен на акции заемщика, и дефицита денежных средств на счете.

В сфере международного кредитования интересна оговорка "cross - default", которая наделяет кредитора правом на отказ от кредитного договора, если расторгается другой кредитный договор. Но даже при отсутствии таковой об указанных обстоятельствах может свидетельствовать отказ другого банка в предоставлении кредита либо отпадение оснований для предоставления бюджетных кредитов или ссуд. Безусловно, обе причины должны быть связаны с изменением имущественного положения заемщика, а не с ответственностью кредитора или ссудодателя.

Основанием для отказа в предоставлении кредита может стать возбуждение исполнительного производства. Так, в литературе приводится случай, когда в отношении одного и того же заемщика было возбуждено шестнадцать (!) исполнительных производств <\*>. Если кредит является потребительским, то таким обстоятельством может стать установление факта, что заемщиком является гражданин, у которого удержания по принудительным документам достигли 50% зарплаты. Обращение взыскания на зарплату обычно допускается при отсутствии у должника другого имущества для полного погашения взыскиваемых

сумм. При этом с него может быть удержано не более половины заработка. Данное ограничение, предусмотренное ст. 66 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 119-ФЗ "Об исполнительном производстве" <\*>, гарантирует тот минимум, который необходим для личных расходов заемщика - гражданина.

-----  
<\*> Сгибнева О.М. Основания требования досрочного исполнения обязательства и обращения взыскания на заложенное имущество // Обзор судебно - арбитражной практики. - Вып. 3. - М.: Юрид. лит., 1996. С. 218 - 219.

<\*> СЗ РФ. - 1997. N 30. Ст. 3591.

Поэтому в потребительских кредитных договорах, погашаемых, как правило, за счет трудовых доходов заемщика, наличие угрожающих возврату кредита обстоятельств может быть напрямую связано с прекращением трудовых отношений. Ведь сумма, предназначенная для погашения кредита, рассчитывается здесь исходя из будущего совокупного трудового дохода заемщика. А поскольку из-за увольнения заемщик лишается заработка и получения им нового места работы не предвидится, то кредитор вправе полагать, что кредит не будет своевременно возвращен.

Обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок, в любом случае должны удовлетворять определенным требованиям.

Во-первых, они должны указывать на то, что в срок не будет возвращена предоставленная заемщику сумма кредита, т.е. основная сумма долга. При отсутствии угрозы для возврата основного долга обстоятельства, свидетельствующие о том, что другое обязательство заемщика - уплата процентов - не будет осуществляться своевременно (например, в последний день каждого месяца) или вообще, не позволяют кредитору отказаться от предоставления кредита.

Во-вторых, эти обстоятельства должны быть очевидными не только для кредитора, но и для любого другого "разумного и добросовестного" лица. Предположение о возможной неспособности заемщика вернуть сумму кредита должно опираться на объективные данные о его имущественном положении. Бремя доказывания угрожающих возврату кредита обстоятельств лежит на кредиторе, ибо именно он ссылается на них, отказывая заемщику в предоставлении кредита. В свою очередь, заемщик может привести доказательства обратного, например наличие у него ликвидного имущества, достаточного для погашения долга.

В-третьих, такие обстоятельства должны быть выявлены кредитором и наступить только после заключения договора. Но и тогда, когда кредитор узнал о неблагоприятных для возврата обстоятельствах (например, об ухудшении имущественного положения заемщика) уже после этого момента, отказ от предоставления кредита не всегда может быть признан правомерным. И уж тем более если данные обстоятельства имели место до заключения договора, ибо этой процедуре обычно предшествует длительная и подробная проверка кредитоспособности заемщика с привлечением официальных, а иногда и сокрытых от налоговых органов финансовых документов.

Именно в тяжелой экономической ситуации заемщик должен быть уверен в исполнении кредитором своих обязательств. Такая экстремальная ситуация может сложиться, например, в рамках досудебной санации, предусмотренной ст. 27 Закона о банкротстве. Здесь кредит выступает в качестве финансовой помощи, оказываемой заемщику в размере, достаточном для погашения его обязательных платежей, денежных обязательств и восстановления своей платежеспособности. Согласие кредитора, данное им после анализа финансового состояния заемщика, должно связывать банк, лишая его возможности заявить о своем отказе со ссылкой на п. 1 ст. 821 ГК РФ.

И заемщик, и его кредитор заинтересованы в своевременном исполнении банком своих обязательств, поскольку неисполнение в этом случае означает не просто возникновение убытков - под вопросом продолжение экономической жизни самого заемщика. И здесь уже обстоятельство, очевидно свидетельствующее о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок, не может служить кредитору основанием для отказа от исполнения договора. Подобная мера воздействия употребима только тогда, когда имущественное положение заемщика неизменно продолжает ухудшаться, а его поведение свидетельствует, например, о невозможности реализации плана по финансовому оздоровлению.

Применение п. 1 ст. 821 ГК РФ может быть ограничено, если сам банк создает у заемщика уверенность в продолжении кредитования или же ставит его в полную экономическую зависимость от своих кредитов. Так, договором об открытии кредитной линии может быть предусмотрена обязанность заемщика

получать кредиты только у данного кредитора. Во исполнение договора банк периодически предоставляет кредиты, но в какой-то момент неожиданно прекращает кредитование, что может привести к тяжелым экономическим последствиям для заемщика. Тогда заемщик, чтобы защитить себя от противоречивого поведения кредитора, может сослаться на допущенное банком злоупотребление правом, в результате чего суд на основании ст. 10 ГК РФ может лишить кредитора защиты его права на отказ от предоставления кредита и обязать исполнить свое обязательство.

Отказ от исполнения кредитного договора на основании п. 1 ст. 821 ГК РФ может быть заявлен и тогда, когда кредитором после заключения договора были выявлены недобросовестные действия заемщика с целью получения кредита, в частности злонамеренное соглашение заемщика с работником кредитора (например, по практике кредитов, предоставляемых "под откат"), представление фиктивных данных в приложенных к кредитной заявке документах или подложных документов, подтверждающих кредитоспособность заемщика. Разумеется, во всех перечисленных случаях дополнительно может быть поставлен вопрос о признании заключенного договора недействительной сделкой на основании ст. 179 ГК РФ. Если заемщик в подобной ситуации обратился в суд с требованием к банку предоставить кредит, то банк вправе обосновывать свои возражения на оспоримости совершенной сделки, а до судебного спора он может защищать свои права, ссылаясь на обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что кредит не будет возвращен.

Кредитор может отказаться предоставить кредит, пока сумма кредита не передана заемщику полностью или частично. Если заемщик уже получил хотя бы небольшую часть суммы, кредитор не может отказаться от предоставления кредита в полном объеме. Последнее, в свою очередь, с необходимостью влечет за собой прекращение права кредитора на отказ от кредитования по этому основанию. В данном случае следует исходить из того, что банк не вправе требовать возврата предоставленного кредита, ссылаясь на положения о неосновательном обогащении, поскольку кредит предоставлен им во исполнение действительного договора.

Отказ кредитора от частичного предоставления кредита гипотетически может быть обусловлен возникновением двух ситуаций.

Во-первых, когда кредитор считает, что заемщик окажется в состоянии вернуть только часть суммы. Разумеется, такой частичный отказ предполагает согласие заемщика, так как связан с изменением условия о размере кредита. При этом не исключено, что заемщик полностью утратит интерес к договору. Предоставление части кредита в этом случае может означать невозможность последующего отзыва переданной суммы до установленного срока возврата. По крайней мере, пока для этого не наступили какие-либо законные или договорные основания.

Во-вторых, если кредит передается заемщику частями (например, в виде кредитной линии) и какую-то сумму он уже получил. В этом случае кредитор при выявлении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что вся сумма кредита не будет возвращена в срок, вправе не исполнять далее своих обязанностей по предоставлению кредита только в отношении непереданной суммы. Норма п. 1 ст. 821 ГК РФ не наделяет его правом требовать досрочного возврата переданной части.

Отказ в предоставлении кредита является односторонним волеизъявлением кредитора, решение о котором должно быть получено заемщиком до предусмотренного договором срока зачисления кредита на его счет или вручения наличными через кассу банка.

Следует полагать, кредитор может заявить об отказе от кредитования также и в ходе судебного разбирательства по иску заемщика о предоставлении ему кредита. Тогда свой отказ банк может озвучить в форме возражения на требование заемщика в ходе судебных прений.

Отказывая в предоставлении кредита на основании п. 1 ст. 821 ГК РФ, кредитор зачастую несет убытки в виде упущенной выгоды и даже реального ущерба. Убытки могут быть причинены, в частности, неисполнением встречной обязанности заемщика, в зависимость от которой было поставлено предоставление кредита. Поэтому банк при отказе одновременно может возложить ответственность за неисполнение договора на неисправного заемщика. Чтобы защитить свои права, банки могли бы также использовать условия о неустойке, тем более что судебный контроль за их соблюдением не исключен для каждого конкретного случая и в российском гражданском праве (ст. 333 ГК РФ).

Отказ от предоставления кредита допускается также по другим основаниям. Например, в случае назначения временной администрации в качестве меры по предупреждению банкротства банка и приостановления полномочий его исполнительных органов. Тогда в трехмесячный срок с начала осуществления этой меры руководитель временной администрации вправе отказаться от исполнения кредитного договора как договора долгосрочного на основании ст. 27 Федерального закона от 25 февраля

1999 г. N 40-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций", а также п. 1 и 2 ст. 77 Закона о несостоятельности (банкротстве).

Иногда заемщик должен произвести исполнение первым, в частности:

- внести целевой накопительный жилищный вклад при кредитовании приобретения жилья <\*>;

-----

<\*> См.: п. 2.1 - 2.3 Положения о льготном кредитовании и финансировании жилищного строительства на основе целевых накопительных жилищных вкладов, утвержденные Постановлением правительства г. Москвы от 5 марта 1996 г. N 201.

- передать в залог банку приобретенный сберегательный сертификат <\*> или предоставить иное обеспечение;

-----

<\*> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 1 апреля 1997 г. N 4684/96.

- произвести регистрацию кредитного договора в иностранной валюте <\*>;

-----

<\*> Положение о порядке привлечения и погашения резидентами Российской Федерации финансовых кредитов и займов в иностранной валюте от нерезидентов на срок свыше 180 дней Центрального банка РФ от 6 октября 1997 г. N 527 в ред. от 1 марта 1999 г. // Вестник Банка России. - 1997. N 71 - 72.

- получить положительные заключения государственных экспертиз <\*>;

-----

<\*> См.: абзац 4 п. 17 Временного положения о финансировании и кредитовании капитального строительства на территории Российской Федерации, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 21 марта 1994 г. N 220 // САПП. - 1994. N 13. Ст. 996.

- получить отведенный земельный участок и разрешение госорганов на строительство жилья <\*>.

-----

<\*> Пункт 6 Указа Президента РФ от 10 июня 1994 г. N 1180 "О жилищных кредитах" // СЗ РФ. - 1994. N 7. Ст. 692.

Когда предусмотренные законом или договором действия не производятся, кредитор может воспользоваться правом на отказ от предоставления кредита на основании п. 1 ст. 821 ГК РФ либо правами, определенными ст. 328 ГК РФ. Допустимость такого выбора базируется на общем принципе реализации лицами принадлежащих им прав по собственному усмотрению.

Применяя ст. 328 ГК РФ, кредитор получает более широкие возможности для защиты своих прав. Он может приостановить исполнение, т.е. временно отказаться от предоставления кредита <\*>. Причем когда кредитор приостанавливает исполнение, ссылаясь на ст. 328, то в случае предоставления заемщиком обусловленного встречного исполнения кредитор обязан передать сумму кредита. Если же кредитор окончательно отказался предоставить кредит (на основании п. 1 ст. 821 или п. 2 ст. 328 ГК РФ), тогда отказ влечет за собой прекращение кредитного договора. Тем самым заемщик лишается права требовать предоставления кредита, даже если в дальнейшем отпали обстоятельства, которые послужили основанием для отказа от кредитования.

-----

<\*> Для международных кредитных договоров возможность приостановления кредитором встречного исполнения предусмотрена ст. 7.1.3.2 Принципов международных коммерческих договоров.

Кредитор и здесь наделен правом не только отказаться от исполнения обязанности предоставить кредит, но и потребовать возмещения убытков. Однако в отличие от п. 1 ст. 821 ГК РФ в данном случае право на возмещение убытков основано на прямом указании закона.

Может возникнуть вопрос: вправе ли кредитор при неисполнении заемщиком - предпринимателем

своих обязательств, в зависимость от которых поставлено предоставление кредита, приостановить исполнение, ссылаясь не на ст. 328 ГК РФ, а на правила об удержании? Закон не позволяет ответить утвердительно. В ст. 359 ГК РФ кредитору предоставлено право на удержание в отношении вещи, а не в отношении имущественных прав, которыми являются безналичные денежные средства. Но даже если кредит предоставлен наличными через кассу, не исполняется требование индивидуальной определенности предмета удержания <\*>. Следовательно, подобные действия не могут быть признаны осуществлением права удержания в смысле ст. 359 ГК РФ.

-----  
<\*> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. - М., 1997. С. 447 - 449.

КонсультантПлюс: примечание.

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

### Обязанность заемщика по получению суммы кредита

Причин для отказа заемщика получить кредит также может быть предостаточно. Так, вследствие ожидаемого удорожания кредита заемщик стремится избежать риска повышения процентов и, заключая договор с банком, обеспечивает себе выгодные условия для финансирования запланированного мероприятия. Его первоначальное намерение получить кредит может быть связано со строительством, которое на момент заключения кредитного договора находится в стадии планирования, но впоследствии срывается из-за отказа компетентных органов в отводе земельного участка. Заемщик может получить более выгодное предложение по кредитованию от другого банка или по экономическим причинам будет не в состоянии предоставить достаточное обеспечение. Наконец, при заключении кредитного договора заемщик может просто не знать, понадобится ли ему кредит вообще, и если да, то в какой конкретно момент, - при дефиците кредита, подверженного в российских условиях инфляционному риску, гипотетически вполне можно представить себе и такую ситуацию.

Существует ли во всех этих случаях обязанность заемщика получить кредит?

В литературе этот вопрос рассматривается с разных позиций. Одни авторы отвечают на него, исходя из возмездного характера займа <\*>, а другие отвечают на него также утвердительно, но при этом они опираются исключительно на консенсуальную природу кредитного договора <\*>.

-----  
<\*> См.: Тютрюмов И.М. Указ. соч. С. 461, 464, 465; Дернбург Г. Пандекты // Обязательственное право. - 2-е изд. - М., 1904. Т. 3. - С. 277.

<\*> Хохлов С.А. Регулирование денежных отношений // Вестник ВАС РФ. - 1996. N 8. С. 92 - 93.

Действующее российское законодательство, несмотря на консенсуальный и возмездный характер заемного обязательства по кредитному договору в российском праве, не позволяет говорить об обязанности заемщика получить кредит как об общем правиле.

Подтверждение этому выводу содержится в п. 2 ст. 821 ГК РФ, согласно которому заемщик вправе отказаться от получения кредита полностью или частично, уведомив об этом кредитора до установленного договором срока его предоставления, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором.

Данное положение свидетельствует о том, что российское право рассматривает обязанность по получению кредита в виде исключения, которое может быть предусмотрено в договоре или правовых актах, но не предполагается в обычном кредитном договоре при умолчании о том сторон.

Казалось бы, такой вывод противоречит норме о допустимости досрочного возврата кредита только с согласия займодавца (абз. 2 п. 2 ст. 810 ГК РФ), безусловно применимой также к отношениям сторон кредитного договора. Ведь только при реализации достигнутого между кредитором и заемщиком соглашения о предоставлении кредита займодавец мог бы рассчитывать на получение прибыли от использования отвлеченных им денежных средств. Но в том-то и дело, что досрочное прекращение кредитного договора до и после получения заемщиком суммы кредита имеет для банка различные последствия.

Поскольку российский банк является универсальной кредитной организацией, сфера осуществляемых

им операций не ограничена кредитными договорами. Отсюда предполагается, что, сохраняя право распоряжения теми денежными средствами, от получения которых заемщик отказался, он имеет возможность вложить их с выгодой для себя в другие операции.

Кроме этого, необходимо также учитывать, что положение о праве заемщика на отказ от получения кредита в какой-то мере уравновешено правом самого кредитора на отказ от предоставления кредита при возникновении угрозы для его возврата (п. 1 ст. 821 ГК РФ). Не случайно законодатель поместил обе нормы в одной статье.

Наконец, право заемщика на отказ от получения кредита не может быть реализовано в любой момент. Такая возможность поставлена законом в зависимость от предварительного уведомления кредитора, которое должно быть не только осуществлено заемщиком, но и получено кредитором до оговоренного срока выдачи кредита или его перечисления. В случае когда кредит должен быть предоставлен иным банком, в котором заемщик не имеет расчетного счета, предварительное уведомление может считаться произведенным, если оно поступило к кредитору до списания денег с его корреспондентского счета.

Совершенно очевидно, что обязанности получить заемные средства не существует в случае беспроцентного займа. Признанию такой обязанности препятствуют реальная природа договора займа и его безвозмездный характер. Она отсутствует при предоставлении онкольных ссуд, когда истребование кредита по определению осуществляется заемщиком по своему собственному усмотрению и имущественный интерес банка удовлетворяется за счет специального вознаграждения. Такой обязанности также нет в случае кредитования счета.

#### Соглашение об обязанности заемщика по получению кредита

Обязанность заемщика по получению кредита вполне может быть предусмотрена кредитным договором, имеющим консенсуальную правовую природу.

Существование такой обязанности может определяться в двух случаях: если она прямо предусмотрена договором и если вывод о ее наличии сделан при выявлении действительной общей воли сторон с учетом цели заключенного договора.

В этом отношении особый интерес представляет опыт германского права, в котором обязанность заемщика получить кредит считается согласованной сторонами в конклюдентном порядке, если предоставление займа имеет характер капиталовложения (Anlage) для самого кредитора. Признак "капиталовложения" применяется, в частности, в кредитных договорах, заключаемых ипотечными банками <\*> и страховыми обществами в силу обязательных норм об обеспечении эмиссий закладных листов (Pfandbriefe) и образования резервов покрытия <\*\*\*>. При этом ипотечные банки могут попасть в ситуацию, когда, заключив с заемщиком кредитный договор и осуществив затем эмиссию ценных бумаг для получения необходимого капитала, они не смогут найти применения полученным деньгам в результате отказа заемщика от получения кредита. По этой же причине германские ипотечные банки крайне редко заключают кредитные договоры под отлагательным условием.

-----  
<\*> В германском праве ипотечные банки представляют собой кредитные организации со специальной правоспособностью. Порядок осуществления их деятельности регулируется специальным законом об ипотечных банках в редакции от 19 декабря 1990 г. (BGBl. I. S. 2898), § 1 которого определяет их как частно - правовые кредитные институты. Деятельность их направлена на то, чтобы: 1) принимать в залог расположенные внутри страны земельные участки и на основании приобретенных ипотек выпускать долговые обязательства (ипотечные залоговые листы) и 2) либо предоставлять займы внутренним корпорациям и учреждениям публичного права, либо предоставлять их при условии полного обеспечения займа такой корпорацией или учреждением (коммунальные займы) и выпускать долговые обязательства (коммунальные долговые обязательства) на основании приобретенных требований.

<\*\*\*> Предоставляя кредиты, ипотечные банки должны соблюдать так называемый принцип конгруэнтного покрытия. В соответствии с ним требования вкладчиков по основному долгу и процентам, вытекающие из ипотечных закладных листов и коммунальных долговых обязательств (по сути и те, и другие являются облигациями) ипотечного банка, должны быть постоянно обеспечены ипотечными кредитами и коммунальными займами на общую сумму не ниже чем такие требования. Отсюда следует, что свое рефинансирование путем выпуска указанных облигаций ипотечный банк должен производить практически одновременно с акцептом кредитной заявки заемщика.

Подтверждением обязанности по получению кредита служат также обстоятельства, свидетельствующие о том, что кредитор предварительно сам должен получить заемные средства у третьего лица, иначе требование на выплату кредита может быть уступлено. Но и в германской судебной практике толкование подобных соглашений обычно показывает, что в действительности интерес кредитора направлен не на фактическое получение суммы кредита, а на получение процентов. Тем не менее необоснованный отказ заемщика от получения кредита и в этих случаях влечет за собой его ответственность: на него возлагается обязанность возместить кредитору убытки.

Обязанность заемщика получить кредит признается во всех случаях, когда кредитор за счет предоставленного кредита надеется получить не только проценты, но и прибыль, а также при участии банка в целевом проектном финансировании или если банк имеет особую заинтересованность в получении конкретного обеспечения под возврат кредита, например ипотеки.

Из приведенных примеров наибольший практический интерес представляет первый, т.е. когда предоставление займа имеет характер капиталовложения. По инвестиционным кредитным договорам заемщик часто обязуется выплачивать банку в случае удачной инвестиции наряду с ссудными процентами (в качестве платы за пользование кредитом) и часть чистой выручки. Обязанность заемщика по уплате процентов не может быть поставлена в зависимость от эффективности использования им денежных средств, что позволяет отличить ее, например, от обязанности хозяйственного товарищества или общества по выплате дивидендов своим участникам. При заключении инвестиционных кредитных договоров заемщик принимает на себя обязанность по отчислению кредитору части прибыли, полученной в результате реализации первым и финансирования вторым инвестиционных мероприятий. Подобное обязательство заемщика является, как правило, дополнительным к его обязанности по выплате процентов, подлежащей исполнению даже при наличии убытков - за сам факт возможного использования полученного в кредит капитала.

От договора о совместной деятельности инвестиционный кредитный договор отличается отсутствием общей цели у участников правоотношений. Для последнего извлечение прибыли не является общей целью. Оно осуществляется каждым из участников на свой риск и под собственную ответственность. Чтобы провести четкую грань между этими договорами, целесообразно учитывать обязанность покрывать расходы и убытки. Данная обязанность признается за каждым участником договора о совместной деятельности, а соглашение о полном освобождении от нее кого-либо из участников признается ничтожным на основании ст. 1046 ГК РФ. Поэтому, если такая обязанность у банка есть, общая цель налично. И наоборот, при ее отсутствии и наличии безусловной обязанности заемщика возратить капитал об общей цели не может быть и речи, как бы стороны ни поименовали заключенный договор.

Вместе с тем очевидно, что и по инвестиционному кредитному договору заемщик приобретает капитал и работает с ним как в собственных интересах, так и в интересах кредитующего банка. Интерес банка выходит за рамки получения обычных ссудных процентов. Поэтому, если в кредитном договоре присутствуют условия об обязанности уплатить как эти проценты, так и определенную часть прибыли (в течение установленного срока), можно сделать вывод о том, что одновременно установлена обязанность заемщика получить кредит.

При проектном финансировании интерес займодавца, в роли которого не обязательно выступает рядовая кредитная организация, а, например, международная финансовая организация, также, как правило, не ограничивается обычной процентной маржой. Дополнительный интерес состоит в реализации финансируемого им (нередко в общественных интересах) проекта. Поэтому и здесь на заемщике лежит обязанность получить кредит.

Наконец, особая заинтересованность кредитора в получении предмета обеспечения возврата кредита вызвана спецификой, характерной для германского ипотечного кредитования. Но в российских условиях она едва ли может служить основанием для признания обязанности заемщика получить кредит.

Объем обязанности заемщика получить кредит не исчерпывается одним лишь заявлением с его стороны о готовности принять кредит. Прежде всего это заявление должно быть обоснованным. При этом учитывается точка зрения кредитора. Для него более важным является предварительное выполнение заемщиком всех тех условий, при наступлении которых он вправе истребовать сумму кредита. Речь при этом может идти о получении различных разрешений государственных органов, а в случае привлечения кредита в иностранной валюте от нерезидента - о государственной регистрации кредитного договора или о выполнении договорных условий, направленных на обеспечение погашения кредита.

Таким образом, независимо от того, что явилось причиной отказа заемщика получить кредит - обусловлено ли это отсутствием у него возможности предоставить оговоренное обеспечение, или он нашел более благоприятные условия кредитования, - риск невыполнения соответствующих условий, равно как и



риск невозможности использования кредита, должен нести сам заемщик, связавший себя договорным обязательством. При его неисполнении, как будет показано на примере германского права, заемщик может быть принужден к возмещению понесенных банком убытков, а в случае соответствующего соглашения - и к уплате специального вознаграждения.

#### Вознаграждение за готовность предоставить кредит

В связи с обязанностью заемщика по получению кредита в германском праве были разработаны понятия "процентов за готовность" предоставить кредит (Bereitstellungszins) и "возмещения убытков вследствие неполучения" (Nichtabnahmeentschaedigung).

В договорной практике германских банков распространены условия о процентах, выплачиваемых заемщиком в случае его отказа от получения кредита <\*>. В основном это касается ипотечных банков. Проценты за готовность выплачиваются заемщиком независимо от фактического получения кредита за саму гарантию ее немедленного предоставления кредитором в течение определенного периода времени.

-----  
<\*> В странах "Общего права" аналогичное вознаграждение банка именуется commitment fee".

Проценты за готовность часто устанавливаются по кредитам, предоставляемым до востребования. Заемщик таким образом "оплачивает" свое право определить срок исполнения обязательства кредитора по предоставлению кредита, от которого он в дальнейшем может и отказаться.

Способ исчисления процентов за готовность такой же, как и способ исчисления обычных процентов. Но в отличие от последних обычно они взимаются в размере трех процентов годовых. Право на их получение возникает у кредитора с момента принятия им на себя обязательства немедленно выплатить сумму кредита и прекращается в момент передачи заемного капитала заемщику или в момент окончательного отказа последнего от его получения. Если заемщик получает кредит, то начисляемые с этого момента проценты имеют иное правовое основание (плата за пользование заемным капиталом) и иной размер. Если заемщик отказывается от его получения, то наряду с предусмотренными договором процентами за готовность банк может потребовать возмещения убытков вследствие неполучения кредита.

#### Ответственность заемщика вследствие нарушения обязанности по получению кредита

В российской правоприменительной практике вопрос об ответственности заемщика в связи с несоблюдением им обязанности получить кредит пока не возникал, поэтому при оценке убытков, причиненных банку необоснованным отказом заемщика от кредита, мог бы быть учтен опыт германской судебной практики.

Право кредитора на возмещение убытков, вызванных отказом от получения кредита (Nichtabnahmeentschaedigung), основано в германском праве на § 326 ГГУ <\*>.

-----  
<\*> Если одна из сторон двустороннего договора просрочила исполнение обязательства, то другая сторона может назначить дополнительный срок для исполнения обязательства с указанием, что по истечении этого срока последует отказ от исполнения. Если обязательство не было исполнено в срок, указанная сторона вправе требовать возмещения убытков, вызванных неисполнением договора, или отказаться от договора; требование исполнения исключается (предл. 1 и 2 абз. 1 § 326 ГГУ).

Банк вправе требовать их возмещения без предварительного напоминания об исполнении, если отказ заемщика от получения кредита является окончательным. При этом причины отказа не принимаются во внимание. Германская судебная практика исходит из того, что отсутствие возможности использовать сумму кредита находится в сфере рисков заемщика.

Размер взыскиваемых убытков может быть сокращен судом. Более того, в их взыскании может быть отказано совсем, когда кредитор отказывается в кредитовании заемщику, отвечающему следующим четырем требованиям:

- 1) кандидатура заемщика предложена первоначальным заемщиком;
- 2) он готов вступить в договор на первоначальных условиях;

- 3) он готов использовать кредит в тех же целях;
- 4) кредитоспособность замещающего заемщика объективно не вызывает возражений.

Если такую замену заемщика с учетом принципа добросовестности можно рассматривать как разумную и экономичную меру, позволяющую кредитору избежать угрожающей потери процентов, то отказ кредитора дать свое согласие на нее судебная практика рассматривает в качестве "вины против самого себя" в смысле абз. 2 § 254 ГГУ, т.е. кредитор действует недобросовестно, если в такой ситуации он продолжает настаивать на возмещении убытков.

Тем не менее кредитор не обязан совершать замещающую сделку, если в связи с этим он должен предпринимать дополнительные усилия, выходящие за рамки его обязательства, и если речь идет о предпринимательских решениях, которые он принимает на свой риск и под свою ответственность <\*>.

-----  
<\*> См.: BGH WM. - 1990. 174.

Один из основных способов определения размера убытков вследствие отказа от получения кредита был указан в решении Федерального суда Германии от 12 марта 1991 г. <\*>. Такие убытки могут состоять из двух компонентов: упущенной выгоды в виде убытков в процентной марже (Zinsmargenschaden) и реального ущерба, понесенного в связи с ухудшением процентов, так называемых убытков на рынке капиталов (Kapitalmarktschaden).

-----  
<\*> См.: BGH WM. - 1991. 760, 761.

Убытки по процентной марже подлежат возмещению независимо от того, осуществил ли кредитор рефинансирование (например, привлек денежные средства путем эмиссии ценных бумаг) на момент окончательного отказа заемщика от получения кредита. Их размер определяется как разница между договорными процентами за пользование кредитом, от получения которого заемщик отказался, и расходами банка по рефинансированию. Из полученной разницы должны быть вычтены административные расходы и рисковая премия. Ведь в отсутствие реального кредитования банк экономит на управленческих расходах и не несет никакого риска, за который обычно выплачивается рисковая премия.

Но все эти компоненты убытков не обязательно доказываются банком конкретно для данного случая. Банк может доказать их размер абстрактно, сославшись на соответствующую годовую процентную разницу, полученную банками того же типа по аналогичным сделкам. Факторы, которые влияют на совокупный размер чистой прибыли от процентов (расходы на рефинансирование, административные расходы, рисковая премия), могут быть различными у отдельных кредитных организаций. Но их точное определение сопряжено с трудностями и требует, в частности, раскрытия конфиденциальных внутренних данных. Поэтому Федеральный суд Германии допускает также приблизительный расчет чистой прибыли, если требование банка о возмещении убытков ограничивается средней прибылью, обычной для банков сравнимого типа.

Если кредитор требует возмещения убытков в большем размере, он должен доказывать их действительный размер, предоставив всю необходимую для этого информацию, в том числе и соответствующие конфиденциальные данные. В таких случаях размер убытков доказывается конкретно, с учетом конкретных обстоятельств дела. В свою очередь, заемщик также не лишен права приводить доказательства обратного, а именно того, что убытки были понесены в меньшем размере.

Период, в течение которого начисляется упущенная прибыль в виде процентной маржи, составляет время между днем окончательного отказа заемщика от получения кредита и моментом, когда заемщик имел бы возможность досрочно расторгнуть договор на основании закона. Так, п. 3 ч. 1 § 609a ГГУ допускает возможность одностороннего расторжения договора займа заемщиком по истечении десяти лет с момента получения им суммы под твердую процентную ставку и при условии истечения шестимесячного срока со дня уведомления займодавца о предстоящем расторжении. Поэтому в рассматриваемом случае период, в течение которого может быть начислена упущенная выгода, составит десять с половиной лет. Очевидно, что проценты, которые могли бы быть начислены после появления у заемщика основания для досрочного возврата, не могут считаться упущенной банком выгодой.

Размер средней процентной маржи, доказываемой абстрактно и возмещаемой в качестве упущенной выгоды, в самом решении Федерального суда Германии не назван, но в предшествующей судебной практике он был несколько раз определен величиной в 0,5% годовых <\*>.

-----  
<\*> См.: BGH WM. 1990. 8; OLG Koblenz WM. 1983. 802; OLG Stuttgart WM. 1986. 998.

Реальный ущерб в виде убытков на рынке капиталов возникает для кредитора (как правило, ипотечного банка), если после своего согласия предоставить кредит он занял денежные средства на рынке капиталов путем выпуска облигаций, что обычно и происходит при ипотечном кредитовании в Германии. В случае отказа заемщика от получения кредита банк не имеет возможности досрочно возвратить выпущенные ценные бумаги и вернуть занятые деньги, не уплатив процентов. Он вынужден искать иные возможности для помещения приобретенного им капитала. Если при этом падает рыночный уровень процентных ставок, данные изменения неблагоприятно отражаются на условиях кредита, который банк вынужден предоставить вместо первоначального. В связи с этим он несет убытки, определяемые как разница между процентной ставкой по первоначальному кредитному договору и фактически полученными процентами по сделке, заключенной взамен.

Представляется очевидным, что для случаев нарушения установленной договором обязанности заемщика по получению кредита указанные формы возмещения убытков могут быть использованы (наряду со взысканием договорной неустойки) и в российских условиях.

---