

Е. Н. Левандовски

аспирантка

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин

Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СУБСИДИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПОРУЧИТЕЛЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ И ГЕРМАНИИ

В статье исследуются некоторые проблемные аспекты привлечения поручителя к субсидиарной ответственности по гражданскому законодательству Украины и Германии.

Ключевые слова: поручитель, кредитор, основной должник, субсидиарный должник.

Субсидиарная ответственность широко применяется в договорных отношениях. Ярким примером тому может служить договор поручительства.

Комплексные исследования договорных отношений проводились многими авторами еще в период Советского Союза, такими, как О. С. Иоффе, Н. С. Братусь, Н. С. Малеин, М. И. Брагинский, И. В. Шерешевский, В. А. Рясенцев и др. Исследования проблем договорного права в период независимой Украины проводились такими авторами, как С. Н. Бервено, Т. В. Боднар, А. В. Дзера, И. С. Кanzaфарова, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Е. С. Северова, А. Л. Ткачук, Е. О. Харитонов, Ю. Г. Орзих, Н. В. Федорченко и другими¹. Состояние уровня разработки проблемы субсидиарной ответственности по договору поручительства (недостаточная теоретическая разработка важных аспектов договора поручительства, отсутствие исследований важных аспектов договора поручительства, отсутствие исследований, обобщающих практику применения договора поручительства и возникновения новых правоотношений) не могло не сказаться на современном состоянии законодательства.

Вопросу о субсидиарной ответственности в советский период юридическая литература не уделяла большого внимания, а существование субсидиарной ответственности поручителя не представлялось возможным, поскольку взятая из классического римского права конструкция ответственности поручителя, сформированная императором Юстинианом, была солидарной.

¹ См., например: Кanzaфарова И. С. Договірна відповідальність юридичних осіб в комерційному обігу: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И. С. Кanzaфарова. — К., 1999. — 168 с.; Луць В. В. Договірне право / В. В. Луць // Основні напрями реформи цивільного права в Україні: Збірник статей та матеріалів. — К., 1997. — С. 34–44; Харитонов Е. О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения, в советском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. О. Харитонов. — Харьков, 1980. — 196 с.; Орзих Ю. Г. Договір доручення // Цивільне право України: В 2-х томах. Т. 2. Підручник / А. І. Дрішлюк, Ю. Г. Орзих // За ред. д-ра юрид. наук, проф. Є. О. Харитонова; канд. юрид. наук Н. Ю. Голубевої. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. — С. 443–448.

Так, поручитель мог требовать от кредитора вначале обратить внимание на имущество должника, и только при определении последнего неплатежеспособным привлекать к ответственности поручителя.

И хотя римское частное право рецепировали многие страны, тем не менее, реализация в последующем в законодательстве основных институтов в каждой из этих стран сложилась по-своему. Как самостоятельный вид гражданско-правового договора, договор поручительства известен только странам континентальной Европы. Согласно параграфу 765 Германского гражданского уложения (далее — ГГУ), по договору поручительства поручитель обязуется перед кредитором третьего лица отвечать за исполнение обязательства третьим лицом; поручительство может быть также принято в отношении будущего или условного обязательства.

Понятие договора поручительства сформировалось по-иному в советский период. О. С. Иоффе писал: «Сфера практического применения поручительства невелика. Граждане в своих отношениях друг с другом прибегают к нему крайне редко...» [1, с. 181]. В комментарии к Гражданскому кодексу РСФСР 1964 г. говорилось: «В отношениях с участием советских граждан необходимость в поручительстве, как правило, не возникает. Основное практическое значение нормы о поручительстве могут иметь для отношений, в которые советские организации вступают в сфере внешней торговли и связанного с ней мореплавания» [2, с. 249].

С переходом на рыночные отношения значимость договора поручительства возросла. Являясь классическим договором, вместе с тем, в новом Гражданском кодексе Украины (далее — ГК Украины), последовавшем за Гражданским кодексом УССР 1963 г., договор поручительства получил свое дальнейшее развитие и дополнен рядом новых правил.

Договор поручительства оформляет один из видов обязательств. Ответственность поручителя основывается на договоре поручительства, являющемся дополнительным к какому-либо другому (основному) договору, заключенному между кредитором и основным должником. Поэтому решение вопроса о привлечении к ответственности поручителя по долгам основного должника нередко зависит не только от содержания договора поручительства, но и от соответствующего основного договора.

Принятая ранее конструкция поручительства по гражданскому праву развитых капиталистических государств предполагала наличие трех участников: кредитор — должник — поручитель. Однако в условиях нестабильной рыночной экономики данная конструкция недостаточно эффективно гарантировала интересы кредитора, поскольку он мог рассчитывать только на двух обязанных лиц: основного должника и поручителя. В связи с этим для гражданского оборота ряда стран характерно стремление кредиторов к увеличению числа обязанных лиц. Это явилось причиной появления конструкции так называемого второго поручительства, «...при котором в случае неисполнения обязательства должником и первым поручителем кредитор может обратиться ко второму поручителю, то есть к тому, кто является поручителем за поручителя» [3, с. 197].

Поручительство, по зарубежному законодательству, бывает простым и солидарным [4, с. 307]. Конструкция простого поручительства схожа с конструкцией поручительства с субсидиарной ответственностью поручителя в гражданском праве Украины. При простом поручительстве кредитор в первую очередь обращается с требованием к основному должнику. Если эти действия не привели к желаемому результату, кредитор получает возможность осуществить свое право путем предъявления требования к поручителю. При солидарном поручительстве кредитор не связан с очередностью предъявления требований.

Необходимо заметить, что солидарная ответственность куда выгоднее кредитору, чем поручителю. Если инициатива при выработке условий договора поручительства будет исходить от поручителя, то можно предположить, что в этом случае стороны заключат договор о субсидиарной ответственности поручителя.

Исследуя специфику договора поручительства по действующему законодательству Украины, нельзя не обратить внимание на то, что поручитель *ручается* перед кредитором должника за исполнение им своей обязанности (ст. 553 ГК Украины). Таким образом, главная задача поручителя — нести ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником. Но такая обязанность не является безусловной.

Нормой п. 2 ст. 555 ГК Украины предусмотрено право поручителя выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы выдвинуть должник. Причем поручитель не теряет это право даже в том случае, если должник отказался выдвигать свои возражения против требования кредитора или признал долг. Таким образом, поручитель не безвольная фигура, он действует в данном случае по собственному усмотрению, независимо от воли основного должника. При этом прямо в ГК (п. 2 ст. 554) указывается на то, что поручитель отвечает за неисполнение обязательства должником. Таким образом, при соблюдении установленного порядка поручитель привлекается к ответственности, а не к исполнению перед кредитором обязательства должника. Н. В. Федорченко аргументирует невозможность существования одностороннего договора поручительства, поскольку даже в случае, когда договор поручительства является безвозмездным, другая сторона несет обязательства по такому договору [5, с. 6].

Интересно, что немецкий законодатель обусловил по-другому действия поручителя (*der Bürge*). Параграф 765 ГГУ предписывает то, что поручитель *обязуется* перед кредитором третьего лица *отвечать* за неисполнение обязательства третьим лицом. Таким образом, законодатель заключает в данном положении ответственность поручителя, принятую в отношении настоящего, будущего или условного обязательства, принимая во внимание высокую вероятность возмещения именно им долга по основному обязательству, неустойки кредитору, как если бы рассматривался деликт по отношению к кредитору. Поскольку именно в деликтном праве немецкие ученые говорят в основном об *обязанности отвечать* (*Vertrettenmüssen*). То есть поручитель должен наряду с изъятием воли

ручатся (Verbürgungswillen) за основного должника, также изъявить волю в отношении объема основного долга.

Важно отметить, что украинский законодатель впервые допускает возможность заключения договора поручительства для обеспечения обязательства в будущем (ст. 553 ГК Украины), в отличие от ГК УССР 1963 г., допускавшего заключение договора поручительства только при наличии уже состоявшегося обязательства, обеспечить которое собирался поручитель.

При этом объем обязательства поручителя также по-разному представлен в ГК и ГГУ. Так, в п. 1 ст. 554 ГК Украины установлено, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

При анализе данной нормы ГК Украины можно прийти к выводу, что по общему правилу поручитель и должник отвечают перед кредитором в солидарном порядке, то есть кредитору предоставлено право требовать исполнения обязанности как от должника по основному обязательству, так и от поручителя.

Немецкий законодатель отмечает, что для обязательства поручителя определяющим является соответствующее содержание основного обязательства. Это предписание действует, в частности, если основное обязательство изменится по вине основного должника, либо вследствие его просрочки. Сделка, совершенная основным должником после выдачи поручительства, не увеличивает объем обязательства поручительства (абзац 1 параграфа 767 ГГУ). Однако расходы по расторжению договора и осуществлению права, которые должны быть возмещены кредитору основным должником, ложатся на плечи поручителя. Немецкий законодатель не указывает на вид гражданско-правовой ответственности поручителя, ввиду того, что определяющим в договоре является содержание основного обязательства.

Современное украинское законодательство по вопросу о характере ответственности поручителя восприняло принципы романо-германской системы права. Именно государствам этой системы присущ солидарный характер обязанности поручителя. Поэтому кредитор имеет право предъявлять свои требования как к поручителю, так и к основному должнику. Причем он не обязан перед обращением к поручителю пытаться получить требуемое исполнение от основного должника.

Важно отметить, что немецкий законодатель предоставил возможность отзыва поручительства, принимая во внимание параграф 1 Закона о порядке аннулирования сделок на дому и схожих сделок (ФРГ, от 16.01.1986 г.)¹. Ссылаться по аналогии на параграф 7 Закона о потребительском кредитовании является в данном случае спорным² [6].

¹ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HausTWG) — Закон о порядке аннулирования сделок на дому и схожих сделок (ФРГ, от 16.01.1986).

² Gesetz über Verbraucherkredite (VerbrKrG) — Закон о потребительском кредитовании.

Ввиду заблуждения о характере обязательства, поручитель может сослаться на параграф 119 ГГУ, ссылаясь на то, что, если бы можно было предположить, что, зная о действительном положении дел и разумно оценивая ситуацию при волеизъявлении относительно его содержания, он вообще не имел намерения его высказать. Данное положение, однако, не распространяется на его кредитоспособность, поскольку он учитывает риск при подписании такого рода договора. А потому и сослаться на параграф 123 ГГУ, что он был принужден к волеизъявлению умышленным обманом или противоправной угрозой, в данном случае он не может. Для исполнения своих прямых обязательств поручителю в помощь будет параграф 767 ГГУ.

При рассмотрении специфики взаимоотношений трех участников правоотношения: основного должника — поручителя — кредитора, представляется интересным вопрос об ответственности поручителя перед кредитором за просрочку уплаты долга. Согласно п. 2 ст. 554 ГК Украины, поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Данное положение объясняется тем, что, принимая во внимание п. 2 ст. 619 ГК Украины, до предъявления требования к дополнительному должнику кредитор обязан принять меры для получения долга от основного должника. И только в случае отказа последнего или неполучения от него ответа в разумный срок, кредитор предъявляет требование к субсидиарному должнику. В связи с этим кредитору, возможно, будет более выгодно растянуть этот разумный срок, о котором говорится в п. 2 ст. 619 ГК Украины, для того, чтобы сумма процентов по ст. 623 ГК Украины возросла. Представляется, что в п. 4 ст. 623 ГК Украины следует предусмотреть, что в случае наступления ответственности поручителя в субсидиарном порядке поручитель будет отвечать перед кредитором за возмещение убытков, причиненных нарушением обязательства, вытекающего из договора поручительства по ст. 553 ГК Украины, лишь в случае своего необоснованного отказа или просрочки уплаты денежных сумм кредитору.

Согласно п. 2 ст. 619 ГК Украины, кредитор вправе потребовать от поручителя уплаты судебных расходов по взысканию долга, а также других убытков. Если судить по объему взыскиваемых средств, то можно сделать вывод, что законодатель из дополнительной (субсидиарной) ответственности поручителя фактически трансформировал ее в основную ответственность. Однако, несмотря на необходимость наиболее полного удовлетворения требований кредитора, все-таки не следует дополнительную ответственность превращать в основную. Субсидиарная ответственность должна остаться именно дополнительной, в том числе и по объему взыскания. Указанный вариант будет общим правилом, вытекающим из закона. В то же время следует предоставить сторонам право предусмотреть в договоре поручительства полную ответственность поручителя по обязательствам должника.

Необходимо отметить, что в отличие от ст. 619 ГК Украины, где субсидиарная ответственность предусматривалась как общее правило, в п. 2 ст. 554 ГК Украины говорится о солидарной с основным должником ответственности поручителя. Субсидиарная ответственность наступает в случае, прямо предусмотренном законом или договором. Поэтому при заключении договора поручителю для гарантии собственных интересов следует настаивать на своей субсидиарной ответственности по обязательству, в противном случае, при отсутствии в договоре специальной оговорки, ответственность поручителя будет солидарной.

Такое условие, вследствие возникновения дополнительного требования к поручителю, в виде процентов, ежемесячной оплаты содержания лицевого счета в банке¹ и пр., особенно требования о возмещении убытков², предусматривает возможность ссылаться поручителю на параграфы 133 и 157 ГГУ для толкования его волеизъявления и содержания договора [6].

В соответствии с п. 2 ст. 619 ГК Украины кредитор не вправе претендовать на удовлетворение своего требования от лица, несущего субсидиарную ответственность (в нашем случае — поручителя), если его требование может быть удовлетворено путем бесспорного взыскания средств с основного должника. Согласно п. 1 ст. 1089 ГК Украины списание денежных средств со счета осуществляется банком на основании поручения клиента. Без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается по решению суда, а также в случаях, установленных законом или предусмотренных договором между банком и клиентом. Таким образом, кредитору трудно реализовать свое требование к основному должнику путем бесспорного списания средств с его счета, даже если такая возможность будет предусмотрена договором. Банк находится в правоотношении не с кредитором, а с основным должником. На требование кредитора о бесспорном списании денежных средств со счета должника банк реагировать не обязан. Если иное не прописано договором между банком и клиентом. Расчеты с применением платежных поручений затрагивает и параграф 778 ГГУ.

Параграф 773 ГГУ оговаривает и невозможность возражения против иска кредитора, если: 1) поручитель откажется от возражения, в частности в случае его поручительства как самостоятельного должника; 2) осуществление права в отношении основного должника значительно осложнилось вследствие изменения места жительства, места нахождения предприятия либо места пребывания основного должника, наступившего после принятия поручительства; 3) в отношении имущества основного должника возбуждено производство по делу о несостоятельности; 4) следует полагать, что обращение взыскания на имущество должника не приведет к удовлетворению кредитора.

Параграф 770 ГГУ предоставляет право поручителю отказать в удовлетворении кредитора в течение того времени, пока основной должник вправе

¹ Kontoführungsgebühren — ежемесячная оплата содержания лицевого счета в банке.

² Ersatzforderungen — требование о возмещении убытков.

оспорить сделку, составляющую основу его обязательства, или пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение путем зачета против требования основного должника.

К сожалению, украинский законодатель не описал возможность предъявления возражений против кредитора, ущемив, таким образом, и основного и субсидиарного должника в его правоспособности. Односторонний отказ от обязательства, согласно ст. 615 ГК Украины, тем не менее, не освобождает виновную сторону от ответственности за нарушение обязательства. О возможном прекращении поручительства говорится лишь в ст. 559 ГК Украины, в случае: 1) исполнения им обязательства; 2) если после наступления срока исполнения обязательства кредитор отказался принять причитающееся исполнение, предложенное должником или поручителем; 3) при переводе долга на другое лицо; 4) по истечении шести месяцев со дня наступления срока исполнения основного обязательства или в течение одного года со дня заключения договора поручительства.

Значимое упущение составляет и то, что ст. 619 ГК Украины не содержит упоминания о том, что дополнительная ответственность поручителя наступает только в случае недостаточности имущества основного должника. Субсидиарная ответственность предполагает, что дополнительный должник должен исполнить обязательство именно в той части, в которой его не исполнил основной должник по причине отсутствия у него любого имущества (денежные средства, ценные бумаги, недвижимое имущество и т. д.), на которое можно было бы обратить взыскание. Следовательно, в соответствии с положениями п. 2 ст. 619 ГК Украины кредитор вправе предъявить свое требование к поручителю сразу же после отказа от удовлетворения этого требования основным должником или в случае неполучения от последнего в разумный срок ответа на предъявленное к нему требование.

Сущности субсидиарной ответственности более соответствует правило, согласно которому кредитор вправе обращаться с исковым требованием к субсидиарному должнику лишь в случае отсутствия необходимого имущества или его недостаточности у основного должника, после того как в отношении основного должника вступит в силу решение суда о взыскании соответствующих средств. При таком подходе к исследованию феномена субсидиарной ответственности процессуальное соучастие, по общему правилу, исключается. Оно может иметь место в случаях, когда по соглашению основного должника с дополнительным должником допускается предъявление такого требования к нему без предварительного привлечения к ответственности основного должника. Между тем, в судебной практике основной и субсидиарный должники привлекаются к участию в процессе в качестве соответчиков. Представляется, что такое решение не соответствует природе субсидиарной ответственности.

Необходимо также отметить, что в случае, когда на стороне поручителя выступают несколько лиц (сопоручительство), они отвечают перед кредитором в солидарном порядке, по законодательству Украины (ст. 543 ГК). Западная практика различает понятия солидарности сопоручителей

и солидарное поручительство, отмечая, что в случае если поручительство простое, кредитор обязан сначала обратиться с требованием к основному должнику, и только в случае невозможности получения от последнего исполнения имеет право предъявить требование ко всем или к отдельному сопоручителю. В подобных случаях кредитор не имеет возможности, минуя основного должника, обратиться за взысканием на имущество кого-либо из сопоручителей (параграф 769 ГГУ).

В силу поручительства (гарантии) поручитель обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично (п. 1 ст. 560 ГК Украины). При недостаточности средств у должника поручитель несет субсидиарную ответственность по его обязательствам перед кредитором, если законодательством или договором не предусмотрена солидарная ответственность.

Особый интерес представляет дополнительная обязанность лица, ведущего дело без поручения. Такое лицо должно при первой возможности сообщить заинтересованному лицу о принятии на себя дела и дожидаться его решения (п. 2 ст. 1158 ГК Украины), если только просрочка не повлечет за собой опасность (параграф 681 ГГУ). Украинский законодатель указывает, что при согласии сторон их отношения будут оформлены в соответствующий договор. Какой именно договор возникнет в таком случае, остается свободным волеизъявлением сторон. В отличие от ГК, ГГУ закрепляет за лицом, ведущим дело без поручения, в таких случаях ответственность как поверенного, применяя предписания параграфов 666–668 ГГУ.

Таким образом, можно сделать вывод, что субсидиарный должник должен исполнить обязательство именно в той части, в которой его не исполнил основной должник, и привлекаться в судебном процессе не как сопоручитель, поскольку такое решение не соответствует природе субсидиарной ответственности. Необходимо отметить, что солидарная ответственность куда выгоднее кредитору, чем поручителю. Законодательно интересы кредитора представляются более защищенными.

С целью дальнейшего развития данной темы можно исследовать такие направления, как привлечение по договору к субсидиарной ответственности недобросовестного поручителя.

Литература

1. Иоффе О. С. Обязательственное право. — М., 1975. — 880 с.
2. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С. Н. Братуся, О. Н. Садикова. — М., 1982. — С. 249.
3. Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. В. П. Мозолина и М. И. Кулагина. — М.: Международные отношения, 1980. — С. 197.
4. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильев. — М.: Международные отношения, 1993. — С. 307.
5. Договір доручення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 [Електронний ресурс] / Н. В. Федорченко; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2004. — 21 с.
6. Kommentare zum BGB — [Electronic resource] — http://www.recht-in.de/kommentare/ges.kommentarzeigen.php?gesetz_id=48¶graph_id=2125&k_id=818

7. BGB in russischer Sprache. Германское гражданское уложение на русском языке. — Hamburg, Jurist Verlag GmbH — 728 с.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Украины. Том II / Под ред. разработчиков проекта ГК А. Довгерта, Н. Кузнецовой, А. Подопригоры и др. — Х.: ООО «Одиссей», 2005. — 1040 с.

К. М. Левандовски

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**СУБСИДАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПОРУЧИТЕЛЯ
В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ І НІМЕЧЧИНИ**

Резюме

У статті досліджені деякі проблемні аспекти притягнення поручителя до субсидіарної відповідальності за цивільним законодавством України і Німеччини.

Ключові слова: поручитель, кредитор, основний боржник, субсидіарний боржник.

K. M. Levandovski

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy Boulevard 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**THE SUBSIDIARY RESPONSIBILITY IN THE CIVIL LAW
OF UKRAINE AND GERMANY**

Summary

The Article covers some problematic aspects of calling of a guarantor to the subsidiary responsibility according to the civil legislation of Ukraine and Germany.

Key words: guarantor, creditor, the main debtor, subsidiary debtor.