

АЙЫЛЧИЕВА А.А.

к.ю.н., и.о. доцента, КГЮА

БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ КАК СРЕДСТВО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ БАНКОВСКИХ СДЕЛОК

Настоящая статья посвящена исследованию правовой природы одного из средств обеспечения обязательств в банковской деятельности – банковской гарантии.

Рассматривая правосубъектность банков, нельзя не отметить и присущие только им правомочия, возможность реализации которых исключена для иных субъектов гражданско-правовых отношений. Речь идет о праве банков выступать гарантами по банковской гарантии.

Банковская гарантия – правовой институт, призванный служить одним из средств обеспечения исполнения обязательств. В международной банковской практике банковская гарантия также является относительно новым правовым средством обеспечения платежа. Несмотря на достаточно частое использование в международном обороте, банковская гарантия не имеет специального регулирования в национальном законодательстве практически всех государств мира за исключением, России и США.

Попытки согласования по международно-правовому урегулированию банковских гарантий предпринимаются достаточно давно, так как ощущаются не только национальные правовые различия в данном вопросе, но и в рамках одного государства не всегда существует общепризнанное решение. Поэтому

Международная торговая палата в Париже выработала Унифицированные правила для договорных гарантий, опубликованные в 1978г.

В 1991 году МТП разработала и опубликовала Унифицированные правила по гарантиям по первому требованию. Кроме того, МТП разработала и опубликовала Банковские гарантии в международной торговле. Следует добавить, что в последнее время предпринимается еще больше усилий по международно-правовому регулированию банковских гарантий. К работе над унификацией правил по банковским гарантиям подключилась UNCITRAL, разработавшая проект Конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, окончательный текст которого был принят 24-26 мая 1995 года в Вене. Этот проект, охватывающий не только банковскую гарантию, но и сложившийся в США институт «резервного кредита», был рекомендован для рассмотрения Генеральной Ассамблее ООН и был подписан 11 декабря 1995 года странами-участницами ООН. Кроме того, данная Конвенция стала учитывать и интересы банковского сообщества, помимо интересов реального сектора экономики, как это предусматривалось ранее в Унифицированных правилах 1991 года.

Унифицированные правила не определяют четкую правовую природу гарантии, в связи с чем данным термином, как уже отмечалось, часто обозначают разные правовые явления.

Банк при осуществлении своей деятельности использует известные и даже называемые «банковскими»¹⁹ способы обеспечения исполнения обязательств, как залог, гарантия, удержание и другие предусмотренные законодательством (ст. 319 ГК КР) и договором способы, выступая в качестве гаранта перед кредитором.

Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств состоит в том, что банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципиала)

¹⁹ *Агарков М.М.* Банковское право. – М.: БЕК. 1994. – С. 103

письменное обязательство уплатить кредитору принципиала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 349 ГК КР).

Учитывая разный механизм выплаты гарантийной суммы, разграничивают банковские гарантии на две большие группы:

- *условные гарантии* – при их выдаче уплата бенефициару обещанной суммы определяется в зависимости от предоставления им определенных документов;
- *гарантии по требованию* – гарантийная сумма выплачивается немедленно после получения соответствующего требования без необходимости представления судебного или арбитражного решения, а также иного доказательства неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своего обязательства перед бенефициаром.

Банковская гарантия может быть *прямой*, в случае если она выдается непосредственно банком, принявшим на себя обязательства; и *косвенной* (встречной) гарантией, когда банк, к которому обратились за выдачей гарантии, поручает ее осуществление банку-корреспонденту.

Контргарантия возникает тогда, когда бенефициар требует предоставления гарантии определенного банка, обычно в стране его нахождения. В этом случае банк может предоставить свою гарантию, поскольку она дается не в обеспечение исполнения обязательств неизвестного ему лица, а в обеспечении гарантии банка. На практике контргарантия часто применяется при предоставлении тендерных гарантий, а также в случае, когда гарантию банка-гаранта, который не пользуется большой известностью, стабильностью и влиянием, обеспечивает гарантия известного и авторитетного банка (ее иногда именуют супергарантией).

В зависимости от предмета на практике применяют следующие виды банковской гарантии:

- *тендерная или конкурсная гарантия*, представляющая собой обязательство, по которому обеспечивается возмещение убытков организации, проводящей тендер, в случае отказа участника тендера от участия в конкурсе в течение срока действия его конкурсного предложения либо в случае выигрыша им тендера и отказа от заключения договора. Тендерная гарантия обычно выдается в пределах 2-5% от суммы, содержащейся в оферте;
- *гарантия исполнения*, представляющая собой обязательство, которое обеспечивает надлежащую поставку товара либо выполнение работ или оказание услуг. Такая гарантия предоставляется обычно в размере 10% от суммы договора. Сходной с гарантией исполнения является гарантия, называемая «резервным аккредитивом», когда банк-гарант берет обязательство перед бенефициаром выплатить гарантийную сумму в случае неисполнения принципиалом контрактных обязательств при предоставлении определенных документов, не являющихся товарораспорядительными. Отличие «резервного аккредитива» от гарантий исполнения контракта заключается в том, что выплаты по нему осуществляются только при наличии перечисленных документов, в то время как для гарантии исполнения контракта достаточно лишь одного требования бенефициара¹;
- *гарантия возврата аванса*, являющаяся обязательством, обеспечивающим импортеру получение (возврат) внесенного аванса. Если экспортер не выполняет своих обязанностей, гарантия используется для комплексной поставки товара, а также при длительных по времени работах или услугах;
- *гарантия оплаты*, обеспечивающая платеж по любым договорам, чаще используется при экспортных операциях. В этом случае банк гарантирует своевременную оплату задолженности экспортеру за поставленный товар, выполненную работу или оказанную услугу;

¹ Ертылева Н.Ю. Международное банковское право./Учебное пособие. – М.: Форум – Инфра-М, 1998. – С. 92.

- *таможенная гарантия*, обеспечивающая оплату таможенных платежей, применяется при ввозе товаров в таможенном режиме временного ввоза или транзита в качестве обеспечения вывоза товаров за пределы таможенной территории государства;
- *гарантия обеспечения иска*, предусматривающая, что в случае наложения ареста на имущество, лицо может выставить гарантию и получить право распорядиться данным имуществом по своему усмотрению.

Несмотря на многообразие применяемых на практике видов банковской гарантии, и то, что характер положений, записанных в гарантии, зависит от усмотрения сторон, чтобы эту сделку можно было считать совершенной, любая банковская гарантия должна включать следующие сведения:

- 1) наименование принципала, гаранта и бенефициара;
- 2) ссылку на основной контракт, в соответствии с которым выдается гарантия;
- 3) срок действия или указание на событие, которое его аннулирует;
- 4) гарантийную сумму и валюту, в которой она выплачивается;
- 5) средство и место осуществления платежа;
- 6) порядок разрешения споров между сторонами;
- 7) механизм платежа по гарантии.

При реализации норм о банковской гарантии в правоотношения вступают не только стороны, но и третье лицо:

- 1) гарант, то есть банк, страховая компания или иное лицо;
- 2) принципал, то есть лицо, по просьбе которого выдается гарантия;
- 3) бенефициар, то есть выгодоприобретатель, получающий указанную сумму.

Банковская гарантия завоевывает все большую популярность среди субъектов гражданско-правовых отношений. Ее привлекательность состоит в минимизации времени, которое проходит между моментом возникновения вреда у участников имущественных отношений и сроком, когда этот вред

оказывается фактически возмещенным. Время существенно затягивается, когда ответственность за неисполнение договора реализуется за пределами государства, где было вынесено решение². Это означает, что банк, к которому бенефициар направляет требование об исполнении надлежащего денежного обязательства при обстоятельствах, указанных в гарантийном договоре, не может выдвинуть против бенефициара требования о предъявлении последним вначале требования к основному должнику и лишь потом – к банку. Иными словами, банк как гарант не может воспользоваться *beneficium discussionis*, которое может иметь место при поручительстве.

Широкое применение на практике банковской гарантии способствовало и возникновению научной дискуссии в теории гражданского права относительно данного правового института. Несмотря на абсолютную новизну банковской гарантии для современного законодательства многих республик СНГ, в частности, России и Кыргызстана, в теории гражданского права данный правовой институт вызвал интерес у исследователей с позиции схожести с другими способами обеспечения исполнения обязательств и даже с иными гражданско-правовыми институтами, не имеющими отношения к способам обеспечения исполнения обязательств. Так, в российской юридической литературе известна позиция, отстаиваемая А.Л. Меломад, который отождествляет банковскую гарантию с поручительством³. Между тем, как правильно указывают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, гарантия по ГК РФ 1964 г. (ст. 210) представляла собой разновидность поручительства, приспособленную к административно-командной системе управления экономикой. В Основы гражданского законодательства 1991 г., которые действовали и на территории Кыргызстана до принятия ГК, институт гарантии был упразднен и понятие это было сохранено для обозначения договора

² Рубанов А. // Хозяйство и право. 2000. №9.

³ Меломад А.Л.: Научно-практический комментарий. Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1. /Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. – М., 1996. С.570. С.573-574.

поручительства⁴. Т.А. Фадеева, напротив, говорила об отличии банковской гарантии от поручительства. Так, она считает, что банковская гарантия принципиально отличается от использовавшейся ранее гарантии, которая предоставлялась при кредитовании вышестоящим органом, и гарантии как разновидности поручительства, предусмотренной Основами гражданского законодательства 1991г. По ее мнению, банковскую гарантию характеризует, прежде всего, особый субъектный состав. Гарантами могут быть банки, иные кредитные учреждения, имеющие лицензию на совершение банковских операций, либо страховые организации. Банковская гарантия является дополнительным обязательством по отношению к договору между бенефициаром и принципалом, хотя и обладает известной автономией, что также отличает ее от поручительства и других, перечисленных в ГК, способов обеспечения исполнения обязательств. В гарантийном обязательстве гарант вправе указать так называемые гарантийные случаи, т.е. перечень нарушений, с наступлением которых появляется основание для предъявления требования по уплате гарантом бенефициару определенной денежной суммы. Последнее, а именно наличие в банковской гарантии перечня «гарантийных случаев», сближает ее с договором страхования. Кроме того, по мнению Т.А. Фадеевой, в отличие от других обеспечительных обязательств, банковская гарантия может быть как безотзывной, так и отзывной⁵.

Е.А. Павлодский полагает, что банковская гарантия вовсе не является способом обеспечения исполнения обязательства. По его мнению, «отнесение банковской гарантии к способам обеспечения исполнения обязательств имеет не больше оснований, чем, например, страхование риска невозврата заемных обязательств»⁶.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – С. 474

⁵ Гражданское право.: Учебник /Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М.: Проспект. .1996. – С. 580-582

⁶ Павлодаский Е.А. Обеспечения исполнения обязательств поручительством // Закон. №5. 1995. – С. 25

По мнению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, банковская гарантия является отдельным самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств, т.е. они отмечают ее акцессорный характер⁷.

Л.Г. Ефимова считает, что «банковская гарантия – это односторонняя сделка, для ее совершения требуется волеизъявление только одной стороны – гаранта»⁸. По мнению Н.Ю. Ерпылевой, банковская гарантия представляет собой гражданско-правовой односторонний договор, имеющий автономный характер, в отличие от поручительства, являющегося двусторонней сделкой и имеющего акцессорный характер. Отлична она и от гарантийной операции, т.е. операции по выдаче банковской гарантии, в которой участвуют как минимум три лица (банк-гарант, бенефициар и принципал)⁹. Самостоятельным гражданско-правовым договором считает банковскую гарантию и А. Рубанов¹⁰. Неакцессорный характер и независимость банковской гарантии неоднократно отмечались и в западной юридической науке¹¹.

Спорна и правовая природа договора о предоставлении гарантии. Некоторые ученые (Л.А. Новоселова, Е.А. Суханов) придерживаются мнения, что соглашение о предоставлении гарантии представляет собой договор комиссии, так как гарант обязуется в интересах принципала, но от своего имени, совершить сделку по выдаче гарантии за обусловленное вознаграждение. Другие, например, Г.А. Аванесова, полагают, что соглашение о предоставлении гарантии – это договор купли-продажи документа, удостоверяющего одностороннее обязательство гаранта¹².

⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – С. 474

⁸ Ефимова Л. Банковская гарантия и практическая применимость. // Хозяйство и право. 1996, № 3, - С. 119

⁹ Ерпылева Н.Ю. Международное банковское право: Учебное пособие. – М.: Форум - Инфра-М, 1998. – С. 91

¹⁰ Рубанов А. // Хозяйство и право. 2000. №9

¹¹ Piersse A. Demand Guarantes in Internatione Trade. London. 1993. P.15.

¹² Кудумбаев А.С. Банковская гарантия как способ обеспечения обязательства. // Актуальные проблемы современного гражданского права. Т. 1. Мат-лы Междунар. научно-практич. конф. аспирантов и соискателей, посвящ. 10-летию Независимости Республики Казахстан. – Алматы: КазГЮА. 2001. – С. 286

Прежде чем выдвинуть свою позицию относительно юридической природы банковской гарантии, подвергнем анализу положения о ней в ГК КР. В соответствии со ст. 349 ГК КР, банк, иное кредитное учреждение или страховая организация дают по просьбе другого лица письменное обязательство уплатить его кредитору, в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства, денежную сумму по представлении им письменного требования об ее уплате.

Неверным на наш взгляд, является то, что называемую «банковской», гарантию, тем не менее, могут выдавать и кредитные учреждения, и страховые компании.

Поскольку деятельность страховой организации носит специально «гарантирующий» характер лишь при наступлении страхового случая, то смешение субъектного состава, как в данном случае страховой организации и банка, мы считаем неуместным.

Кредитные учреждения – это не банки. Эти организации выполняют лишь отдельные виды банковской деятельности, в данном случае занимаются выдачей кредита. Поэтому называть их гарантию «банковской», на наш взгляд, также некорректно.

Законодатель, специально выделяя в отличие от обычной гарантии (ст. 343 ГК КР), где в качестве гаранта может выступать любое лицо, «банковскую», тем самым расширил субъектный состав «банковской гарантии». Мы полагаем, что, «банковская» гарантия должна быть выделена законодателем, и гарантом должен выступать исключительно банк. Целесообразно, следовательно, исключить из ст. 349 ГК КР страховые организации и кредитные учреждения.

В правоотношениях по банковской гарантии участвуют: бенефициар, принципал и гарант. В качестве бенефициара выступает кредитор по основному обязательству должника, принципал - должник, гарант - банк или, в соответствии с действующим законодательством, – страховая

организация, кредитное учреждение. Содержанием банковской гарантии является обязанность гаранта уплатить заранее установленную договором сумму.

В рамках операции по предоставлению банковской гарантии совершается два вида сделок: во-первых, собственно банковская гарантия, во-вторых, договор о предоставлении банковской гарантии. Договор банковской гарантии носит возмездный характер. Должник обязан оплатить вознаграждение гаранту, которое может выплачиваться принципиалом как в моментом выдачи гарантии, так и после исполнения гарантом своих обязательств.

Таким образом, можно отметить отличительные свойства банковской гарантии по сравнению с обычной:

- 1) лицо, которому выдана банковская гарантия, платит вознаграждение гаранту;
- 2) банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное;
- 3) принадлежащее кредитору по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное;
- 4) банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное;
- 5) банковская гарантия независима от обеспечиваемого ею основного обязательства (ст. 350 ГК КР);
- 6) предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед кредитором ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия.

Законодательство устанавливает определенную процедуру реализации банковской гарантии, при этом можно отметить императивный характер норм, отражающих порядок предъявления требований кредитора об уплате денежной суммы. Так, требование кредитора об уплате денежной суммы по

банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов (ст. 351 ГК КР). В требовании или в приложении к нему кредитор должен указать, в чем состоит нарушение основного обязательства, в обеспечение которого гарантия выдана. Требование кредитора должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана. После получения требования кредитора гарант должен без промедления уведомить об этом лицо, которому выдана гарантия, и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами. Гарант должен рассмотреть требование кредитора с приложенными к нему документами и установить, соответствуют ли эти требования условиям гарантии.

Надо отметить следующую особенность банковской гарантии. Так, предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед кредитором ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия (п.1 ст. 352 ГК КР). Вместе с тем, из положений пункта 2 данной статьи вытекает, что ответственность за ненадлежащее исполнение обязательств гарантом перед кредитором наступает в общегражданско-правовом порядке, а именно: поскольку в гарантии не предусмотрено иное, ответственность гаранта перед кредитором за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия (п.2 ст. 352). Это означает, что «по общему правилу, при невыполнении или ненадлежащем выполнении своих обязательств гарант несет ответственность в порядке и на условиях, предусмотренных гл. 25 ГК. В этом плане ответственность гаранта с момента истечения разумного срока на рассмотрение полученного им требования бенефициара ничем не должна отличаться от ответственности должника по денежному обязательству. Помимо требования о взыскании суммы, на которую выдана гарантия, бенефициар вправе также потребовать от гаранта уплаты процента годовых

на эту сумму (ст.395 ГК КР), а также в части, не покрытой процентами, возмещения причиненных убытков (ст. 393 ГК КР)»¹³.

Таким образом, гарант отвечает перед кредитором в том же объеме, как 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. Кроме того, исключается возможность субсидиарной ответственности гаранта, что является существенным отличием банковской гарантии от обычной.

Обязательство гаранта перед кредитором по гарантии прекращается:

- 1) после уплаты кредитору суммы, на которую выдана гарантия;
- 2) с окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана;
- 3) вследствие отказа кредитора от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту;
- 4) из-за отказа кредитора от своих прав по гарантии (письменное заявление об освобождении гаранта от его обязательств).

Итак, в законодательстве содержится исчерпывающий перечень прекращения обязательств гаранта перед кредитором.

На основании изложенного можно сделать следующие выводы и предложения относительно банковской гарантии:

- 1) независимость банковской гарантии от основного обязательства, на наш взгляд, противоречит акцессорному характеру обеспечительных сделок, поэтому банковская гарантия не охватывается рамками «обеспечительных» способов;
- 2) из положений ГК КР о банковской гарантии, ее можно охарактеризовать как исполнение обязательств перед третьим лицом, предусмотренное ст. 303 ГК КР;

¹³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М.: Статут. 1997. – С. 480

- 3) чтобы содержание данного обязательства соответствовало названию, обозначенному в ГК как «банковская гарантия», следует исключить из ГК положения, предусматривающие возможность выступать в качестве банковского гаранта иных организаций.

Исходя из анализа положений о банковской гарантии в международных законодательных актах, положений ГК КР о банковской гарантии, ее можно охарактеризовать как исполнение обязательств банком перед третьим лицом, предусмотренное ст. 303 ГК КР.