

УДК 347.4

Колкарева И.Н.

доцент, к. ю. н., доцент

*кафедры гуманитарных дисциплин Краснодарского филиала Российского
экономического университета имени Г.В. Плеханова*

Колкарева Э.Н.

доцент, к. э. н., доцент

*кафедры экономики и управления Кубанского института социэкономии и права
(филиал) Академии труда и социальных отношений*

**ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ НЕЗАВИСИМОЙ
ГАРАНТИИ
PROBLEMS OF HUMAN RIGHTS APPLICATION
GUARANTEES**

Аннотация: Статья посвящена вопросу модернизации способов обеспечения исполнения обязательств и реализации принципа добросовестности независимых гарантов. В работе приводится анализ применительной практики независимой гарантии с учетом выработанной позиции судебных органов и предлагается ряд мер по унификации её правового регулирования в целях устранения ненужных разночтений и сомнений.

Abstract: Ключевые слова: авизование независимой гарантии, бенефициар, гарант, контргарантия, убытки, перегарантирование.

Keywords: advising of an independent guarantee, beneficiary, guarantor, counter-guarantee, loss, reguarrantee.

Модернизация института банковской гарантии и введение независимой гарантии в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, обусловлена проведенной реформой гражданского законодательства РФ в части регулирования дополнительных гарантий исполнения обязательств в попытке формирования цивилизованного рынка обеспечительных услуг.

Федеральным законом от 08 марта 2015 г. № 42-ФЗ, вступившим в силу с 01 июня 2015 г., такие изменения были сделаны в сфере договорного и обязательственного права. Примечательно, что проект изменений подвергался обсуждению задолго до его принятия, что, безусловно, свидетельствует о важности проблемы для всего юридического сообщества. В частности, в сфере

обязательственного права изменения коснулись одного из способов обеспечения исполнения обязательств - банковской гарантии. Федеральным законом № 42-ФЗ было введено новое понятие «независимая гарантия», которое расширило действие банковской гарантии, сделав ее саму лишь одним из видов гарантии независимой.

Однако, несмотря на всю кажущуюся простоту нововведений, по институту независимой гарантии нередко возникают споры. Так, существует позиция, что новое наименование вполне соответствует внесенным изменениям, поскольку обеспечитель, гарант, не имеет возможности «втянуть» кредитора в спор о том, мог ли тот потребовать выплаты, а просто исполняет свое обязательство, то есть выплачивает причитающееся по имеющейся независимой гарантии. Но есть и критики такого подхода, полагающие, что независимая гарантия не обладает должным уровнем «независимости», поскольку, по закону она должна содержать ссылку на обеспечиваемое обязательство, что в определенной степени ограничивает гарантию.

Весьма интересна новелла законодателя о том, что гарантия может быть отзывной и изменяемой. Дело в том, что международная практика признает только безотзывные гарантии. Из этого следует, что такие гарантии смогут применяться только внутри страны.

Как следует из положений ст. 371 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), независимая гарантия не является отзывной и не допускает возможность ее изменения. Вместе с тем данная норма носит диспозитивный характер, и независимой гарантией можно предусмотреть обратное. Но даже при наличии условий, дающих возможность отзыва или изменения гарантом независимой гарантии, отозвать или изменить гарантию возможно только с согласия бенефициара.

Как следует из п. 1 ст. 379 ГК РФ, принципал обязан возместить гаранту выплаченные в соответствии с условиями независимой гарантии денежные суммы, если соглашением о выдаче гарантии не предусмотрено иное. Соответственно, основным риском для гаранта является неисполнение принципалом обязанности по возврату денежных сумм, которые гарант уплатил бенефициару в силу независимой гарантии. Снижению такого риска, безусловно, будет способствовать преддоговорная оценка добросовестности принципала, оценка его финансового состояния. Также следует предусмотреть конкретные сроки и порядок возмещения таких сумм принципалом.

Кроме того, возможны случаи, когда суммы по независимой гарантии выдаются бенефициару при отсутствии оснований для выплаты. Таких случаев может быть два: когда бенефициар предоставил недостоверные или подложные документы или когда выплата произведена при отсутствии оснований, предусмотренных независимой гарантией.

В статье 375.1 ГК РФ содержится обязанность бенефициара возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие того, что представленные им документы являлись недостоверными либо предъявленное требование являлось необоснованным.

Рассмотрим пример судебной практики. ООО «ОДПС Сколково» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском (с учетом увеличения размера исковых требований в порядке ст. 49 АПК РФ) к ПАО «ТРАНСКАПИТАЛБАНК» о взыскании 484 651 457,26 руб., из которых: 6 870 311,64 руб. - сумма выплаты по банковской гарантии № 1188/БГ-2014 от 20.06.2014 г., 477 781 145,62 руб. - сумма выплаты по банковской гарантии № 1878/БГ-2014 от 11.11.2014 г.; 23 792 617,04 руб. - проценты за пользование чужими денежными средствами за период с 16 июля 2015 г. по 20 января 2016 г., а также начиная со дня принятия решения по день фактического исполнения денежного обязательства.

Исковые требования обоснованы ссылкой на нарушение ответчиком обязательств по выданным банковским гарантиям № 1188/БГ-2014 от 20 июня 2014 г. и № 1878/БГ-2014 от 11 ноября 2014 г., выразившиеся в неисполнении заявленных Истцом требований о безусловной выплате денежных сумм в связи с ненадлежащим исполнением Третьим лицом (Принципалом) обеспеченных гарантией обязательств по договору № 50104/05-05003/33-2014 от 11 июня 2014 г.

Для взыскания понесенных убытков истец должен представить суду доказательства, подтверждающие виновное нарушение ответчиком прав и законных интересов истца, причинную связь между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, размер убытков (реальных и упущенной выгоды), возникших у истца в связи с нарушением ответчиком своих обязательств.

Указанные обстоятельства в совокупности образуют состав правонарушения, являющийся основанием для применения ответственности в виде взыскания убытков. Доказыванию подлежит каждый элемент убытков. Удовлетворение исковых

требований возможно при доказанности всей совокупности указанных условий ответственности.

В данном случае суд не усматривает факт того, что представленные ответчиком истцу по встречному иску документы являлись недостоверными либо предъявленное требование являлось явно необоснованным; не представлены доказательства причинения гаранту какого-либо вреда; гарант не уплатил по требованию бенефициара денежные средства по банковской гарантии, считая такое требование необоснованным; не представлено однозначных доказательств, свидетельствующих о выполнении работ третьим лицом в надлежащем объеме и качестве, что могло бы подтвердить размер возможных убытков.

Учитывая изложенное, исковые требования гаранта о возмещении убытков не подлежат удовлетворению в связи с недоказанностью факта причинения убытков и не соответствием статьям 15 и 375.1 ГК РФ.

Если говорить о рисках, связанных с прекращением деятельности гаранта ввиду его ликвидации, отзыва лицензии и в иных случаях, то здесь следует обратить внимание на следующее. Ликвидация, отзыв лицензии у банка (гаранта) не относится к числу предусмотренных п. 1 ст. 378 ГК РФ оснований для прекращения независимой гарантии. Однако с момента отзыва лицензии (ликвидации) гарант не сможет фактически исполнить обязательство по выданной гарантии. Следовательно, бенефициар не сможет получить денежные средства по данной гарантии - он может рассчитывать лишь на то, что его требования включат в реестр.

Избежать риска утраты обеспечения исполнения основного обязательства бенефициар может, предусмотрев в договоре обязанность принципала предоставить другую независимую гарантию на аналогичных условиях на оставшийся срок при наступлении определенных обстоятельств, делающих невозможным исполнение гарантом обязательств по независимой гарантии. Возможность включения в договор такого условия подтверждается Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 07 сентября 2012 г. № 09АП-24260/2012 по делу № А40-13301/12-117-124, в котором суд указал, что бенефициар мог бы потребовать от принципала предоставить новое обеспечение после того, как у банка-гаранта отозвали лицензию, если бы договор между ними содержал условие о предоставлении повторного обеспечения.

На сегодняшний день, учитывая, что гарантом могут выступать не только банки, но и коммерческие организации, бенефициару необходимо особенно тщательно проверять финансовое состояние гаранта, оценивать его добросовестность.

Безусловно, расширение института независимой гарантии носит позитивный характер, поскольку позволяет выступать в качестве гарантов не только банкам и кредитным организациям, но и иным коммерческим организациям. Вместе с тем деятельность банков и иных кредитных организаций находится под контролем Банка России, требует получения лицензий и представления отчетности, тогда как деятельность коммерческих организаций не регламентируется так строго. К гарантам - коммерческим организациям не предъявляются столь серьезные требования (в том числе к размеру уставного капитала, финансовым показателям), и кроме того, их деятельность так строго не контролируется. Поэтому при выборе гаранта большее предпочтение стоит отдавать все же банкам и иным кредитным организациям ввиду большего контроля за их финансовым состоянием со стороны государственного регулятора.

На практике спорные вопросы чаще всего возникают в отношении банковской гарантии, а именно: по возмещению принципалом гаранту выплаченных последним сумм.

Позиция судов такова: требования гаранта к принципалу должны носить характер регрессного требования, ведь принципал - это, по сути, обязанное лицо. Именно от него зависит качество выполнения обязательств по основному договору, по которому была выдана гарантия. А регресс, в свою очередь, является обратным требованием, предъявляемым к обязанному лицу, принципалу, о возмещении выплаченной суммы.

Кроме того, предъявлять требования по возмещению сумм, которые были уплачены бенефициару не в соответствии с условиями независимой гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, гарант не может. Кроме случаев, когда соглашением между гарантом и принципалом предусмотрено иное либо принципал дал свое согласие на такой платеж.

Перед тем как выплатить сумму банковской гарантии, гарант имеет право самостоятельно проверить допущение принципалом нарушения основного обязательства и наступление у бенефициара права на получение выплаты по ней согласно оговоренным условиям.

Учитывая, что в случае с независимой гарантией, а особенно ее частным видом, банковской гарантией, фигурируют довольно крупные суммы, понимание ее основного смысла и сущности очень важно.

Учитывая факт весьма значительного изменения правового регулирования независимой (банковской) гарантии, произошедшие в рамках ГК РФ, всё же мы с уверенностью можем утверждать, что только практика применения этих норм сможет сформировать наиболее приемлемые условия её жизнедеятельности.

По мнению большинства специалистов в банковской сфере и цивилистике содержание института независимой гарантии содержит массу нерешённых вопросов в части как минимум двух институтов - резервного аккредитива и контргарантии.

Исходя из содержания изменений-дополнений в ГК РФ назревает вывод, что резервный аккредитив является видом аккредитива (и следовательно, подпадает под правила § 3 главы 46 ГК РФ). Мы же полагаем такую позицию ошибочной, так как резервный аккредитив, несмотря на свое название, куда ближе к независимым (а точнее, даже к банковским) гарантиям, чем к собственно аккредитивам.

Не должно вводить в заблуждение и название другого обойденного молчанием финансового инструмента - контргарантии: соответствующий документ выдается вовсе не в качестве встречной гарантии, не против какой-то иной, известной гарантии (как можно подумать), а лишь для того, чтобы создать источник возмещения или покрытия затрат на выплаты по основной гарантии. В этом смысле ее логичнее называть не контр-, а субгарантией; саму же операцию ее выдачи - перегарантированием (по аналогии с перестрахованием).

Оставил без внимания законодатель также ряд следующих важнейших вопросов:

1. Не описана технология определения момента прекращения гарантии истечением срока ее действия, в частности в тех случаях, когда он определен указанием на событие или не определен вообще. Иначе независимая гарантия будет признана недействительной (ст. 12 Конвенции ЮНСИТРАЛ).

2. Установление временного ограничения предъявления требования по независимой гарантии - минимального срока.

3. Определение в гарантии права гаранта на отсрочку платежа с перечнем условий возникновения и реализации такого права.

4. Конкретизация возможности (или невозможности) выдачи независимых гарантий, предусматривающих право предъявления требований о частичных платежах и/или обязанности производства таких платежей.

5. Возможность авизования гарантий с описанием технологии внесения изменений к гарантиям. Довольно часто бывают случаи, когда в уже выданную клиентом гарантию, необходимо внести определенные изменения, тогда возникает потребность в авизовании гарантии. Авизование независимой гарантии это документ, который подтверждает подлинность внесенных изменений. Авизование осуществляется авизиующим банком, это может быть любой банк, получивший полномочия от эмитента. В свою очередь, этот банк не несет какой-либо финансовой ответственности, связанной с авизованием, а только предоставляет документ.

Основная функция авизиующего банка заключается в передаче бенефициару документа, подтверждающего подлинность внесенных в него изменений. Авизование независимой гарантии это внесенные изменения в документ, который в обязательном порядке должен быть оформлен по всем правилам и нормам, которые в настоящий момент четко не зафиксированы.

6. Возможность и юридическое значение предъявления альтернативного требования по гарантии - требования типа «продлевайте или платите», предусмотренного ст. 26 Конвенции ЮНСИТРАЛ. Право выбора того, какое из требований удовлетворить, предоставляется гаранту. На принятие решения о том, как поступить, ему отводится 30 календарных дней (п. а) – они необходимы гаранту для того, чтобы проконсультироваться с инструктирующей стороной (а контргаранту – еще и с гарантом); если он решает продлить гарантию, требование платежа считается отозванным, а если нет – то должен заплатить без особого о том нового требования.

7. Описание условий признания выплат, произведенных гарантом, надлежащими с точки зрения его отношений с принципалом - обстоятельств, за которые гарант отвечает или не отвечает.

Вероятно, отсутствие внимания отечественного законодателя к этим (и многим другим) аспектам гарантийной проблематики объясняется тем, что пока соответствующие вопросы просто не возникали в практике. Нет, однако, никаких сомнений в том, что с возобновлением процессов интеграции российской экономики в мировую и по мере приобретения нашими коммерсантами опыта в использовании

западноевропейских и международных финансовых инструментов вопросы эти возникнут. К их решению надо быть готовыми.

В целом положительно оценивая нововведения законодателя, так же как и те цели, которыми он руководствовался, считаем возможным предложить несколько незначительных изменений, которые бы устранили ненужные разночтения и сомнения по некоторым вопросам, касающимся независимой гарантии.

1. Необходимо скорректировать нормы о выдаче гарантии, поскольку в ГК РФ имеется лингвистическое противоречие, которое сильно усложняет понимание норм, поскольку, представляется, что понятия «выдача», «отправка» и «передача» не тождественны друг другу. Также, ГК РФ не дает точного ответа на вопрос о моменте выдачи гарантии, поскольку представляет неоднозначную формулировку, анализ которой не позволяет точно понять все аспекты выдачи гарантии.

2. Сделать указание в тексте ГК РФ о регрессной природе требований гаранта к принципалу, а также прямо указать о запрете внесения потестативных условий в гарантию, которые ставят в невыгодное положение принципала, единственным способом предотвращения которых на сегодняшний день являются нормы о добросовестности.

3. Оценить не совсем однозначные изменения в ГК РФ, которые коснулись формы, в которой выдается независимая гарантия. Допустив, с одной стороны, использование технологических инструментов для выдачи гарантии, с другой стороны, законодатель оставил множество вопросов, на которые, очевидно, в ближайшем времени предстоит ответить судам.

4. Устранить выявленные противоречия в ГК РФ, касающиеся природы независимой гарантии. Будучи, по своей сути, абстрактным обязательством, российским законодателем гарантия превратилась в некий загадочный симбиоз, который вызывает множество сомнений с теоретической точки зрения.

5. Определить возможность и юридическое значение предъявления альтернативного требования по гарантии - требования типа «продлевайте или платите», предусмотренного ст. 26 Конвенции ЮНСИТРАЛ. Право выбора того, какое из требований удовлетворить, предоставив гаранту. На принятие решения о том, как поступить, ему следует отводить 30 календарных дней – они необходимы гаранту для того, чтобы проконсультироваться с инструктирующей стороной (а контргаранту – еще

и с гарантом); если он решает продлить гарантию, требование платежа считается отозванным, а если нет – то должен заплатить без особого о том нового требования.

Однако в целом мы склонны позитивно оценивать законодательное развитие института гарантии, которое с некоторыми оговорками протекает вполне в соответствии с мировой практикой.

Мы считаем, что предложенные дополнения и изменения в действующее законодательство при воплощении в практику повысят эффективность законодательства, регулирующего институт независимой гарантии, что повлечёт повышение качества обязательственных правоотношений и уменьшит число судебных разбирательств.

Список литературы

Нормативно-правовые акты

1. Конвенция ООН от 11 декабря 1995 г. «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах»: Сборник документов.- М.: БЕК, 1997. С. 633 - 640.
2. Унифицированные правила для гарантий по требованию, включая типовые формы 2010 года (URDG 758) // Журнал Международной торговой палаты. 2010. № 758.
3. Федеральный закон от 08 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание Законодательства РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

Статьи из журналов и сборников

4. Гражданское право России: актуальные проблемы теории и практики // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2017 № 2 С.54-56.
5. Применение принципа добросовестности в преддоговорных правоотношениях // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2017. № 9-2. С. 48-50.