ПРОМЫШЛЕННО-ТОРГОВОЕ ПРАВО

Статья «Эффективны ли внешнеэкономические договоры залога и поручительства?» (авторы Макарчук С.Н., Алекснина Т.В.)

Опубликована в журнале «Промышленно-торговое ПРАВО» No. 8 за 2011 г.
Дата подписания журнала в печать: 28.07.2011 г.

Эффективны ли внешнеэкономические договоры залога и поручительства?

МАКАРЧУК Сергей Николаевич, управляющий партнер минского офиса юридической фирмы CHSH (Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati)

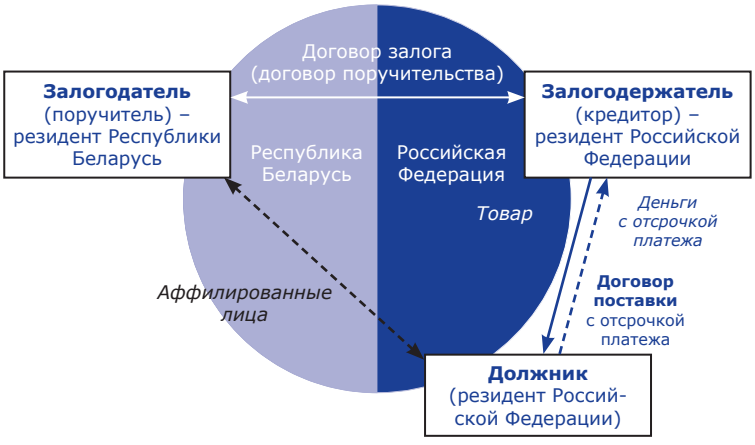
АЛЕКСНИНА Татьяна Вячеславовна, старший юрист минского офиса юридической фирмы CHSH

В связи с постоянным развитием международной торговли и налаживанием новых внешнеэкономических связей у субъектов хозяйствования стала чаще возникать необходимость защиты своих экономических интересов путем использования различных способов обеспечения обязательств.

Проанализируем такие способы, как залог имущества (недвижимого и движимого) и поручительство, использованные белорусским хозяйственным обществом (далее – залогодатель или поручитель), имеющим движимые и недвижимые активы на территории Республики Беларусь, в пользу российского юридического лица (далее – залогодержатель или кредитор) в отношении обеспечения обязательств другого российского юридического лица (далее – должник) по своевременной оплате товара, поставленного ему кредитором на условиях отсрочки платежа. Должник – аффилированное лицо залогодателя, которому принадлежат более 20 % его акций.

Данные взаимоотношения можно представить наглядно на схеме.

Рассмотрим пределы применения права Республики Беларусь к внешнеэкономическим договорам залога и поручительства, а также эффективность названных способов обеспечения обязательств в интересах залогодержателя с практической точки зрения[1].



Схема

[1] *Все утверждения и выводы в данной статье относятся исключительно к описанной ситуации с учетом конкретных правоотношений сторон.*

Порядок заключения договоров залога и поручительства

Ипотека

В отношении залога ряда объектов недвижимого имущества, а именно земельных участков, зданий и сооружений, расположенных на территории Республики Беларусь, отечественное законодательство содержит существенные ограничения.

Залог земельных участков и прав на них

Земельные участки могут принадлежать юридическим лицам Республики Беларусь на праве собственности, постоянного либо временного пользования или на праве аренды. Иностранным юридическим лицам они предоставляются только в аренду, если иное не установлено актами Президента Республики Беларусь[2].

Заключение договора залога земельного участка, находящегося в частной собственности залогодателя, и залога права аренды такого участка допускается лишь в пользу залогодержателей-банков, имеющих соответствующую лицензию; Международной финансовой корпорации и Европейского банка реконструкции и развития, а также в пользу иных организаций в случаях, определенных законодательными актами Президента Республики Беларусь.

Применительно к рассматриваемой ситуации залог залогодателем собственного земельного участка и права его аренды в пользу залогодержателя, как правило, не допускается.

Договоры залога земельных участков, находящихся в постоянном либо временном пользовании или аренде, недействительны.

Залог зданий, сооружений и изолированных помещений

Залог зданий и сооружений допускается только с одновременной по тому же договору ипотекой *земельного участка* (его части), на котором находится здание или сооружение, либо *права аренды* данного участка (его части)[3]. Следовательно, здания и сооружения, расположенные на собственных или арендуемых залогодателем земельных участках, в силу данных ограничений не могут быть переданы в залог залогодержателю.

Вместе с тем здания и сооружения, расположенные на участках, принадлежащих залогодателю на праве постоянного или временного пользования, а также изолированные помещения могут быть переданы в залог залогодержателю, поскольку для указанных случаев не предусмотрено обязательного залога земельного участка либо права на него.

Залог движимого имущества. Поручительство

Законодательство Республики Беларусь не содержит ограничений по заключению договоров залога движимого имущества, а также поручительства между залогодателем (поручителем) и залогодержателем (кредитором) при условии соблюдения общих требований к форме (п. 2 ст. 320, ст. 342, п. 2 ст. 1116 ГК) и содержанию таких договоров.

В рассматриваемом случае необходима *письменная форма* как договора залога, так и поручительства, что не мешает сторонам при наличии взаимного соглашения заключить договор в нотариальной форме (п. 2 ст. 164 ГК). Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора.

Кроме того, согласно п. 3 ст. 320 ГК для договора залога недвижимого имущества необходима государственная регистрация, с момента которой он считается заключенным.

Существенные условия *договора поручительства* законодательством специально не предусмотрены, однако по общему правилу к ним относится предмет договора.

Существенные условия *договора залога* установлены ст. 8 Закона Республики Беларусь от 24 ноября 1993 года № 2586-XII «О залоге» и уточнены в п. 1 ст. 320 ГК. Договор залога недвижимого имущества, помимо необходимости соблюдения общих требований к его содержанию, должен дополнительно содержать условия, предусмотренные ст. 12 Закона Республики Беларусь от 20 июня 2008 года № 345-З «Об ипотеке».

В рассматриваемой ситуации должник – аффилированное лицо залогодателя (поручителя). Исходя из буквального толкования критериев,

---

[2] *Часть третья ст. 12, ст. 15, 16, часть первая ст. 17 Кодекса Республики Беларусь о земле.*

[3] *Пункт 3 ст. 321 ГК.*

при которых признается *наличие заинтересованности аффилированных лиц в совершении сделки,* заключение договоров залога и (или) поручительства между залогодателем (поручителем) и залогодержателем (кредитором) не относится к сделкам с заинтересованностью аффилированных лиц. Однако в связи с нечеткостью и неоднозначностью формулировок белорусского законодательства и наличием риска признания сделок недействительными целесообразно получить предварительное одобрение договоров займа и поручительства общим собранием участников залогодателя (поручителя) либо иным его органом управления, уполномоченным уставом одобрять сделки с заинтересованностью аффилированных лиц.

В случае если договоры залога и (или) поручительства соответствуют *критериям крупной сделки,* установленным законодательством либо уставом залогодателя (поручителя), они должны совершаться только на основании решения общего собрания участников или совета директоров (наблюдательного совета) в соответствии с уставом залогодателя (поручителя).

Особенности валютного регулирования

В силу валютного законодательства Республики Беларусь денежные обязательства в договорах залога и поручительства между резидентом и нерезидентом Республики Беларусь могут быть выражены и исполнены как в белорусских рублях, так и в иностранной валюте, официальный курс белорусского рубля к которой установлен Национальным банком Республики Беларусь[4].

Расчеты по обязательствам, возникшим у поручителя-резидента перед кредитором-нерезидентом на основании заключенного между ними договора поручительства, являются валютными операциями, связанными с движением капитала, и осуществляются только на основании разрешения Национального банка Республики Беларусь. Перечень оснований для отказа в его выдаче установлен п. 19 Инструкции о порядке выдачи разрешений на проведение валютных операций и на открытие счетов за пределами Республики Беларусь, а также представления в банк уведомлений при совершении валютных операций, связанных с движением капитала, утвержденной постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 28 января 2008 г. № 15.

Таким образом, существует высокий риск неисполнения договора поручительства по причине возможного отказа Национального банка Республики Беларусь в выдаче разрешения на проведение платежа поручителем в пользу кредитора.

Применимое право

Согласно императивным нормам п. 3 ст. 1116, п. 2 ст. 1125 ГК к форме *договора залога недвижимого имущества,* а также к правам и обязанностям его сторон применяется право Республики Беларусь.

В отношении *договора залога движимого имущества,* а также *поручительства* стороны по соглашению между собой вправе избрать как право Республики Беларусь, так и право Российской Федерации или иное иностранное право.

Однако даже при выборе права Российской Федерации необходимо соблюдать запреты и ограничения, установленные законодательными актами Республики Беларусь.

Принудительное исполнение договоров залога и поручительства

Судебный порядок

Реализацию заложенного имущества на основании решения хозяйственного суда осуществляет судебный исполнитель путем продажи с публичных торгов в порядке, закрепленном ст. 330, 331 ГК, ст. 24–27 Закона Республики Беларусь от 24 ноября 1993 года № 2586-XII «О залоге», гл. 37 ХПК и Инструкцией по исполнительному производству в хозяйственных судах Республики Беларусь, утвержденной постановлением Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 ноября 2009 г. № 21.

В отношении заложенного земельного участка, здания или сооружения необходимо учитывать

[4] *Пункты 23, 24 Правил проведения валютных операций, утвержденных постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 30 апреля 2004 г. № 72.*

рассмотренные выше ограничения, фактически приводящие к невозможности реализации залогодержателем своего права приобрести либо оставить за собой заложенное недвижимое имущество (земельный участок, здание или сооружение) в случае объявления торгов несостоявшимися.

Поскольку законодательство не предусматривает каких-либо особенностей принудительного исполнения договора поручительства, в случае рассмотрения вытекающего из него спора хозяйственный суд будет руководствоваться общими правилами рассмотрения споров и обращения взыскания на денежные средства и имущество поручителя, установленными нормами хозяйственного процессуального законодательства Республики Беларусь.

Внесудебный порядок

В отношении принудительного исполнения договора залога законодательство Республики Беларусь предусматривает процедуру обращения взыскания на заложенное имущество без обращения в суд. Для ее осуществления необходимо наличие нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем. Требования к его содержанию и процедура внесудебной реализации заложенного имущества установлены Декретом Президента Республики Беларусь от 1 марта 2010 г. № 3 «О некоторых вопросах залога имущества».

Практические особенности исполнения

В связи с валютными ограничениями, связанными с необходимостью получения разрешения Национального банка Республики Беларусь, и риском отказа в его выдаче может сложиться ситуация, когда невозможно исполнить договор поручительства в пользу кредитора.

По ряду причин сложно реализуем и внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество. Поскольку белорусские нотариусы (как частные, так и государственные) при совершении нотариальных действий обязаны руководствоваться только законодательством Республики Беларусь, на практике можно столкнуться с отказом удостоверить договор залога или соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество, если они либо основное обязательство, в обеспечение которого заключен договор залога, регулируются иностранным правом.

В рассматриваемой ситуации основное обязательство (между российскими юридическими лицами), вероятнее всего, будет регулироваться законодательством Российской Федерации.

Согласно законодательству и международным договорам Республики Беларусь договор залога или соглашение о внесудебном порядке, заверенные нотариусом Российской Федерации, будут признаваться на территории Республики Беларусь как совершенные в нотариальной форме[5]. Это не относится к договорам залога недвижимого имущества, удостоверяемым государственным нотариусом по месту нахождения недвижимости[6]. Таким образом, при необходимости стороны могут пойти путем удостоверения договора залога движимого имущества или соглашения о внесудебном порядке нотариусом Российской Федерации.

Практика применения внесудебного порядка обращения взыскания на заложенное имущество недостаточно развита, что может повлечь массу практических сложностей при его реализации.

Валютные риски

В соответствии с законодательством Республики Беларусь при обращении взыскания на заложенное имущество, стоимость которого стороны определили в иностранной валюте, хозяйственный суд в судебном постановлении устанавливает стоимость заложенного имущества в белорусских рублях, исходя из курса иностранной валюты на день вынесения решения[7].

Поскольку в настоящее время существуют определенные сложности с приобретением юридическими лицами иностранной валюты

---

[5] *Статья 12 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 года.*

[6] *Часть вторая ст. 66 Закона Республики Беларусь от 18 июля 2004 года № 305-З «О нотариате и нотариальной деятельности».*

[7] *Часть третья п. 11 постановления Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 27 октября 2010 г. № 42 «О некоторых вопросах обращения взыскания на заложенное имущество».*

за белорусские рубли, даже в случае успешного взыскания денежных средств с залогодателя залогодержатель не застрахован от возможных убытков, связанных с конвертацией белорусских рублей в российские рубли или в иную иностранную валюту.

Оценка эффективности рассмотренных способов обеспечения обязательств

На основании вышеизложенного могут быть сделаны следующие выводы об эффективности договоров залога и поручительства с участием российских юридических лиц.

- ***Договор поручительства*** не является действенным способом обеспечения обязательств должника, поскольку существует высокий риск отказа Национального банка Республики Беларусь в выдаче разрешения на проведение валютной операции, связанной с движением капитала (осуществление платежа поручителем), и соответственно риск невозможности его добровольного и (или) принудительного исполнения.
- ***Договор залога земельных участков, зданий и сооружений, расположенных на собственных либо арендуемых земельных участках,*** не является действенным способом обеспечения обязательств должника. *Во-первых,* в силу законодательства Республики Беларусь залог собственных земельных участков и права аренды земельных участков в пользу залогодержателя практически невозможен. *Во-вторых,* договоры залога земельных участков, находящихся в постоянном или временном пользовании или аренде, недействительны. *В-третьих,* практически невозможен также залог в пользу залогодержателя зданий и сооружений, расположенных на собственных или арендуемых земельных участках, в связи с невозможностью одновременной ипотеки по тому же договору земельного участка (его части), на котором находится здание или сооружение, либо права его аренды, так как залог собственных земельных участков и залог права аренды земельных участков в пользу залогодержателя законодательством Республики Беларусь не допускается.
- ***Договор залога зданий и сооружений, расположенных на участках, находящихся в постоянном либо временном пользовании,*** не является действенным способом обеспечения обязательств должника, так как в случае объявления торгов несостоявшимися существует риск невозможности приобретения зданий и сооружений залогодержателем либо оставления их за залогодержателем.
- ***Договор залога изолированных помещений*** может рассматриваться как действенный способ обеспечения обязательств должника при условии соблюдения требований к форме, содержанию и порядку совершения крупных сделок. Дополнительно залогодателю стоит обеспечить принятие решения о заключении данного договора в порядке, предусмотренном для совершения сделок с заинтересованностью аффилированных лиц. В рамках данных правоотношений стороны могут предусмотреть внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество, однако с учетом его практических особенностей наиболее эффективно обращение взыскания на заложенное имущество в судебном порядке. При этом договор залога изолированных помещений будет регулировать право Республики Беларусь, а вытекающие из него споры – рассматривать хозяйственный суд Республики Беларусь. Действенность данного способа обеспечения обязательств нуждается в дополнительной оценке с учетом описанных выше валютных рисков.
- ***Договор залога движимого имущества*** также может рассматриваться в качестве действенного способа обеспечения обязательств должника при соблюдении тех же требований и рекомендаций. При этом договор залога может регулироваться как правом Республики Беларусь, так и иностранным правом (в том числе Российской Федерации) и рассматриваться по выбору сторон как компетентным хозяйственным судом (арбитражем) Республики Беларусь, так и иностранным судом (в том числе судом (арбитражем) Российской Федерации). Кроме того, и здесь необходимо принимать во внимание валютные риски.