

ПРЕДИСЛОВИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОГО РЕДАКТОРА

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

Какова концепция данной книги?

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

В России также издается достаточное число постатейных комментариев к различным кодексам, но многие из них (хотя, безусловно, и не все) страдают в той или иной мере рядом существенных недостатков. Во-первых, в них очень часто не представлена полностью судебная практика высших судов по толкованию соответствующих статей кодекса. В то же время без учета правовых позиций высших судов понимание реально действующего российского права («права в действии», а не «права в книгах») и его практическое применение крайне затруднено. Во-вторых, такие комментарии нередко не ставят себе задачу вскрыть и осветить основные проблемные и неоднозначные вопросы, противоречия и ошибки внутри текста кодекса, и вместо этого пытаются, скорее, сгладить или обойти острые углы, а то и вовсе содержат простой пересказ комментируемой нормы другими словами. В результате у юристов, читающих такие комментарии, не возникает понимания всего спектра проблем и вопросов, с которыми они могут столкнуться впоследствии в рамках правоприменения. Эти недостатки снижают практическую и научную ценность таких комментариев для юридического сообщества. Сказанное, за рядом исключений, относится и к издаваемым в России постатейным комментариям к Гражданскому кодексу Российской Федерации.

В рамках серии #Глосса мы попытались создать серию критических комментариев, отличающихся от того, что печаталось в России за последние годы, а именно — комментарии с акцентом на максимально широкий обзор судебной

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

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

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

практики высших судов по всем актуальным вопросам толкования законодательных норм и выявление наиболее острых, неоднозначных и проблемных вопросов толкования и применения соответствующих норм. Авторы настоящей книги не пытались избегать сложных вопросов, а, наоборот, делали на них акцент, выявляя противоречия и неясности в тексте Кодекса и предлагая в ряде случаев варианты решения возникающих проблем. Юрист, изучивший настоящий комментарий, по задумке авторов, должен получить представление об основных подводных камнях и проблемах, учет которых необходим для любого практикующего юриста или судьи.

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

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

Во-первых, авторы не ставили себе задачу подготовить обзор всей судебной практики применения соответствующих норм и сконцентрировались на разборе и систематизации судебной практики высших судов (прежде всего ликвидированного в 2014 г. Высшего Арбитражного Суда РФ, а также Верховного Суда РФ и отчасти Конституционного Суда РФ). Анализ практики нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции был бы непосильной задачей и привел к выходу объема и без того обширной книги за все разумные пределы. В то же время юристам, желающим глубже разобраться в соответствующей проблематике, рекомендуется проводить дополнительные исследования судебной практики по интересующему вопросу. Благо современные электронные справочные правовые системы открывают для этого все возможности.

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

В-третьих, авторы едины во мнении, что в условиях российского частного права, в рамках которого большинство проблем либо вовсе не изучено, либо изучено крайне поверхностно, особую научную ценность имеет качественный компаративный анализ с акцентом на опыт ведущих континентально-европейских и англо-саксонских правовых порядков. Такой компаративный анализ ни в коем случае не должен

завершаться слепым копированием выявленных зарубежных образцов; он должен предполагать критическое осмысление опыта ведущих зарубежных правовых порядков и взвешенный подход к рецепции соответствующих решений.

В то же время в рамках настоящего комментария представить такой компаративный обзор, который, безусловно, значительно обогатил бы комментарий, не представлялось возможным. С одной стороны, в силу той же ограниченности предельного объема книги. С другой — в силу того, что проводить такой анализ на достаточно высоком уровне желательно с опорой на соответствующие французские, немецкие, итальянские, голландские и иные первоисточники. К сожалению, авторы настоящего комментария не могут похвастаться столь широкими познаниями в названных иностранных языках. Доступные большинству авторов англоязычные компаративные источники, безусловно, помогают разобраться во многих вопросах права Великобритании, США, а также ряда ведущих европейских стран (благо сейчас выходит достаточно много англоязычной компаративной литературы о частном праве континентально-европейских стран), но их глубина и объем не позволяют представить на страницах настоящего комментария целостный обзор по всем сотням и тысячам острых проблем, которые проявляются при применении комментируемых норм ГК РФ. Фрагментарное же использование компаративной информации было признано нецелесообразным.

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

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

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

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

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

В-восьмых, при написании комментария многие из авторов, включая меня как ответственного редактора, активно рецензировали тексты соавторов и выдвигали свои предложения по их оптимизации, многие из которых в итоге принимались. Но в конечном счете последнее слово оставалось за автором комментария к соответствующей статье.

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

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

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

А.Г. Карапетов
Декабрь 2018 г.

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

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

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

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

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

БК РФ — Бюджетный кодекс Российской Федерации

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

ЖК РФ — Жилищный кодекс Российской Федерации

ЗК РФ — Земельный кодекс Российской Федерации

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации

КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях

УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации

УПК РФ — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

Закон о противодействии легализации доходов — Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»

Закон об АО — Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»

Закон об ООО — Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

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

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

Закон об удаленной идентификации — Федеральный закон от 31 декабря 2017 г. № 482-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»

Закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ — Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»

Закон от 5 декабря 2017 г. № 378-ФЗ — Федеральный закон от 5 декабря 2017 г. № 378-ФЗ «О внесении изменений в статью 9.1 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)»»

Закон от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ — Закон от 27 декабря 2018 г. № 514-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования осуществления эмиссии ценных бумаг»

Закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ — Федеральный закон от 27 декабря 2018 г. № 554-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)» и Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях»»

Проект концепции реформы ГК РФ — Проект концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках, рекомендованный к обсуждению Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ

Проект ГУ — Проект Гражданского Уложения Российской Империи

ВС РФ — Верховный Суд Российской Федерации

ВАС РФ — Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

КС РФ — Конституционный Суд Российской Федерации

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

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

АСВ — Агентство по страхованию вкладов

ЕГРН — Единый государственный реестр недвижимости

ЕСИА — единая система идентификации и аутентификации

ПСК — полная стоимость потребительского кредита (займа)

РТК — реестр требований кредиторов

МФО — микрофинансовые организации

ГЛАВА 42. ЗАЕМ И КРЕДИТ

§ 1. Заем

Статья 807. Договор займа

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Комментарий

1. Общие характеристики договора займа

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

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

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

1.2. Объект предоставления по договорам займа.

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

Что данная статья понимает под деньгами? Очевидно и в судебной практике не ставится под сомнение, что объектом предоставления по договору займа могут быть как наличные деньги, так и безналичные денежные средства. Несмотря на то, что применительно к безналичным деньгам говорить о передаче их в собственность не вполне корректно (ибо безналичные деньги не являются вещами, а представляют собой имущественные обязательственные права), судебная практика не колеблется в вопросе об отнесении безналичных денежных средств к объектам договора займа (подробнее о критерии передачи в собственность см.

пп. «г» п. 1.3 комментария к настоящей статье). О возможности использования иностранной валюты в качестве объекта предоставления по договору займа см. комментарий к п. 2 настоящей статьи.

При этом превышение установленного лимита использования наличных платежей в расчетах¹ может служить основанием для признания соответствующего положения договора консенсуального займа о выдаче согласованной суммы займа именно наличными ничтожным. Это не должно означать ничтожность всего договора и условия о сумме займа. Соответственно, если договор носит консенсуальный характер, выпадение условия о наличной форме передачи займа в силу его ничтожности (ст. 180 ГК РФ) означает, что на стороне займодавца на самом деле имеется обязательство выдать заем в согласованной сумме в безналичном формате. Если такой заем наличными с превышением установленных лимитов все-таки предоставлен, к сторонам могут быть применены соответствующие административные санкции (ст. 15.1 КоАП РФ), но это ни в коей мере не отменяет факта предоставления займа, возникновения заемного обязательства на стороне заемщика и необходимости его исполнения на согласованных условиях². При этом к возврату такого займа должен применяться тот же подход: условие о наличном характере подлежащей возврату суммы будет ничтожным и должно замещаться обязательством возврата той же суммы в безналичном порядке; но в случае фактического возврата долга наличными с нарушением лимита должны опять же применяться лишь административные санкции. Иначе говоря, заемщик не может отрицать факт получения займа, а займодавец не может ставить под сомнение погашение заемного долга со ссылкой на то, что соответствующий спорный платеж был осуществлен наличными с превышением установленного лимита. Но эти выводы справедливы, если сам факт платежа наличными не оспаривается сторонами или при возникновении спора доказан. Нарушение установленного лимита расчета наличными само по себе не порочит такое доказательство как расписка в получении займа наличными, это доказательство вполне допустимо, несмотря на данное нарушение (правила ст. 68 АПК РФ и ст. 60 ГПК РФ здесь вряд ли применимы). В то же время здесь следует помнить, что при установлении требований в делах о банкротстве применяется более высокий стандарт доказывания, поэтому при банкротстве, как минимум юридических лиц суды крайне скептически относятся к распискам, подтверждающим передачу наличных (см.

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

² В похожей ситуации КЭС ВС РФ в Определении от 7 августа 2018 г. № 307-ЭС17-23678 указала, что само по себе нарушение указанного лимита расчета наличными не ставит под сомнение факт платежа; достаточной санкцией является применение мер административной ответственности.

п. 2.3 комментария к ст. 808 ГК РФ), особенно если речь идет о превышении установленных лимитов расчетов наличными.

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

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

По окончании срока договора заемщик должен вернуть то же количество аналогичных вещей. Аналогичность определяется с учетом качественных и иных характеристик. Например, если в заем была предоставлена партия зерна первого сорта, возврату подлежит такое же зерно идентичной сортности (подробнее см. п. 1.4 комментария к настоящей статье). Иначе говоря, речь должна идти не об уникальных, а о заменимых вещах.

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

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

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

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

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

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

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

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

Но также нельзя говорить о займе и тогда, когда некая вещь передается в собственность, а возврату согласно условиям договора по окончании некоего срока подлежит не аналогичная, а именно та самая вещь (в нашем примере те самые три велосипеда, которые были переданы), т.е. возвратное предоставление носит индивидуально-определенный характер, а не описано родовыми признаками. Как квалифицировать такой специфический договор о передаче имущества во *временную собственность* с его неминуемым возвратом, — вопрос не из простых. Многое здесь будет зависеть от иных аспектов содержания сделки. В некоторых случаях это может быть непоименованный договор передачи вещи в собственность в целях управления (фидуция в целях управления, подробнее о такой сделке применительно к акциям см. подп. «в» п. 1.2 комментария к настоящей статье). В других случаях это может быть договор о передаче имущества в обеспечительную собственность (фидуция в обеспечительных целях, подробнее см. п. 1.10 комментария к настоящей статье). В любом случае в описанных ситуациях вещь передается в собственность, но не в заем.

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

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

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

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

Первый: что если заем предоставлен лицом, не являющимся брокером? Некоторые суды приходили к абсурдному выводу о ничтожности такого договора. Логика этого неправильного решения была такова: в ст. 807 ГК РФ написано о займе денег или родовых вещей, а Закон о рынке ценных бумаг упоминает лишь заем бездокументарных ценных бумаг, предоставляемый брокером, следовательно, заем бездокументарных ценных бумаг в остальных случаях ничтожен. Этот подход в корне неверен. Нет смысла считать норму п. 1 ст. 807 ГК РФ в прежней редакции императивной: данная норма об объекте займа со всей очевидностью является определяющей квалифицирующие признаки договора займа, а не ограничивающей свободу договора. Соответственно, ни о какой ничтожности договора, не вписывающегося в конструкцию займа как поименованного договора, речь идти не может. Тот же факт, что Закон о рынке ценных бумаг вскользь упоминает возможность

заключения договора займа бездокументарных ценных бумаг брокером, сам по себе не означает, что в остальных случаях такой договор должен считаться ничтожным. Так что договоры займа бездокументарных ценных бумаг, независимо от их субъектного состава, в случае их заключения до 1 июня 2018 г. должны считаться законными и действительными сделками.

Второй вопрос: как же следует квалифицировать такие договоры при их заключении до 1 июня 2018 г.? Как известно, противоречие условий договора квалифицирующим нормам (нормам, закрепляющим квалифицирующие признаки того или иного поименованного договора) не порочит договор, а «выталкивает» его в разряд непоименованных. Поэтому может показаться, что, например, договор займа акций, заключенный до 1 июня 2018 г., следует признать непоименованным. Такой вывод безосновательно формирует регулятивный вакуум и отсекает в отношении этого договора прямое применение законодательного регулирования займа, абсолютно уместного и в отношении займа бездокументарных ценных бумаг. Да, безусловно, в силу п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 и ст. 421 ГК РФ к непоименованному договору могут избирательно применяться отдельные нормы о поименованных договорах по аналогии закона. Но когда адекватным оказывается применение практически всего правового режима поименованного договора без серьезных исключений, говорить о точечной, избирательной аналогии закона не приходится. При этом нелепо говорить, что некий договор не является займом, но к нему применяются все нормы о займе по аналогии закона. С точки зрения элементарной логики и экономии мыслительных усилий и литигационных издержек (неминуемо возникающих, когда в отношении каждой такой нормы стороне придется убеждать судью в необходимости ее применения по аналогии закона) куда проще расширительно интерпретировать квалифицирующие признаки соответствующего поименованного договора.

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

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

По окончании срока займа заемщик будет обязан вернуть то же количество аналогичных бездокументарных ценных бумаг. Аналогичность здесь должна определяться с учетом правовых характеристик бездокументарных ценных бумаг, которые были закреплены в договоре для описания соответствующего рода. Например,

в случае когда по договору в заем передаются голосующие акции публичного акционерного общества, заемщик будет обязан вернуть такое же количество голосующих акций того же общества и не может погасить свой долг передачей привилегированных акций этого же эмитента или акций иного эмитента.

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

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

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

От договора займа следует также отличать сделки, цель которых — передать акции в собственность другого лица в целях управления. В данном случае приобретатель акций не намеревается немедленно отчуждать полученный пакет и планирует осуществлять корпоративные права по полученным акциям (голосовать, получать дивиденды) от своего имени, но в интересах изначального собственника. Такого рода сделка (назовем ее фидуцией в целях управления) обычно предусматривает обязательства не производить свободное отчуждение акций и так или иначе регулирует осуществление получателем корпоративных прав. Договор такого рода носит непоименованный характер и, сближаясь с римским институтом *fiducia cum amico*, немецким *treuhand* или французским *fiducie*, является своеобразным конкурентом поименованного в ГК РФ договора доверительного управления. В отличие от последнего фидуция в целях управления отличается тем, что имущество передается на возвратной основе в целях управления в собственность, и задача управляющего (фидуциарного собственника) состоит в том, чтобы управлять данным активом, извлекать из него доходы, которые будут между сторонами распределяться по условиям договора. Такой договор имеет не заемную каузу, а, скорее, направлен на оказание услуг по управлению активом. Его законность может быть выведена из правил