Негосударственное образовательное учреждение высшего профессионального образования

«Санкт-Петербургская юридическая академия»

Кафедра гражданского права

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА

Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств

Направление подготовки 40.03.01
Юриспруденция (квалификация «бакалавр»)

обучающийся 4 курс 2142 учебная группа
(№ курса и № группы)
факультета юриспруденции заочной формы обучения
Шевчук Людмила Юрьевна
(Фамилия Имя Отчество обучающегося)

_____
(подпись обучающегося)
Руководитель
к.ю.н. М. М. Колесникова
(ученая степень, ученое звание руководителя)

_____/_____
(подпись руководителя) (расшифровка подписи)

Консультант: (при наличии)

_____
(ученая степень, ученое звание консультанта)

_____/_____
(подпись консультанта) (расшифровка подписи)

ДОПУСТИТЬ К ЗАЩИТЕ

Заведующий кафедрой
к.ю.н. М. А. Орлова
(ученая степень, ученое звание зав. кафедрой)

_____/_____
(подпись зав. кафедрой) (расшифровка подписи)

«____»_____20___г.

Выпускная квалификационная работа

З А Щ И Щ Е Н А
«_____»_____20___г.

оценка _____

Председатель ГЭК
доктор юридических наук, _____
профессор В. П Очередько
(ученая степень, ученое звание председателя ГЭК)

_____/_____
(подпись) (расшифровка подписи)

ОГЛАВЛЕНИЕ

Стр.

Введение……... 3

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ, ЭКОНОМИЧЕСКАЯ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ……..

1.1. История возникновения банковской гарантии в России……..

1.2. Характеристика банковской гарантии как одного из способов обеспечения исполнения обязательств…….

ГЛАВА 2. БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ КАК СДЕЛКА. ОБЯЗАТЕЛЬСТВО, ВОЗНИКАЮЩЕЕ ИЗ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ……...

2.1. Понятие, правовая природа соглашения о предоставлении банковской гарантии……..

2.2. Форма банковской гарантии……...

2.3. Обязательство, возникающее из банковской гарантии: исполнение, ответственность сторон, основания прекращения……..

2.4. Способы обеспечения регрессного требования при предоставлении банковской гарантии……..

Заключение……..

Библиографический список……...

Введение

Особенности содержания банковской гарантии, а также порядок удовлетворения требований по ней делают ее одним из самых надежных и привлекательных для кредитора способов обеспечения исполнения обязательств. При этом обычно неучтенными остаются интересы гаранта, не рассматривается детально юридическая и экономическая заинтересованность банков (страховых организаций) в выдаче гарантий.

Так как любая хозяйственная операция (акт производства) представляет собой единство правового и экономического отношений, то важно исследовать институт банковской гарантии и с правовой точки зрения, и с экономической, выявить механизм влияния правовой конструкции на экономическую, и наоборот. Комплексный научный подход должен выражаться не только в детальном исследовании юридической природы отношений, возникающих в связи с выдачей банковской гарантии, но и в соотнесении ее с экономическими реалиями российского хозяйственного оборота. Только такой подход позволит выработать конкретные научно-обоснованные рекомендации по практическому применению норм о банковской гарантии (как для экономических субъектов, так и для правоприменительной практики), чтобы получить качественный и востребованный продукт на рынке финансовых услуг.

Степень научной разработанности. В науке гражданского права исследованием проблем банковской гарантии занимались такие ученые, как С.С. Алексеев, Г.А. Аванесова, М.М. Агарков, В.А. Белов, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, К. Гавальда, Б.М. Гонгало, Л.Г. Ефимова, О.С. Иоффе, Р.И. Каримуллин, В.В. Кресс, О.И. Лаврушин, М.И. Лещенко,Д-И. Мейер,И.Б. Новицкий, Л.А. Новоселова, О.М. Олейник, Е.А. Павлодский, Ю.В. Петровский, И.А. Покровский, Роуз Питер С., О.Н. Садиков,СВ. Сарбаш, О.М. Свириденко, С.Я. Сорокина, Ж. Стуфле, Е.А. Суханов, Ю.К. Толстой, Г.А. Тосунян, В.М. Усоскин, Т.А. Фаддеева, В.М. Хвостов, Б.Б. Черепахин, Г.Ф. Шершеневич и др.

Однако многие теоретические и практические вопросы, касающиеся экономической природы банковской гарантии, эффективности ее применения, прав

и обязанностей гаранта и принципала по соглашению о предоставлении гарантии и ряд других изучены и освещены далеко не полностью. В связи с этим дальнейшее исследование проблем банковской гарантии в настоящее время представляется актуальным и практически значимым и предполагает выход за пределы вопросов, исследованных в предшествующих работах. Эти и другие проблемы правового регулирования банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств, а также практики ее применения в банковской деятельности и обусловили выбор темы дипломной работы.

Целью исследования является анализ экономической и правовой природы банковской гарантии как способа обеспечения обязательств, выработка предложений по совершенствованию отечественного правового регулирования отношений, связанных с выдачей банковской гарантии, а также рекомендаций по толкованию и применению на практике действующих правовых норм.

Исходя из цели исследования, в дипломной работе решаются следующие задачи:

1. Определение экономической и правовой природы банковской гарантии.

2. Сравнительное исследование института банковской гарантии со смежными институтами гражданского права (поручительство, кредит, страхование, аккредитив).

3. Выявление правовой природы соглашения о предоставлении банковской гарантии, оформляющего отношения гаранта и принципала, связанные с выдачей банковской гарантии.

4. Исследование юридической конструкции банковской гарантии как односторонней сделки гаранта (в частности, субъекта, формы, порядка выдачи, содержания).

5. Анализ особенностей исполнения обязательства гаранта, возникающего из банковской гарантии (гарантийного обязательства).

6. Анализ общих и специальных оснований прекращения гарантийного обязательства.

7. Анализ банковской практики осуществления операций по выдаче

банковских гарантий и обоснование экономических и правовых рекомендаций по повышению эффективности применения банками этого правового института.

Методологической основой исследования является диалектический метод познания, а также применение системного анализа и функционального подхода. В процессе работы использовался формально-логический метод, а также такие частнонаучные методы, как исторический, метод сравнительного правоведения, статистический и другие научные методы.

Объектом исследования настоящей работы являются общественные отношения, складывающиеся в процессе осуществления банками операций по выдаче банковских гарантий.

Предметом исследования является изучение института банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств (элементы односторонней сделки банковской гарантии, особенности исполнения обязательства, возникающего из банковской гарантии), а также изучение соглашения о предоставлении банковской гарантии (значение, правовая природа, содержание обязательства, возникающего из соглашения).

Структура работы определяется целью и задачами исследования. Выпускная квалификационная работа состоит из введения, трех глав, заключения, списка использованных источников.

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ, ЭКОНОМИЧЕСКАЯ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ

1.1. История возникновения банковской гарантии в России

Банковская гарантия является достаточно новым для Российской Федерации способом обеспечения исполнения обязательств, впервые введенным в отечественное гражданское право ч. 1 Гражданского кодекса РФ 1994 г.

В литературе, посвященной способам обеспечения обязательств, предлагается выделять и такие функции, как: штрафная, предупредительная, воспитательная и другие, которые, однако, являются менее значимыми, так как по существу вытекают из основных.

Тем не менее, в литературе до сих пор нет единства мнений относительно появления и развития института банковской гарантии в отечественном законодательстве,

Так, О. Олейник считает, что «гарантия как один из способов обеспечения обязательств давно известна российскому и русскому гражданскому праву» [14, с. 54].

Действительно, ГК РСФСР 1964 г. устанавливал возможность обеспечения исполнения обязательств между социалистическими организациями гарантией (ч. 2 ст. 186). Гарантия по ГК 1964 г. была самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств, отличавшимся от поручительства субъектным составом участников (как на стороне гарантов, так и на стороне принципалов), субсидиарной ответственностью гаранта (вместо солидарной поручителя), а также отсутствием у гаранта права регресса к должнику.

Специфика гарантии и ее отличия от поручительства были обусловлены строго ограниченной сферой ее применения. Институт гарантии использовался в отношениях между государственными организациями, когда государственный банк кредитовал государственное предприятие под гарантию его вышестоящего государственного органа. В случае нарушения обязательства государственным предприятием, вышестоящий орган выплачивал денежные средства вместо него, однако права регресса не возникало в связи с тем, что в условиях административно-командной экономики в том не было необходимости, так как все имущество государственных предприятий принадлежало единому собственнику - государству (действовала система «единого кармана»).

Такое положение вещей позволяет говорить, что самостоятельность гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств по ГК 1964 г. была искусственной, а, по сути, гарантия служила учетной формой соблюдения расчетных интересов сторон.

В результате реформирования экономики с целью ее разгосударствления, постепенного перевода предприятий на самостоятельный (хозяйственный) расчет Основы гражданского законодательства Союза ССР от 31 мая 1991 г. отказались от выделения такого специфического способа обеспечения исполнения обязательств как гарантия социалистических организаций, поэтому гарантия была полностью отождествлена с поручительством (п. 6 ст. 68). Сам термин «гарантия» использовался для обозначения договора поручительства [18, с. 46].

По общему правилу ответственность гаранта (поручителя) была субсидиарной, однако допускалась и солидарная ответственность в случаях, предусмотренных законом или договором. Принципиальным моментом был тот факт, что у исполнившего основное обязательство гаранта (поручителя) в любом случае возникало право регресса к должнику (абз. 2 п. 6 ст. 68 ОГЗ 1991 г.).

Судебная практика того времени также исходила из отождествления понятий поручительства и гарантии. Высший арбитражный суд в письме от 20.05.1993 № С-13/ОП-167 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике» указал, что договор поручительства (гарантии) должен быть заключен в письменной форме, соблюдением которой признавалось наличие двух документов: гарантийного письма и сообщения в письменном виде (письмом, телеграммой, телетайпограммой, телефонограммой и т.п.) кредитора гаранту о том, что он принимает полученное от последнего гарантийное письмо. В силу того, что гарантия (поручительство) по ОГЗ 1991 г. представляла собой обязательство, которое являлось дополнительным к основному обязательству, обеспечиваемому гарантией, ссылку в основном договоре между кредитором и должником на гарантийное письмо гаранта суд также рекомендовал считать достаточной для соблюдения письменной формы договора гарантии (поручительства).

Таким образом, до принятия ч. 1 ГК РФ 1994 г. отечественное законодательство знало такой способ обеспечения исполнения обязательств как поручительство, его разновидность - гарантию, а впоследствии и вовсе отказалось от каких-либо различий между ними.

Предусмотренная действующим ГК РФ банковская гарантия является новым, самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств, принципиально отличающимся от использовавшейся ранее гарантии как разновидности поручительства. Данной точки зрения в настоящее время придерживается большинство исследователей.

Следует отметить, что банковская гарантия, хотя и не была ранее известна российскому законодательству, закреплена в новом Гражданском кодексе РФ не случайно.

Институт гарантии активно применялся и применяется в международном обороте. Причем в большинстве своем гражданские кодексы зарубежных государств не содержат специальных норм о гарантии, а регулирование данных отношений в основном осуществляется обычаями делового оборота.

Первая систематизация существовавших в международной практике обычаев применения гарантий была осуществлена Международной Торговой Палатой в «Унифицированных правилах по договорным гарантиям» (редакция 1978 г.) [16, с. 64].

Правила 1978 г. применялись к любой гарантии, поручительству или подобному обязательству, если стороны согласились на подчинение конкретной гарантии Правилам и в самой гарантии была сделана специальная оговорка об этом (ст. 1 Правил 1978 г.). В случае противоречия Правил положениям права страны какого-либо из участников сделки, применимого к гарантиям, от которого стороны не могли отступать, приоритет отдавался обязательным нормам национального права.

Основной особенностью Правил 1978 г. было регулирование порядка исполнения обязательства гаранта перед бенефициаром, в соответствии с которым предпочтение было отдано защите интересов гаранта от возможного недобросовестного поведения бенефициара.

В соответствии с изменившимися условиями в апреле 1992 г. в целях уравновешения интересов различных сторон и недопущения злоупотреблений при требовании платежей по гарантиям Международная Торговая Палата издала «Унифицированные правила для гарантий по первому требованию».

Основной смысл в регулировании гарантий по первому требованию заключается в том, что обязанностью гаранта является уплата денежной суммы бенефициару по представлении последним письменного требования об уплате (п. b ст. 2 Правил 1992 г.). Приоритет в данном случае на стороне бенефициара, который имеет возможность при любой неисполнительности должника (принципала) обратиться к гаранту с письменным требованием об уплате денежной суммы. Одного письменного требования достаточно для произведения выплаты, у бенефициара нет необходимости предварительно обращаться в какие-либо юрисдикционные органы для осуществления своего права требования по гарантии.

Такое изменение подхода к проблеме реализации бенефициаром своих прав по гарантии было обусловлено, в первую очередь, требованиями расширяющегося международного оборота товаров и услуг, когда все стороны заинтересованы в максимально возможном ускорении исполнения контрактов и, соответственно, максимально быстрой реализации способов обеспечения исполнения контрактов в случае ненадлежащего исполнения какой-либо из сторон. Модель гарантии по первому требованию полностью удовлетворяет этим условиям, поэтому пользуется заслуженной популярностью в международном обороте.

Учитывая вышеуказанные мировые тенденции, нормы новейшего гражданского законодательства России, посвященные банковской гарантии, были разработаны именно на основе Правил 1992 г.

Банковская гарантия по российскому законодательству, по существу, является аналогом гарантии по первому требованию в соответствии с международными Правилами 1992 г.

Тем не менее, при разработке Гражданского кодекса был учтен не только международный опыт, но и принята во внимание российская действительность, особенности отечественного хозяйственного оборота. В результате банковскую гарантию по ГК 1994 г. некоторые исследователи называют «самобытным институтом российского гражданского права».

С одной стороны, некоторые положения Правил 1992 г. не вошли в Гражданский кодекс, с другой стороны, в Гражданском кодексе РФ появились нормы, не имеющие аналога в Правилах 1992 г.

В соответствии с п. а ст. 2 Правил 1992 г. гарантом для гарантии по первому требованию может выступать банк, страховая компания или любое другое юридическое или физическое лицо.

В ст. 368 Гражданского кодекса РФ содержится легальное определение банковской гарантии - в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате [17, с. 22].

Из данного определения следует, что гарантом может выступать ограниченное число субъектов - банк, иное кредитное учреждение или страховая организация.

Таким образом, очевидно различие в подходах к определению круга субъектов по международному и внутреннему законодательству.

В отечественной литературе существует мнение о том, что законодатель необоснованно ограничил круг субъектов по банковской гарантии, что «гарантия должна стать общедоступной правовой конструкцией, а не оставаться только специальной банковской сделкой».

Следует заметить, что подобные ограничения по кругу субъектов существуют во внутреннем законодательстве не только России, но и других стран. Например, во Франции операции по предоставлению различного рода банковских гарантий до недавнего времени являлись монополией банков. Позднее к банкам добавились Общества взаимного поручительства (SCM) и страховые компании.

Более проработанным по сравнению с действующим ГК РФ является раздел Правил 1992 г. о существенных условиях банковской гарантии. Статья 3 Правил к таким условиям относит: наименования гаранта, принципала, бенефициара, указание на основное обязательство, срок, сумма гарантии и другие.

Таким образом, можно сделать вывод, что при принятии первой части Гражданского кодекса РФ 1994 г. российским законодателем был введен совершенно новый для России способ обеспечения исполнения обязательств - банковская гарантия.

Необходимо отметить, что международное регулирование гарантий также не стоит на месте и постоянно развивается.

Одним из последних существенных международных актов в этой сфере является Конвенция ООН «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах», принятая Генеральной Ассамблеей ООН 11 декабря 1995 года.

Основной смысл Конвенции состоит в унификации международно-правовых норм, касающихся не только гарантий, но и резервных аккредитивов (stand-by letter of credit).

Как отмечают разработчики Конвенции, она призвана содействовать использованию независимых гарантий и резервных аккредитивов там, где традиционно используется только какой-либо один из этих двух инструментов. Конвенция должна способствовать также укреплению общих основных принципов и признаков независимых гарантий и резервных аккредитивов,

Положения Конвенции в основном соответствуют положениям Правил 1992 г., но также дополняют их путем регулирования вопросов, выходящих за сферу действия Правил 1992 г. В частности, в Конвенции регулируются вопросы о мошенничестве или злоупотреблениях при предъявлении бенефициаром требования платежа, а также средства правовой защита в таких случаях.

Поскольку независимая гарантия (резервный аккредитив) является обязательством в пользу бенефициара, то основное внимание Конвенция уделяет отношениям между гарантом и бенефициаром, а отношения между гарантом и принципалом, в основном, не входят в сферу правового регулирования Конвенции.

В отношении конкретных случаев применения Конвенции сторонам предоставляется полная свобода действий, если они желают полностью исключить применение Конвенции (ст. 1) в пользу применения другого права. Даже если Конвенция является применимой, основу ее регулирования составляют диспозитивные нормы, которые предоставляют сторонам широкие возможности для исключения или модификации положений Конвенции.

Следует отметить, что сфера применения Конвенции ограничивается обязательствами, имеющими международный характер (ст. 4) [1].

Завершая анализ истории возникновения банковской гарантии в российском законодательстве и международного опыта ее применения, необходимо подчеркнуть, что институт гарантии (договорные гарантии, независимые гарантии, гарантии по первому требованию) существует в международном обороте и внутреннем обороте зарубежных государств достаточно давно, поэтому при разработке российских внутренних правил о банковской гарантии были учтены передовые на тот момент тенденции развития правового регулирования гарантий. Вместе с тем российский законодатель не просто скопировал международный опыт, но и учел особенности внутреннего правового регулирования.

1.2. Характеристика банковской гарантии как одного из способов обеспечения исполнения обязательств

Гражданский кодекс РФ называет банковскую гарантию одним из способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных гл. 23 ГК, наряду с такими способами, как неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительства и задаток.

Тем не менее, именно банковская гарантия в ряду перечисленных в ст. 329 ГК способов обеспечения исполнения обязательств обладает значительной спецификой (независимость от основного обязательства и др.), что вызывает неоднозначные оценки решения законодателя о причислении ее к способам обеспечения исполнения обязательств. Исследователи до настоящего времени не пришли к единому мнению по этому вопросу.

Одни авторы считают, что по своей правовой природе банковская гарантия близка к договору страхования, так как и там, и там основанием для платежа гаранта (страховщика) является гарантийный (страховой) случай.

Другие полагают, что банковская гарантия вообще не является способом обеспечения исполнения обязательств и отнесение ее к таковым «имеет не больше оснований, чем, например, страхование риска не возврата заемных средств».

Третья позиция заключается в том, что банковская гарантия обеспечивает только экономически, являясь в юридическом смысле «запродажей денежных средств», т.е. обязательством предоставить управомоченному лицу в будущем требуемую сумму при соблюдении этим лицом ряда формальных требований.

В.В. Витрянский критически оценивает названные точки зрения, полагая, что при исследовании правовых проблем необходимо «если не уважать, то хотя бы учитывать волю законодателя» [21, с. 80].

С другой стороны, Б.М. Гонгало считает, что воля законодателя при включении банковской гарантии в гл. 23 ГК была продиктована соображениями целесообразности и так называемым «внешним влиянием», но отнюдь не осознанием ее правовой природы как одного из способов обеспечения исполнения обязательств.

Таким образом, прежде чем перейти к более детальному рассмотрению банковской гарантии и отношений, возникающих в связи с ее выдачей, необходимо определиться с таким принципиальным вопросом, как правовая природа этого института гражданского права.

Так как любая хозяйственная операция (в том числе и выдача банковской гарантии) представляет собой единство правового и экономического отношений, то важно рассмотреть институт банковской гарантии не только с правовой точки зрения, но и с экономической, выявить механизм влияния экономической конструкции на правовую, и наоборот.

В статье 368 ГК содержится легальное определение банковской гарантии - в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате [2].

В связи с тем, что банковская гарантия является односторонним письменным обязательством гаранта перед бенефициаром и в каждом конкретном случае факт выдачи гарантии зависит только от воли гаранта, то и исследовать экономическое существо отношений, возникающих при выдаче гарантии необходимо, прежде всего, с точки зрения гаранта.

Исходя из наименования данного института как «банковской гарантии», учитывая тот факт, что гарантами могут быть также и страховые организации, все же представляется более удобным и практически обоснованным рассматривать банковскую гарантию с позиции банка как гаранта. Кроме того, как показывает российская и международная практика, наибольшее применение гарантия находит именно в банковской деятельности.

Согласно ст. 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности» выдача банковских гарантий относится к банковским операциям. Закон относит ее к отдельному виду банковских операций, хотя по своей экономической сути она относится к группе кредитных операций банков. Так, Положение ЦБР о правилах ведения бухгалтерского учета в кредитных организациях, расположенных на территории Российской Федерации от 26.03.2007 № 202-П устанавливает в Плане счетов банка операции по выдаче банковских гарантий в разделе 5 внебалансовых счетов - «Кредитные и лизинговые операции». Действительно, в экономическом смысле обязательство гаранта перед бенефициаром об уплате по его требованию определенной денежной суммы за принципала можно охарактеризовать как обещание банка прокредитовать принципала на сумму гарантии при возникновении такой необходимости в его отношениях с бенефициаром. При этом после уплаты денежной суммы по гарантии у банка автоматически возникает право регресса к принципалу, а банковские правила рассматривают данную задолженность как приравненную к ссудной и распространяют на нее соответствующие банковские нормы (п, 4.2. Положения ЦБР от 26.03.2004 № 254-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам...») [6].

Отнесение выдачи банковской гарантии к классу кредитных операций оправдано в том смысле, что банк принимает в этой форме кредитный риск бенефициара на свою ответственность, причем риск часто большой. В данном случае речь идет именно о кредитном риске бенефициара, так как банк гарантирует уплату определенной денежной суммы, а не выполнение конкретной работы или оказание услуги вместо принципала по основному договору.

В общем виде риск представляет собой элемент неопределённости, который может отразиться на деятельности того или иного хозяйствующего субъекта или на проведении какой-либо экономической операции.

Любой банк в процессе своей деятельности несет следующие основные виды рисков:

- кредитный риск;
- риск несбалансированной ликвидности;
- процентный риск;
- валютный риск;
- риск банковских злоупотреблений.

Принятие рисков - основа банковского дела. Банки имеют успех тогда, когда принимаемые ими риски разумны, контролируемы и находятся в пределах их финансовых возможностей и компетенции.

Основной риск, с которым банк сталкивается в своей деятельности, - это кредитный риск, состоящий в неспособности либо нежелании партнера действовать в соответствии с условиями договора. Этот риск имеет отношение не только к кредитованию, но и к другим операциям, которые находят свое отражение в балансе банка или на внебалансовом учете (вложения в ценные бумаги, гарантии, акцепты и др.).

Применительно к банковской гарантии принимаемый гарантом кредитный риск будет выражаться в риске неисполнения клиентом банка (принципалом) своих обязательств по основному договору, а, следовательно, в риске уплаты по банковской гарантии, и только впоследствии в риске не возмещения принципалом уплаченной банком по гарантии суммы. Таким образом, банк-гарант принимает на себя кредитный риск бенефициара в основном договоре, так как последний при наличии банковской гарантии убежден по крайней мере в том, что возможные убытки будут возмещены за счет гаранта.

Таким образом, с введением в действие части 1 ГК законодатель предоставил российским банкам новый перспективный кредитный инструмент (инструмент передачи кредитного риска) - банковскую гарантию.

И если для российской хозяйственной практики и гражданского права подобный инструмент является новым, то в зарубежной практике достаточно давно существует такое понятие, как гарантийный кредит. Его специфика и привлекательность состоит в том, что «эта форма кредита характеризуется отсутствием немедленного аванса из средств банкира», так как «банкир предпочитает ссудить свою подпись, а не предоставлять сразу же свои средства клиенту-заемщику» [24, с. 18].

Привлекательность данного инструмента для банков, помимо отсутствия необходимости немедленного отвлечения денежных средств, состоит в следующем:

- повышение возможностей для получения комиссионного дохода;

- освоение новых банковских продуктов в целях увеличения своей доли рынка и прибыли, обеспечения конкурентоспособности банка;

- удовлетворение расширяющихся потребностей имеющихся у банка клиентов, а также привлечение новых;

- соответствие международным стандартам риск-менеджмента, в том числе более тщательный подход к оценке рисков.

Итак, по своей экономической природе банковская гарантия является инструментом передачи кредитного риска от одного лица (бенефициара) к другому лицу (гаранту), выражающемся в предоставлении контрагенту бенефициара (принципалу) так называемого гарантийного кредита. Представляется, что такая конструкция в целом соответствует правовой природе банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательства.

В буквальном смысле обеспечение - это то, что служит надежной гарантией исполнения или осуществления чего-либо. Следовательно, способы обеспечения обязательства призваны служить надежной гарантией его исполнения, причем в первую очередь надлежащего. Реализация способов обеспечения не всегда позволяет кредитору полностью устранить все негативные последствия нарушения основного обязательства, т.к. они не равнозначны действиям должника по исполнению обязательства, не совпадают с надлежащим исполнением обязательства. Поэтому кредитор в любом обязательстве заинтересован, прежде всего, в своевременном и точно соответствующем условиям договора исполнении должником своих обязанностей, что и является целью применения способов обеспечения исполнения обязательств. Русские юристы на рубеже XIX - XX веков отмечали, что для обеспечения обязательств наиболее идеальным средством должно быть такое, которое обеспечит исполнение обязательства «в натуре», так как реализация других средств (например, денежного взыскания) является косвенным стимулом для побуждения должника и суррогатом исполнения для кредитора, хотя и позволяет обеспечить кредитору тот имущественный интерес, который для него связывается с обязательством [20, с. 14].

В связи с этим под способами обеспечения договоров понимались «искусственные приемы для доставления обязательственному праву той твердости, которой недостает ему по существу».

В настоящее время в науке гражданского права под способами обеспечения обязательств понимаются специальные меры обеспечительного характера, предусматриваемые законодательством или соглашением сторон, которые используются для предварительного обеспечения имущественных интересов кредитора и получения им гарантий надлежащего исполнения обязательства должником. Такие меры характеризуются имущественным содержанием и нацеленностью на побуждение должника к исполнению обязательства.

Способы обеспечения обязательств характеризуются следующими признаками, наличие которых позволяет отнести ту или иную обеспечительную меру к числу таких способов:

1) Использование конкретного способа обеспечения приводит к появлению дополнительного (акцессорного) обязательства;

2) Применение способов обеспечения предполагает возможность наступления имущественных последствий;

3) Имущественные последствия наступают только в случае нарушения должником основного обязательства;

4) До нарушения обязательства способы обеспечения стимулируют должника к исполнению и придают кредитору уверенность в защите его имущественных интересов.

Обеспечение обязательства специальными способами создает между кредитором и лицом, обеспечивающим обязательство должника, обязательственное правоотношение особого рода. Специфика его состоит в дополнительном (акцессорном) характере по отношению к главному, основному обязательству. Данное положение является общепризнанным в литературе, и проявляется в нескольких моментах, которые нашли отражение в действующем ГК РФ.

Во-первых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом, и наоборот, недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности основного обязательства (п.п.2 и 3 ст. 329 ГК).

Во-вторых, если иное не предусмотрено законом или договором, права, обеспечивающие исполнение обязательства, следуют судьбе основного обязательства при переходе прав кредитора другому лицу (ст. 384 ГК).

В-третьих, с прекращением основного обязательства, как правило, прекращается и обеспечивающее его обязательство (ст.ст. 352, 367, 381 ГК).

В-четвертых, с истечением срока исковой давности по главному требованию истекает срок исковой давности и по дополнительным требованиям (неустойка, залог, поручительство и т.п.) (ст. 207 ГК) [2].

Второй признак заключается в предполагаемом наступлении имущественных последствий при применении способов обеспечения обязательств. Имущественные последствия заключаются либо в дополнительных лишениях должника по сравнению с основной обязанностью (например, неустойка), либо в обращении взыскания на заранее определенное имущество должника (например, залог), либо в предъявлении имущественных требований кредитора к третьим лицам (например, поручительство).

При этом немаловажным является тот факт, что возможность наступления указанных имущественных последствий зависит от исполнительности должника, так как они могут наступить, по общему правилу , только в случае неисправности должника. Таким образом, если должник исполняет обязательство в полном соответствии с его условиями, оснований для применения способов обеспечения нет.

Нельзя согласиться с Б.М. Гонгало в том, что поручительство и банковская гарантия не стимулируют должника к надлежащему исполнению обязательства, а предназначены только для защиты имущественного интереса кредитора. Признавая способы обеспечения обязательств частью системы правовых обеспечительных мер, Гонгало Б.М. противоречит сам себе, когда пишет, что «уже только наличие обеспечительных мер стимулирует лиц, обязанных к исполнению своих обязанностей». Т.е. уже само наличие любой обеспечительной меры (в том числе, поручительства или банковской гарантии) выполняет стимулирующую функцию, побуждая должника к надлежащему исполнению обязательства. В связи с этим, необходимо признать, что несмотря на различную степень воздействия на должника разных способов обеспечения все они выполняют как минимум две функции: стимулирование должника к надлежащему исполнению обязательства и гарантирование имущественных интересов кредитора путем компенсации его потерь в результате реализации способов обеспечения.

Представляется, что юридическая конструкция банковской гарантии соответствует перечисленным признакам способов обеспечения обязательств, т.е. по своей правовой природе банковская гарантия является способом обеспечения обязательств.

В качестве примера исключения из этого правила Б.М. Гонгало называет залог, так как несмотря на безупречное исполнение должником основного обязательства, в некоторых случаях залогодержатель имеет право обратить взыскание на предмет залога (ст. 351 ГК).

Банковская гарантия, обеспечивающая перевод кредитного риска бенефициара (кредитора) на гаранта (третье лицо), тем самым гарантирует защиту имущественного интереса кредитора. В случае предъявления бенефициаром требования к гаранту, последний выплачивает денежные средства бенефициару. Функция защиты имущественных интересов кредитора является главной в конструкции банковской гарантии, однако и функция стимулирования должника также присутствует, поскольку уплата денежных средств гарантом создает на стороне должника долг в пользу гаранта.

Имущественные последствия, к которым приводит использование банковской гарантии, заключаются для кредитора в возможности получить денежную компенсацию за счет гаранта, а для должника - в обязанности возместить гаранту уплаченные денежные средства в соответствии с условиями заключаемого между должником (принципалом) и гарантом соглашения.

Согласно п. 1 ст. 374 ГК РФ при предъявлении требования к гаранту бенефициар обязан указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства. Указанная норма свидетельствует о том, что имущественные последствия по банковской гарантии наступают только в случае нарушения должником основного обязательства [2].

Содержание этих правил позволяет говорить о независимости банковской гарантии, в связи с чем в литературе отмечается, что банковская гарантия, в отличие от других способов обеспечения, не обладает признаком акцессорное. Действительно, положения закона прямо устанавливают независимый от основного обязательства характер гарантийного обязательства. В то же время, независимость этого обязательства не отменяет сам факт существования обеспечительного обязательства, т.е. в результате использования банковской гарантии как способа обеспечения возникает отдельное обязательство (как и при использовании остальных способов), однако оно независимо от обеспечиваемого им основного обязательства в силу прямого указания закона. Таким образом, независимость гарантийного обязательства не влияет на его юридическую природу как обеспечительного обязательства, а представляет собой допускаемое законом исключение из принципа акцессорности обеспечительных обязательств.

Обеспечительная сущность банковской гарантии заключается также и в том, что исполнение гарантом обязательства по уплате денежных средств бенефициару погашает основное обязательство принципала перед бенефициаром в соответствующей части. После исполнения гарантийного обязательства принципал освобождается в этой части от исполнения основного (обеспечиваемого) обязательства, поскольку у него возникает обязанность по возмещению выплаченных сумм гаранту. Сохранение обязанностей принципала по основному обязательству после получения бенефициаром удовлетворения по банковской гарантии означало бы возможность неосновательного обогащения на стороне бенефициара.

Резюмируя сказанное, на данном этапе исследования можно утверждать, что банковская гарантия по своей правовой природе является способом обеспечения исполнения обязательств. Особенности, которыми обладает гарантия по сравнению с другими способами обеспечения исполнения обязательств, не меняют ее правовой и экономической сущности.

Будучи достаточно новым институтом, находящимся в стадии становления в российском гражданском обороте, банковская гарантия не находит пока широкого применения в практике.

В настоящее время остаются неучтенными многие моменты ее практического применения, что приводит к настороженности банков в выдаче гарантий, так как предусмотренная ГК конструкция достаточно жестка по отношению к гаранту.

Еще в 1996 г. О. Олейник писала, что «основной проблемой гарантии является согласование, компромисс интересов кредитора, должника и третьего лица (гаранта) при доминирующем положении кредитора. С этих позиций и нужно рассматривать новые правовые нормы».

Большинство исследователей сходятся во мнении, что особенности содержания банковской гарантии, а также порядок удовлетворения требований по ней делают ее одним из самых надежных и привлекательных для кредитора способов обеспечения исполнения обязательств.

При этом часто без внимания остаются интересы гаранта, исследователи не рассматривают детально экономическую заинтересованность банков (страховых организаций) в выдаче гарантий.

Такое положение вещей в теории не способствует и широкому применению банковской гарантии на практике. Так, с момента вступления в силу норм Гражданского кодекса о банковской гарантии по настоящее время в Арбитражном суде Томской области практически не было дел о банковской гарантии. Тем не менее, можно отметить тенденцию к увеличению распространенности банковской гарантии в деловом обороте России, а, следовательно, и увеличению количества дел, рассматриваемых арбитражными судами в отношении гарантии. По данным судебно-арбитражной статистики за 2007 - 2008 годы количество дел, рассмотренных арбитражными судами РФ по гарантии, в 2007 году составило 91 дело, а в 2008 году - уже 279 дел, что означает увеличение количества дел за год в 3 раза. По отношению к общему количеству дел, рассмотренных арбитражными судами, дела по гарантиям в 2007 году составили 0,013%, в 2008 году - 0,032%. Таким образом, данные статистики свидетельствуют, с одной стороны, о некотором увеличении удельного веса «гарантийных» дел, а, с другой стороны, о ничтожно малом количестве таких дел в общей массе судебных споров [38].

Возможны две причины соответствующих данных: малое количество случаев использования банковских гарантий либо отсутствие проблем в практике применения гарантий, которые бы приводили к судебным разбирательствам. Представляется, что основной причиной является первая, так как исследование отечественной правоприменительной практики (в том числе и судебной) показывает, что между распространенностью использования того или иного института гражданского права и количеством судебных споров по нему существует прямая зависимость. Чем больше используется институт на практике, тем больше споров в суде его использование вызывает.

Хотя при выдаче гарантии не происходит непосредственного предоставления денежных средств во временное пользование заемщику, в соответствии с Положением ЦБР от 20.03.2006 № 283-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери» банк обязан формировать резервы на возможные потери по выданным гарантиям. Однако по сравнению с требованиями о формировании резервов по кредитам, в данном случае оценка рискованности гарантии по большей части относится на усмотрение банка (п.1.6.) Следовательно, при выдаче банковской гарантии важно правильно оценить связанные с этой операцией риски для принятия мотивированного решения о ее совершении и размере отчислений в резерв, при том, что банк всегда стремится уменьшить долю отчислений в резерв [30, с. 90].

Принцип независимости обязательства гаранта от основного обязательств прослеживается и в п. 1 ст. 376 ГК, согласно которому, гарант вправе отказать бенефициару в выплате гарантийной суммы лишь по формальным признакам несоответствия представленных последним документов условиям гарантии, а не выдвигать какие-либо возражения, основанные на фактических отношениях по главному обязательству. Таким образом, обязанность гаранта не ставится в зависимость от фактического невыполнения принципалом своих обязательств по основному договору. Т.е. гарант остается обязанным даже тогда, когда лежащее в основе обязательство по какой-то причине прекращается. Он должен без возражения осуществить платеж по требованию бенефициара. Поэтому он может и будет лишь проверять, правильно ли востребована гарантия, т.е. выполнены ли формальные условия согласно текста гарантии. Гарант не должен и не имеет права проверять материальную правомочность предъявления требования по гарантии.

При этом Высший Арбитражный Суд в п.5 информационного письма от 15 января 1998г. № 27 подчеркивает, что обязательство гаранта перед бенефициаром не просто не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, но и подлежит исполнению по требованию бенефициара без предварительного предъявления требования к принципалу об исполнении основного обязательства, если иное не определено в гарантии. Данный вывод подтверждается также нормой п. 1 ст. 375 ГК об обязанности гаранта по получении требования бенефициара без промедления уведомить об этом принципала.

Однако в силу диспозитивности гражданско-правового регулирования, при составлении гарантии банк может включить в ее текст в качестве условия удовлетворения требований бенефициара необходимость предъявления претензии принципалу и как подтверждение этого, например, письменный ответ принципала на претензию.

Принцип независимости гарантийного обязательства является центральным звеном юридической конструкции банковской гарантии, а потому проявляется практически во всех аспектах отношений, возникающих при выдаче банковской гарантии. Общие положения указанного принципа заключаются в вышеописанных особенностях соотношения гарантийного и основного обязательств. Иные, частные проявления указанного принципа целесообразно осветить при исследовании соответствующих аспектов банковской гарантии.

Необходимо заметить, что принцип независимости банковской гарантии имеет не только юридическое, но и экономическое значение, так как побуждает гарантов более ответственно относиться к каждому случаю выдачи гарантии, глубокому анализу возможных рисков, а бенефициару дает уверенность в том, что обязательство гаранта достаточно надежно и при необходимости будет исполнено без лишних процедур разбирательств.

Тем не менее, в практике встречаются случаи, когда принцип независимости гарантийного обязательства не действует. Речь идет о случаях, когда удовлетворение требования бенефициара безотносительно к имеющейся у гаранта информации о судьбе основного обязательства противоречит принципу справедливости. В частности, судебно-арбитражная практика при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, допускает отказ в удовлетворении требований бенефициара на основании ст. 10 ГК (злоупотребление правом).

В связи с проблемой злоупотреблений в науке гражданского права был поднят вопрос о соотношении принципа независимости банковской гарантии с возможностью применения ст. 10 ГК. В особенности это касается нормы п. 2 ст. 376 ГК, согласно которой если гарант после сообщения бенефициару о прекращении основного обязательства получает повторное требование бенефициара, он обязан удовлетворить такое требование.

В литературе высказывались точки зрения о том, что применение ст. 10 ГК является исключением из принципа независимости банковской гарантии, которое обусловлено соблюдением общеправового принципа справедливости. Другие авторы считают, что банковская гарантия является своеобразным дополнительным (акцессорным) обязательством, а принцип независимости гарантии проявляется лишь в том, что при рассмотрении требования бенефициара гарант не может выдвигать возражения, основанные на отношениях принципала и бенефициара в основном обязательстве.

Представляется, что возможность применения ст. 10 ГК к недобросовестному бенефициару не меняет существа и содержания принципа независимости банковской гарантии. Во-первых, банковскую гарантию нельзя признать акцессорным обязательством в силу прямого указания закона. Во-вторых, применение ст. 10 ГК не является исключением из принципа независимости, так как не затрагивает существа и содержания указанного принципа, т. е. не устанавливает зависимость гарантийного обязательства от судьбы обязательства основного.

Применение ст. 10 ГК для отказа бенефициару обусловлено исключительно недобросовестным поведением бенефициара, а не судьбой основного обязательства. Это означает, что право требования бенефициара к гаранту, как и любое другое субъективное право требования, не безгранично и не должно выходить за рамки его добросовестной реализации. Поэтому одним из условий применения ст. 10 ГК является осведомленность бенефициара о собственной недобросовестности в момент предъявления требования гаранту. Как справедливо отмечается в литературе, в случаях, когда бенефициар предъявляет требование, заранее не зная о соответствующих обстоятельствах, его поведение не может быть признано злоупотреблением правом. Поэтому даже если основное обязательство было исполнено надлежащим образом, о чем бенефициар не знал на момент предъявления требования, такое требование подлежит удовлетворению гарантом в полном соответствии с принципом независимости гарантийного обязательства.

Таким образом, случаи отказа бенефициару в удовлетворении его требования на основании ст. 10 ГК не противоречат принципу независимости гарантийного обязательства и не являются исключением из указанного принципа.

На этапе определения условий происходит формирование конкретных положений, определяющих содержание банковской гарантии. Для осуществления данного этапа принципиальным является вопрос о том, какой сделкой является банковская гарантия: двусторонней (договором, заключаемым между гарантом и бенефициаром) либо односторонней сделкой гаранта.

Представляется, что банковская гарантия не может быть признана договором, т.к. из анализа норм § 6 гл. 23 ГК не следует, что для вступления ее в силу необходимо наличие волеизъявления бенефициара о принятии или утверждении банковской гарантии. Т. е. не требуется акцепта, который согласно ст. 433 ГК является необходимой стадией заключения договора.

В литературе существует и другая точка зрения, согласно которой банковская гарантия является договором между гарантом и бенефициаром. Думается, такая позиция не соответствует действующему законодательству, т. к. в п. 2 ст. 438 ГК РФ установлено, что молчание может рассматриваться в качестве акцепта только в тех случаях, когда это определено законом или вытекает из обычаев делового оборота либо из прежних деловых отношений сторон. Применительно к банковской гарантии закон такого требования не устанавливает, поэтому справедливо будет считать, что воля бенефициара безразлична для возникновения обязательства гаранта.

Арбитражная практика также идет по пути признания банковской гарантии, по общему правилу, односторонней сделкой гаранта, не требующей согласия бенефициара. В п. 1 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии» Президиум Высшего Арбитражного Суда указал, что для возникновения гарантийного обязательства не требуется извещения гаранта о принятии бенефициаром гарантии, если иное прямо не предусмотрено в тексте гарантийного обязательства.

Точку зрения о признании банковской гарантии односторонней сделкой разделяет большинство исследователей гарантии.

Практическое воплощение данные положения находят в том, что для действительности банковской гарантии и возникновения гарантийного обязательства необходимо и достаточно волеизъявления одной стороны - гаранта. Банковская гарантия не нуждается в одобрении или утверждении бенефициаром, достаточно ее восприятия (принятия) - особого познавательного, но не волевого и не юридического акта. Б.Б. Черепахин справедливо отмечал, что «принятие права, установленного односторонней сделкой, отличается от акцепта договорной оферты тем, что односторонняя сделка порождает право для лица, принявшего его, независимо от этого принятия, тогда как предложение заключить договор определенного содержания без его принятия не порождает соответствующих прав и обязанностей». Исходя из этого, нельзя согласиться с мнением Г.А. Аванесовой и М.И. Лещенко, которые считают, что бенефициар, принимая банковскую гарантию, также совершает одностороннюю сделку. Кроме того, на практике банковская гарантия обычно передается гарантом не бенефициару, а принципалу для последующей передачи бенефициару. При этом гарантия считается выданной с момента передачи ее гарантом принципалу [31, с. 14].

В международном частном праве в настоящее время имеется тенденция к унификации правовых норм, действующих в разных странах, но регулирующих сходные отношения. В соответствии с этой тенденцией была принята Конвенция ООН «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах» 1995 г. Как уже отмечалось, Россия не является участницей данной Конвенции.

Разработчики Конвенции подтверждают, что она призвана способствовать признанию общих основных принципов независимых гарантий и резервных аккредитивов. В этих целях в Конвенции применительно к обоим видам инструментов используется нейтральный термин «обязательство».

Немаловажным в Конвенции является тот факт, что она применяется только к международным обязательствам, не затрагивая внутреннего законодательства разных стран и его неизбежного различия. В данном случае унификация норм проводится на международном уровне с целью упорядочить именно международный оборот и международное применение независимых гарантий и резервных аккредитивов.

Конвенция признает независимую гарантию и резервный аккредитив самостоятельными обязательствами, однако поскольку природа их одинакова, то предлагает для них единое правовое регулирование.

В заключение главы следует еще раз подчеркнуть, что банковская гарантия является достаточно новым для российского гражданского права способом обеспечения исполнения обязательств, по своей экономической природе относится к инструментам передачи кредитного риска (от бенефициара к гаранту), обязательство по банковской гарантии возникает из односторонней сделки гаранта по ее выдаче, обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит от обеспечиваемого (основного) обязательства между принципалом и бенефициаром.

ГЛАВА 2. БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ КАК СДЕЛКА. ОБЯЗАТЕЛЬСТВО, ВОЗНИКАЮЩЕЕ ИЗ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ

2.1. Понятие, правовая природа соглашения о предоставлении банковской гарантии

В связи с выдачей банковской гарантии возникают следующие правоотношения: обязательство между гарантом и принципалом по поводу выдачи гарантии и собственно банковская гарантия, как одностороннее обязательство гаранта перед бенефициаром. Указанные отношения можно обозначить единым термином гарантийные отношения, т.е. отношения, связанные с выдачей банковской гарантии. Гарант, принципал и бенефициар являются участниками этих гарантийных отношений.

Необходимо отметить, что правоотношение принципала и бенефициара по основному обязательству, обеспечиваемому банковской гарантией, не входит в понятие гарантийных отношений, так как в силу независимости банковской гарантии от основного обязательства, последнее не оказывает влияния на судьбу банковской гарантии при ее выдаче, исполнении обязательств по ней и прекращении.

Поскольку выдача банковской гарантии является активной (доходной) банковской операцией, она носит характер предпринимательской деятельности. В связи с осуществлением банком-гарантом предпринимательской деятельности в форме выдачи банковских гарантий между банком и его клиентом (принципалом) возникают отношения, связанные с выдачей банковской гарантии.

В литературе отмечается, что указанные отношения проходят несколько стадий:

1. Заявление принципала о выдаче банковской гарантии и заключение соглашения о предоставлении банковской гарантии;

2. Выдача банковской гарантии;

3. Обмен информацией при исполнении обязательства гаранта по банковской гарантии;

4. Предъявление регрессных требований гаранта к принципалу.

Первая стадия отношений гаранта и принципала, согласно терминологии ГК РФ, оформляется посредством «просьбы» принципала и последующего «соглашения» между гарантом и принципалом [2].

В ст. 368 ГК установлено, что гарант дает свое обязательство об уплате определенной денежной суммы бенефициару по просьбе принципала.

Процесс выдачи банком гарантии обычно начинается с обращения клиента-принципала в банк. Следует заметить, что на практике за выдачей гарантии может обратиться как принципал, так и бенефициар. В последнем случае для бенефициара может быть важно участие в сделке именно этого банка, клиентом которого бенефициар, скорее всего, является, поэтому он просит банк оценить заключаемую с принципалом сделку и принять кредитный риск, выдав гарантию принципалу, поскольку доверяет банку в финансовой оценке состояния принципала.

В любом случае, кто бы ни инициировал процесс выдачи гарантии: бенефициар или принципал, с соответствующим заявлением (просьбой) в банк должен обратиться принципал, так как договорные отношения в конечном итоге банк устанавливает с принципалом. С экономической точки зрения в результате выдачи банковской гарантии банк принимает на себя кредитный риск, заключающийся в неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств именно принципалом. При реализации кредитного риска банк, выплачивая денежные средства по гарантии, выдает кредит принципалу, целевым назначением которого является погашение основного обязательства принципала перед бенефициаром. Поэтому несмотря на то, что денежные средства по гарантии уплачиваются бенефициару, ответственным за возврат данного кредита перед банком-гарантом является принципал.

Для получения банковской гарантии клиент-принципал должен обратиться в банк с соответствующим заявлением. Каждый банк, занимающийся операциями по выдаче банковских гарантий, обычно имеет свою разработанную форму заявления принципала. По аналогии с заявлением на предоставление кредита, заявление о выдаче гарантии, как правило, должно содержать следующие сведения, необходимые банку для начала работы с клиентом: наименование клиента, срок гарантии, сумма, суть операции, обеспечение и др. Для того, чтобы определить вероятность реализации кредитного риска, сотрудник банка должен исследовать слабые и сильные стороны клиента, оценить заявку клиента с точки зрения его финансовой отчетности, движения наличности, деловой стратегии клиента, рынка его деятельности, квалификации руководства, информации о нем и опыта работы. На данном этапе банк осуществляет сбор и проверку следующих документов клиента: 1) документов, подтверждающих легальность создания и регистрации принципала (учредительные документы, свидетельство о регистрации юридического лица либо индивидуального предпринимателя); 2) документов, подтверждающих полномочия лиц, действующих от имени принципала (протокол об избрании, приказ о назначении, доверенность); 3) документов, подтверждающих устойчивость финансового положения принципала (баланс, выписки со счетов в банках, справки о наличии ликвидного имущества и т.д.).

По существу, главной стадией процесса выдачи гарантии является период с момента поступления в банк заявления о выдаче гарантии до момента заключения соглашения о предоставлении банковской гарантии с принципалом и непосредственной ее выдачи (обычно это происходит одновременно), так как именно на данном этапе банк производит оценку кредитного риска, принимает решение о выдаче гарантии и формулирует условия своего участия в сделке.

К сожалению, ГК содержит только несколько упоминаний о соглашении между гарантом и принципалом о предоставлении банковской гарантии. В частности: в соответствии с п. 2 ст. 369 ГК за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение; в соответствии с п. 1 ст. 379 ГК право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия.

Отсутствие в действующем гражданском законодательстве положений, четко регламентирующих основу отношений гаранта и принципала - соглашение о выдаче банковской гарантии, создает немало проблем в практической деятельности банков, осуществляющих выдачу банковских гарантий, а также является причиной отсутствия единообразного подхода к пониманию правовой природы указанного соглашения в науке гражданского права.

Более того, в литературе вызывает дискуссию также и вопрос о том, насколько необходимо заключение гарантом и принципалом соглашения о предоставлении банковской гарантии и как оно влияет на судьбу банковской гарантии [25, с. 77].

Эта проблема имеет несколько аспектов:

1. Является ли соглашение о предоставлении гарантии одним из оснований возникновения обязательства гаранта перед бенефициаром или возможна выдача банковской гарантии без предварительного заключения соглашения между гарантом и принципалом.

2. Имеет ли значение соблюдение письменной формы соглашения о предоставлении гарантии для действительности банковской гарантии, выданной во исполнение этого соглашения.

3. Если соглашение о предоставлении гарантии признается недействительным по какому-либо основанию или его условия не выполняются одной из сторон, отразится ли этот факт на действительности банковской гарантии.

4. Имеет ли право гарант предъявить регрессное требование к принципалу при отсутствии письменного соглашения о предоставлении банковской гарантии.

Согласно одной из точек зрения заключение соглашения о предоставлении банковской гарантии необходимо гаранту, если он преследует две цели: получение вознаграждения за выдачу гарантии и осуществление права регрессного требования к принципалу в случае выплаты денежных средств по гарантии. Если же гарант подобных целей не преследует, то заключение соглашения о предоставлении гарантии необязательно, так как наличие или отсутствие соглашения гаранта с принципалом о предоставлении банковской гарантии никак не влияет на действительность банковской гарантии.

Подобный вывод содержится и материалах судебной практики Высшего Арбитражного Суда. В частности, в п. 3 Информационного письма ВАС от 15 января 1998 г. № 27, отмечается, что т.к. гарантийное обязательство возникает между гарантом и бенефициаром на основании одностороннего письменного обязательства гаранта, то действительность этого обязательства не зависит от того, есть ли письменное соглашение между гарантом и принципалом [35].

Соглашение о предоставлении гарантии проходит две стадии своего развития:

- с момента заключения соглашения и выдачи банковской гарантии до момента прекращения действия банковской гарантии по основаниям, иным, чем выплата денежных средств по банковской гарантии;

- с момента выплаты денежных средств по банковской гарантии до момента удовлетворения принципалом регрессного требования гаранта.

Первая стадия развития соглашения о предоставлении гарантии является обязательной и характеризуется сходством с договором страхования. Вторая стадия является альтернативной, так как ее наступление зависит от наступления отлагательного условия, она представляет собой реализацию принятого гарантом кредитного риска и имеет много общего с кредитным договором. Таким образом, соглашение о предоставлении гарантии принадлежит к типу договоров, направленных на оказание услуг, и представляет собой самостоятельный вид гражданско-правового договора, состоящий из элементов договора страхования договорной ответственности и кредитного договора. При этом элемент договора страхования является определяющим на первой стадии развития соглашения о предоставлении гарантии, а элемент кредитного договора - на второй стадии.

Соглашение о предоставлении банковской гарантии является консенсуальным, взаимным (двусторонним), возмездным, срочным договором.

2.2. Форма банковской гарантии

Важным условием действительности сделки является облечение воли совершающих ее субъектов в надлежащую форму.

В соответствии со ст. 368 ГК банковская гарантия представляет собой письменное обязательство гаранта, т. е. она должна быть совершена в простой письменной форме.

Сделка в письменной форме совершается путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами (п. 1 ст. 160 ГК). Пункт 2 ст. 160 ГК устанавливает, что в отношении многосторонних сделок применяются и иные способы совершения письменной формы, такие как: обмен документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (ст. 434 ГК).

Таким образом, по общему правилу, для односторонних сделок гражданское законодательство предусматривает только один способ письменного совершения сделки - составление документа, подписанного уполномоченным лицом.

Однако, в силу того, что к односторонним сделкам применяются общие положения об обязательствах и о договорах постольку, поскольку это не противоречит закону, одностороннему характеру и существу сделки (ст. 156 ГК), представляется возможным совершение банковской гарантии и в электронной форме с использованием электронно-цифровой подписи. В настоящее время, в связи с принятием 10 января 2002 г. Федерального закона № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи», создавшего правовое поле применения электронных средств, этот вопрос весьма актуален, так как банковская практика идет по пути расширения объема использования электронного документооборота. Конечно, рано еще говорить о полном переходе на электронный документооборот, отечественная хозяйственная практика (в том числе и банковская) не готова к этому в ближайшее время, однако начало положено и не учитывать тенденции развития мирового рынка в этой сфере нельзя.

В Унифицированных правилах 1992 г. также содержатся требования о составлении гарантии в письменной форме (п. с ст. 2 Правил), однако в п. d ст. 2 Правил, в отличие от ГК, прямо указано, что под письменной формой следует также понимать электронную документацию, телеграммы, телексы, телефаксы.

В международной банковской практике активно применяется способ передачи документов по каналам SWIFT. Указанная система представляет собой организованный по единым стандартам безопасности электронный документооборот, применяемый для осуществления платежей, конверсионных операций, операций с ценными бумагами и др. Сервис SWIFT позволяет передавать электронные документы в режиме реального времени независимо от того, в каких странах находятся передающий и принимающий документ банки, при этом система защиты информации позволяет с полной уверенностью идентифицировать как содержание переданного документа, так и его отправителя. В отношении банковских гарантий возможности SWIFT активно используются банками различных стран. Например, если принципал и бенефициар (либо банки сторон) находятся в различных государствах, то банк принципала выдает банковскую гарантию бенефициару путем передачи ее в банк бенефициара (ст. Конвенции ООН 1995 г.). Как правило, в международных расчетах такая передача производится с использованием системы SWIFT.

По данным Российской национальной ассоциации SWIFT (РОССВИФТ) в 2006 г. количество российских пользователей системы SWIFT составляло более 360 кредитных и финансовых организаций из 48 городов и продолжало постепенно увеличиваться [28, с. 16].

Таким образом, в связи с развитием российского законодательства об электронном документообороте, а также активным присоединением российских финансовых институтов к международной системе SWIFT, обеспечивающей единые стандарты безопасности и защиты информации, можно говорить о перспективе выдачи банковских гарантий российскими банками в электронной форме не только в международных отношениях, но и внутри страны. При этом необходимо признать, что электронное оформление банковской гарантии должно считаться соблюдением ее письменной формы.

С другой стороны, весьма важным является вопрос о последствиях несоблюдения простой письменной формы банковской гарантии.

В отличие от норм, регулирующих отношения по поручительству, неустойке, залогу, которые определяют, что несоблюдение формы договора о применении этих способов обеспечения влечет его недействительность, для банковской гарантии такие последствия несоблюдения формы законом прямо не предусмотрены. Это позволяет некоторым исследователям сделать вывод о том, что несоблюдение письменной формы гарантии влечет последствия, предусмотренные п. 1 ст. 162 ГК, т. е. лишает стороны в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства.

При этом приводится пример письменного доказательства, которое могло бы подтвердить наличие гарантийного обязательства - копия текста гарантии, полученной бенефициаром по факсу.

С таким подходом нельзя согласиться, так как банковская гарантия содержит довольно жесткие условия и является строго формализованной сделкой. Невозможно представить, чтобы такая организация, как банк, могла выдавать действительные устные обязательства об уплате определенных денежных сумм в будущем при соблюдении каких-либо условий.

Кроме того, представляется, что п. 1 ст. 162 ГК не применим к односторонним сделкам вообще и к банковской гарантии, в частности. Из содержания указанной нормы следует, что стороны сделки, совершенной с нарушением требования о простой письменной форме, в случае спора вправе доказывать ее наличие и условия путем предъявления определенных доказательств. Единственной стороной сделки банковской гарантии является гарант, соответственно только он имеет право в соответствии с п. 1 ст. 162 доказывать наличие и условия банковской гарантии. Однако вызывает сомнения сама возможность спора по поводу наличия и условий односторонней сделки, поскольку единственная ее сторона точно знает, совершалась ли сделка и каковы были ее условия. Так как для совершения односторонней сделки достаточно волеизъявления только одной стороны, то если эта сторона утверждает, что сделки не было, доказать обратное при отсутствии письменной формы сделки невозможно. Таким образом, если законом для односторонней сделки предусмотрена письменная форма, то ее несоблюдение влечет недействительность такой односторонней сделки. При этом п. 1 ст. 162 не применяется к односторонним сделкам, так как его применение противоречит одностороннему характеру и существу сделки (ст. 156 ГК).

Положения ст. 378 ГК, согласно которой обязательство гаранта прекращается, в том числе, вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращения ее (т. е. самого гарантийного документа) гаранту, также свидетельствуют о том, что банковская гарантия может существовать только в письменной форме.

Что касается приведенного выше примера, то наличие копии гарантии, полученной по факсу, свидетельствует о том, что письменная форма сделки в виде составления документа - банковской гарантии, была соблюдена, однако по каким-либо причинам бенефициар не может предъявить ее подлинник. Во всех других случаях наличие текста банковской гарантии, например, в переписке между гарантом и принципалом или гарантом и бенефициаром не может свидетельствовать о наличии гарантийного обязательства, так как для вступления банковской гарантии в силу необходимо выражение воли гаранта на совершение этой сделки путем выдачи банковской гарантии (ст. 368, ст. 373 ГК).

Под выдачей банковской гарантии понимается оформление гарантии и передача ее принципалу или бенефициару по воле гаранта. В литературе справедливо отмечается, что нельзя признавать выдачу банковской гарантии состоявшейся, если она была оформлена и подписана гарантом, однако не выбыла из его обладания, т. е. не была передана бенефициару или принципалу с тем, чтобы бенефициар мог воспользоваться своими правами по банковской гарантии, либо выбыла из сферы обладания гаранта помимо его воли (например, в результате кражи).

Таким образом, для вступления в силу обязательства гаранта, возникающего из односторонней сделки банковской гарантии, необходимо и достаточно соблюдения двух условий: письменного оформления банковской гарантии и факта ее выдачи.

В целях единообразного понимания закона и избежания возможности возникновения подобных споров в суде следует по аналогии с поручительством ввести в ГК норму о недействительности гарантии при несоблюдении обязательной письменной формы.

Так, ООО «Сведвуд Есипово» обратилось в арбитражный суд с иском к КБ «Юниаструм Банк» о взыскании 23800000 руб. суммы по банковской гарантии возврата аванса от 04.05.2005 и 507072 руб. процентов за пользование чужими денежными средства.

Как видно из материалов дела и установлено судом, 04.05.2005 КБ «Юниаструм Банк» выдана банковская гарантия возврата аванса на сумму 23800000 руб. в пользу ООО «Сведвуд Есипово» (бенефициар) в обеспечение выполнения ОАО «БАМО-Флоат-Гласс» (принципал) своих обязательств по договору строительного подряда от 19.05.2004 на строительство мебельной фабрики «Сведвуд» в дер. Есипово. Пунктом 2 банковской гарантии предусмотрено, что гарант обязуется выплатить бенефициару (истцу) любую сумму в размере до 23800000 руб. в течение 5 рабочих дней с даты получения от бенефициара письменного требования платежа по настоящей гарантии и подтверждения того, что принципал не выполнил свои обязательства по контракту.

Гарантия вступает в силу с даты зачисления авансового платежа в размере 23800000 руб. на счет принципала и действует до 01.10.2005.

26.09.2005 истцом было направлено ответчику требование платежа по банковской гарантии.

В выплате платежа по банковской гарантии было отказано со ссылкой на несоответствие требований условиям гарантии от 04.05.2005 и п. 1 ст. 374 ГК РФ, что и послужило основанием для предъявления настоящего иска.

В соответствии со ст. 368 ГК РФ в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

Согласно ст. 374 ГК РФ требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

Пунктом 1 ст. 376 ГК РФ установлено, что гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока.

Арбитражный суд, разрешая спор, установил, что требование платежа от 26.09.2005 по банковской гарантии от 04.05.2005 не соответствует требованиям п. 1 ст. 374 ГК РФ, п. 2 банковской гарантии от 04.05.2005, а также п. 2.1 договора от 03.05.2005 о предоставлении банковской гарантии.

Делая данный вывод, суд обоснованно исходил из того, что к требованию платежа не приложены документы, подтверждающие невыполнение принципалом условий по основному обязательству.

С учетом установленного и в соответствии с п. 1 ст. 376 ГК РФ суд правомерно отказал в удовлетворении иска.

Суд кассационной инстанции оставил решение арбитражного суда без изменения.

Кроме того, согласно ст. 160 ГК законом, иными правовыми актами или соглашением сторон могут быть установлены дополнительные требования к письменной форме сделки: совершение ее на фирменном бланке организации, на бумаге с водяными знаками, скрепление печатью и т.п., и предусматриваться последствия несоблюдения этих требований. Представляется, что гарант может быть заинтересован в установлении подобных специальных правил в отношении выдаваемых гарантий для придания им формального «веса» в глазах бенефициара, поддержания имиджа гаранта, а также во избежание возможных подделок. Однако несоблюдение специальных внутренних требований гаранта к форме банковской гарантии не влечет никаких правовых последствий (например, недействительности банковской гарантии), так как в односторонней сделке отсутствует соглашение сторон, а, следовательно, и согласие бенефициара на соблюдение дополнительных требований к форме гарантии. Иной подход ведет к нарушению интересов бенефициара, так как последний не имеет возможности проверить соблюдение гарантом каких-либо особых требований к форме гарантии, помимо требований, прямо установленных законом.

2.3. Обязательство, возникающее из банковской гарантии: исполнение, ответственность сторон, основания прекращения

Результатом совершения гарантом односторонней сделки по выдаче банковской гарантии является возникновение гарантийного обязательства. Гарантийное обязательство представляет собой правоотношение между гарантом и бенефициаром, в соответствии с которым гарант обязуется уплатить бенефициару определенную денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

Таким образом, содержание гарантийного обязательства составляют следующие права и обязанности сторон:

- обязанность гаранта об уплате денежной суммы, определенной в гарантии, в соответствии с условиями гарантии;

- право бенефициара предъявить гаранту соответствующее требование об уплате денежной суммы по гарантии [16, с. 23].

Гарантийное обязательство является примером одностороннего обязательства, в котором обязанность лежит на одной стороне, а корреспондирующее ей право требования принадлежит другой, т. е. в обязательстве есть один обязанный и один управомоченный субъект.

Динамика развития гарантийного обязательства возможна в двух вариантах, каждый из которых является правомерным. Первый вариант заключается в таких ситуациях, когда бенефициар не реализует свое право требования к гаранту и гарантийное обязательство прекращается по основаниям иным, чем выплата денежной суммы по банковской гарантии. Второй вариант представляет случаи реализации кредитного риска бенефициара, в которых бенефициар обращается к гаранту с требованием об уплате денежной суммы в соответствии с условиями банковской гарантии.

С точки зрения банка-гаранта всегда предпочтительнее первый вариант развития гарантийного обязательства, поэтому в период действия банковской гарантии банк предпринимает организационно-правовые меры для минимизации возможности наступления кредитного события.

Банк учитывает на внебалансовом счете выданную гарантию, создает под нее определенный резерв и ставит на контроль. Контроль, как правило, осуществляют специалисты кредитного отдела способами и методами, аналогичными тем, которые используются при контроле за заемщиками по кредитам, с учетом специфики отношений по банковской гарантии. Например, особой мерой контроля, применимой в отношениях по банковской гарантии, является запрос бенефициару о состоянии его отношений с принципалом.

Идеальным для банка-гаранта является такое развитие отношений сторон, при котором у бенефициара не возникает необходимости использования своих прав по банковской гарантии. В таком случае по истечении срока действия гарантии банк погашает ее (гарантийное обязательство прекращается автоматически в силу п. 2 ст. 378 ГК), так и не включая в баланс.

Однако не всегда удается избежать выплаты по банковской гарантии, поэтому банки должны быть готовы к возможности уплаты указанной в гарантии суммы еще при ее выдаче. Гаранту необходимо иметь в виду, что выдача банковской гарантии изменяет взаимоотношения между принципалом и бенефициаром и устанавливает новые отношения между бенефициаром и гарантом. Изменяется мотивационный механизм всех участников отношений, связанных с выдачей банковской гарантии, поскольку кроме чисто экономических рисков возникает так называемый моральный риск и конфликт интересов. Гарант стремится только к тому, чтобы снизить возможные потери от реализации кредитного риска, в то время как бенефициар иногда имеет меньшую заинтересованность в минимизации таких потерь и даже может получить некоторую выгоду от реализации кредитного риска. Поэтому условия обязательства гаранта перед бенефициаром должны быть направлены, прежде всего, на выравнивание интересов его участников.

Кроме того, несовпадение интересов гаранта и бенефициара при выдаче банковской гарантии характеризуется наличием следующих возможных проблем:

- ассиметричность информации (бенефициар может иметь более полную информацию относительно передаваемого кредитного риска, чем гарант); неполнота сопровождающей сделку документации, что, например, может предоставить возможность гаранту избежать платежа при реализации кредитного риска. Эти проблемы на практике приводят к судебным спорам между гарантами и бенефициарами, предметом которых является требование бенефициара об уплате денежных средств по гарантии в ситуации, когда гарант отказывается от оплаты, основываясь на недобросовестном поведении бенефициара. Судебная практика различных стран, а также международно-правовые акты признают указанные проблемы и разрешают их в той или иной степени.

Проблема недобросовестности в действиях бенефициара при предъявлении требования к гаранту разрешается российской судебной практикой путем применения положений ст. 10 ГК. Высший Арбитражный Суд указал, что при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, суд может отказать в удовлетворении требований бенефициара на основании ст. 10 ГК (злоупотребление правом).

В подтверждение сказанного можно привести соответствующий пример из судебной практики:

Бенефициар обратился с иском к организации-гаранту. В гарантии предусматривалась обязанность гаранта выплатить 20 млн. рублей при предъявлении бенефициаром требования с приложением письменного подтверждения факта отсутствия у принципала денежных средств для оплаты товаров в размере, определенном договором купли-продажи.

В срок, установленный в гарантии, бенефициар предъявил гаранту требование о платеже с приложением заверенной принципалом справки, подтверждающей отсутствие средств на счете принципала на день, когда оплата товара должна была быть произведена. Гарант отказался от выплаты суммы по гарантии, указав, что, по имеющимся у него данным, оплата товаров бенефициару была произведена третьей организацией по просьбе принципала и, следовательно, обеспечиваемое обязательство исполнено.

Бенефициар повторно потребовал оплаты от гаранта и после отказа последнего от платежа обратился с иском в арбитражный суд. Свои требования бенефициар основывал на положениях п. 2 ст. 376 ГК, согласно которому если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, гарант должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом [29, с. 15].

Рассматривая спор, арбитражный суд установил, что бенефициар, являясь кредитором в основном обязательстве, уже получил оплату за поставленный принципалу товар. Это обстоятельство подтверждалось представленными гарантом доказательствами. Факт оплаты товара за счет средств банковского кредита не отрицал и должник по основному договору (принципал). При таких условиях арбитражный суд расценил действия бенефициара как злоупотребление правом и на основании ст. 10 ГК в иске отказал.

Большое внимание проблеме злоупотребления уделено в Конвенции ООН 1995 г., разработчики которой ставили цель унифицировать существующие в различных правовых системах подходы с тем, чтобы правоприменительные органы стран, присоединившихся к Конвенции, единообразно понимали и применяли соответствующие положения. В соответствии с Конвенцией при предъявлении требования гаранту бенефициар предполагается действующим добросовестно, поэтому гарант не имеет права приостановить платеж, если требование бенефициара формально соответствует условиям гарантии. Однако во избежание злоупотреблений со стороны бенефициара в ст. 19 Конвенции содержится исчерпывающий перечень случаев, когда гарант имеет право приостановить платеж не только на основании формального несоответствия предъявленного требования условиям гарантии, но и в связи с тем, что для требования бенефициара нет достаточных оснований. Требование бенефициара не имеет достаточных оснований в следующих случаях:

- обстоятельство или риск, на случай которых гарантия должна была обеспечить бенефициара, бесспорно, не возникли;

- основное обязательство принципала объявлено недействительным судом или арбитражем, если только в гарантии не указано, что такое обстоятельство охватывается риском, на случай которого выдана гарантия; основное обязательство, бесспорно, было исполнено удовлетворительным для бенефициара образом; исполнению основного обязательства явно воспрепятствовало умышленное неправомерное поведение бенефициара;

- при предъявлении требования по контргарантии бенефициар этой контргарантии, действуя в качестве гаранта по гарантии, к которой относится данная контргарантия, недобросовестно производит платеж.

Во всех указанных случаях меры реагирования на недобросовестное поведение бенефициара не ограничиваются только правом гаранта приостановить платеж, но и включают в себя право принципала на временные судебные меры. Временные судебные меры, применяемые по заявлению принципала, возможны в виде:

- предварительного приказа, запрещающего бенефициару принимать платеж, включая приказ о задержании гарантом средств по гарантии, или - предварительного приказа о блокировании поступлений по гарантии, уплаченных бенефициару, с учетом того, что отсутствие такого приказа могло бы причинить принципалу серьезный ущерб (ст. 20 Конвенции).

Конвенция устанавливает критерий доказанности, соблюдение которого необходимо для принятия временных судебных мер (п. 1 ст. 20). В соответствии с этим критерием приказ о временных мерах выдается на основании непосредственно имеющихся в распоряжении суда веских доказательств наличия большой вероятности того, что присутствуют обстоятельства, связанные с мошенничеством или злоупотреблением.

Представляется, что предусмотренные Конвенцией ООН 1995 г. способы реагирования гаранта и принципала на возможное недобросовестное поведение бенефициара (приостановление платежа, временные судебные меры) являются оправданными, и сама возможность их применения в какой-то степени решает задачу выравнивания стимулов участников гарантийных отношений. Международный опыт Конвенции в решении проблемы злоупотребления (в частности, изложенный в ст. 19 перечень случаев необоснованного требования бенефициара) целесообразно учитывать в российской правоприменительной практике при принятии решений судами о злоупотреблении правом со стороны бенефициара на основании ст. 10 ГК.

В соответствии с определением банковской гарантии, содержащимся в ст. 368 ГК, платеж по гарантии совершается по предъявлении письменного требования бенефициара, соответствующего условиям гарантии. Таким образом, обязанность гаранта по уплате денежных средств бенефициару возникает лишь при условии предъявления бенефициаром письменного требования об уплате денежных средств.

Предъявление бенефициаром требования по гарантии является его правом, которым он может воспользоваться либо не воспользоваться. Однако если бенефициар реализует данное право, он должен соблюсти при его предъявлении письменного требования определенные условия, установленные законом и гарантийным обязательством.

Порядок представления требования бенефициаром урегулирован ст. 374 ГК. Требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия. Требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана (п. 2 ст. 374 ГК).

Как отмечалось, срок гарантии является пресекательным и не может быть восстановлен, т.е. данный срок является сроком осуществления прав бенефициара по гарантийному обязательству. В связи с этим момент предъявления требования бенефициара гаранту является одним из важнейших критериев обоснованности такого требования, поскольку требование, предъявленное по истечении срока гарантии, не влечет правовых последствий.

Формулировка п. 2 ст. 374 ГК о том, что требование бенефициара должно быть «представлено» гаранту до окончания определенного в гарантии срока, приводит Новоселову Л.А. к выводу, что указанное требование должно быть именно получено гарантом в течение срока действия гарантии, а не просто направлено бенефициаром. Автор считает, что в данном случае закон возлагает на бенефициара риск задержки требования в пути, поэтому последний обязан предпринимать все доступные меры к доставке требования в срок. Представляется, что формулировка п. 2 ст. 374 ГК не исключает применения к требованию бенефициара общего положения п. 2 ст. 194 ГК, согласно которому письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до 24-х часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок. Т.е. требование бенефициара, полученное гарантом по истечении срока действия гарантии, должно считаться полученным в срок, если соблюдено правило п. 2 ст. 194 ГК. При этом бенефициар не освобождается от риска недоставки документов гаранту, так как для возникновения обязанности гаранта по уплате денежных средств, требование бенефициара должно быть, прежде всего, получено гарантом.

Однако сам факт предъявления требования бенефициара в течение срока действия гарантии не означает возникновения обязанности гаранта по его удовлетворению. Кроме соблюдения условия о сроке, бенефициар должен соблюсти и другие условия, если необходимость их соблюдения предусмотрена банковской гарантией. Право бенефициара на получение денежных средств по банковской гарантии может считаться реализованным только при предъявлении бенефициаром гаранту такого письменного требования, которое полностью соответствует условиям гарантии. С момента предъявления такого требования у гаранта возникает обязанность по его удовлетворению, содержанием которой является уплата денежных средств бенефициару.

После возникновения обязанности гаранта по уплате денежных средств бенефициару, срок предъявления иска к гаранту в связи с неисполнением им своей обязанности, вытекающей из гарантийного обязательства, не зависит от срока действия банковской гарантии. Практика Высшего Арбитражного Суда свидетельствует о том, что иск бенефициара к гаранту, отказавшемуся удовлетворить своевременно предъявленное требование об уплате денежной суммы, может быть заявлен в пределах общего срока исковой давности.

По получении требования бенефициара гарант обязан рассмотреть данное требование с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (ст. 375 ГК).

Конкретный срок, в течение которого гарант проводит проверку, в законе не определен, поэтому гарант имеет право установить такой срок при выдаче гарантийного обязательства (в тексте банковской гарантии). Однако необходимо учитывать, что он не должен быть больше такого срока, который может считаться разумным в деловой практике. Т.е. свобода гаранта в установлении срока рассмотрения требования бенефициара ограничена установленным законом критерием разумности такого срока. Если срок рассмотрения требования в гарантии не установлен, то сторонам следует руководствоваться общепринятым понятием о разумном сроке.

Проявление разумной заботливости при рассмотрении требования бенефициара выражается в оценке гарантом представленного требования и приложенных к нему документов производится по внешним признакам соответствия их условиям гарантии. Это означает, что гарант лишь проверяет оформление документов и соответствие их содержания требованиям гарантии. Гарант не обязан и не имеет права оценивать юридическую значимость документов и их соответствие фактическим обстоятельствам, т.е. выполнять функции арбитра.

Несоответствие требования бенефициара условиям гарантии, может заключаться, например, в следующем:

- требование либо приложенные документы оформлены не в соответствии с условиями гарантии;

- приложенные документы не содержат требуемых гарантией сведений;

- указанное в требовании бенефициара нарушение принципалом основного обязательства не является тем нарушением, которое дает право бенефициару требовать платежа по гарантии.

По результатам рассмотрения предъявленного бенефициаром требования гарант принимает решение о выплате денежных средств либо об отказе бенефициару в удовлетворении его требования.

Законом предусмотрен исчерпывающий перечень оснований, по которым гарант имеет право отказать бенефициару в удовлетворении его требования:

- если требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии;

- если требование либо приложенные к нему документы представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока (п. 1 ст. 376 ГК) [2].

Таким образом, надлежаще оформленное требование бенефициара, представленное гаранту в течение срока действия гарантии, подлежит удовлетворению гарантом. С другой стороны, если бенефициаром не соблюдено хотя бы одно из условий, гарант должен отказать в удовлетворении представленного требования.

Требование, представленное не в срок или с нарушением условий гарантии, не влечет никаких правовых последствий. Представление требования за пределами установленного гарантией срока не имеет юридического значения, так как по истечении срока действия гарантии гарантийное обязательство автоматически прекращается. С другой стороны, представление ненадлежаще оформленного требования в срок не обязывает гаранта к его исполнению, а также не приостанавливает течение срока действия гарантийного обязательства. При этом бенефициар сохраняет право на предъявление нового требования, соответствующего условиям гарантии, в пределах установленного срока. Если новое требование будет представлено в срок, то оно безусловно подлежит удовлетворению. Если же бенефициар представит новое требование за пределами срока действия гарантии, то факт предъявления первого ненадлежащего требования в пределах срока никак не влияет на судьбу нового требования, срок предъявления которого пропущен,

В соответствии с законом гарант должен немедленно уведомить бенефициара об отказе удовлетворить его требование (п. 1 ст. 376 ГК). Представляется, что уведомление об отказе должно содержать не только указание на факт отказа, но и причины такого отказа. Необходимость указания гарантом причин отказа входит в понятие добросовестного поведения гаранта при рассмотрении требования бенефициара. Для бенефициара информация о причинах отказа является принципиально важной, так как, с одной стороны, она предоставляет бенефициару возможность исправить допущенные нарушения и предъявить новое требование, а, с другой стороны, может иметь значение для судебного разбирательства в случае обращения бенефициара с исковым заявлением об истребовании денежных средств по банковской гарантии.

Кроме случаев отказа гаранта в удовлетворении требования бенефициара, закон предусматривает возможность задержки гарантом платежа по требованию бенефициара, предъявленному в полном соответствии с условиями гарантии. Если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно, он должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом (п. 2 ст. 376 ГК).

В данном случае речь идет именно о задержке платежа, а не об отказе в удовлетворении требования бенефициара, так как требование является соответствующим условиям гарантии, однако до его удовлетворения гаранту становится известна такая информация, которая может иметь значение для отказа бенефициара от своего требования.

В законе ничего не сказано относительно того, в какой форме и в какой срок должно быть представлено повторное требование бенефициара, чтобы быть удовлетворенным гарантом. Представляется, что повторное требование должно быть оформлено аналогично первоначальному, однако если к первоначальному требованию были приложены определенные документы в соответствии с условиями гарантии, повторного их представления не требуется, так как повторное требование является, по существу, подтверждением первоначального. Кроме того, необходимость повторного сбора и представления прилагающихся к требованию документов необоснованно усложнила бы процедуру представления повторного требования либо сделала его невозможным. Что касается срока представления повторного требования, то наиболее логичным было бы применение к нему критерия разумности. Т.е. повторное требование должно быть представлено бенефициаром в разумный срок с момента получения бенефициаром уведомления от гаранта. При этом данный срок не зависит от срока действия гарантии, так как первоначальное требование было заявлено бенефициаром в срок, поэтому право на получение денежных средств по гарантии сохраняется за бенефициаром. Если повторное требование бенефициара, представленное в разумный срок после получения уведомления от гаранта, не удовлетворяется гарантом, бенефициар вправе обратиться в суд с требованием о принудительном взыскании сумм по банковской гарантии и привлечении гаранта к ответственности за нарушение гарантийного обязательства [32, с. 16].

Таким образом, гарант не может отказать бенефициару в удовлетворении его требования по основаниям иным, чем предусмотрены законом, в том числе, гарант не может основывать свой отказ на возражениях, связанных с судьбой основного обязательства. Только при наличии явных признаков злоупотребления правом со стороны бенефициара, если гарант обладает соответствующими доказательствами, он имеет право, руководствуясь положениями ст. 10 ГК, отказать бенефициару в платеже по мотивам, связанным с судьбой основного обязательства. В частности, явные признаки злоупотребления правом присутствуют в действиях бенефициара, который предъявляет требование к гаранту, в то время как сам не выполнил (или даже не приступил к выполнению) своей обязанности перед принципалом по основному договору.

Если оснований для отказа в платеже у гаранта не имеется, на стороне гаранта возникает обязанность по удовлетворению представленного бенефициаром письменного требования об уплате денежных средств по банковской гарантии.

В соответствии с п. 1 ст. 377 ГК предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. Из указанного положения можно сделать следующие выводы относительно обязательства гаранта. Во-первых, обязательство гаранта является денежным обязательством, так как его содержание состоит в уплате денежных средств бенефициару, в результате уплаты которых погашается долг гаранта перед бенефициаром по банковской гарантии. Во-вторых, предел обязательства гаранта (денежного долга перед бенефициаром) составляет сумма, на которую выдана гарантия. Сумма обязательства гаранта не зависит от отношений принципала и бенефициара по основному обязательству (например, не имеет значения сумма санкций, начисленных за неисполнение принципалом основного обязательства), а определяется исключительно условиями гарантийного обязательства. При этом сумма, на которую выдана банковская гарантия, является предельной, и бенефициар имеет право потребовать любую сумму денежных средств в указанных пределах, как равную сумме гарантии, так и меньшую.

Относительно сроков исполнения гарантом обязанности по удовлетворению требования бенефициара в законе содержится указание лишь на срок рассмотрения требования бенефициара, который должен быть разумным. В связи с этим возникает вопрос: включается ли срок осуществления платежа в срок рассмотрения требования бенефициара либо гарант имеет право на дополнительный к сроку рассмотрения требования срок для непосредственного осуществления платежа. Решение данного вопроса зависит от решения вопроса о содержании обязательства гаранта, в частности, входит ли обязанность по осуществлению платежа (либо уведомлению об отказе в платеже) в обязанность по рассмотрению требования бенефициара либо эти обязанности являются самостоятельными. Представляется, что указанные обязанности гаранта являются самостоятельными, составляющими содержание обязательства гаранта по банковской гарантии. Обязанность гаранта по рассмотрению требования бенефициара предшествует другим обязанностям гаранта, так как именно при ее исполнении гарант принимает решение о том, имеются ли основания для возникновения обязанности по уплате денежных средств либо таких оснований не имеется. Поскольку результат исполнения обязанности по рассмотрению требования заранее не определен, то исполнение этой обязанности является самостоятельным предварительным этапом исполнения гарантийного обязательства. Другие обязанности гаранта (по осуществлению платежа либо направлению уведомления об отказе) возникают только после исполнения обязанности по рассмотрению требования бенефициара, поэтому они не могут включаться в ее содержание. Кроме того, они не существуют одновременно, так как гарант принимает одно из двух решений: об удовлетворении требования либо об отказе в его удовлетворении.

Систематическое толкование положений ГК, изложенных в ст. 375, ст. 376, подтверждает указанную позицию, так как обязанности гаранта по рассмотрению требования бенефициара полностью посвящена ст. 375 ГК, в которой не говорится ни о платеже, ни об отказе в платеже, а в п. 1 ст. 376 ГК содержится норма о порядке исполнения обязанности гаранта по уведомлению бенефициара об отказе в платеже.

Поскольку обязанность гаранта по осуществлению платежа по банковской гарантии является самостоятельной обязанностью, то гаранту должен быть предоставлен отдельный срок для ее исполнения. В соответствии с п. 2 ст. 314 ГК в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства. При этом моментом, с которого начинает течь указанный срок является окончание срока рассмотрения требования бенефициара гарантом либо момент принятия гарантом решения об удовлетворении требования бенефициара, если такое решение принято раньше. Срок исполнения обязанности гаранта по осуществлению платежа имеет значение для определения момента наступления ответственности за нарушение гарантом обязанности по осуществлению платежа, которая наступает не ранее истечения данного срока.

За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по банковской гарантии к гаранту применяются меры гражданско-правовой ответственности. К ответственности гаранта за неисполнение гарантийного обязательства применяются общие положения гл. 25 ГК об ответственности, а также правило п. 2 ст. 377 ГК об ответственности гаранта.

В связи с тем, что операции по выдаче банковских гарантий являются разновидностью предпринимательской деятельности гарантов, к ответственности гаранта за нарушение гарантийного обязательства подлежит применению п. 3 ст. 401 ГК относительно оснований наступления ответственности. Гарант несет ответственность независимо от вины, за исключением случаев непреодолимой силы, если банковской гарантией не предусмотрено иное.

В п. 2 ст. 377 ГК содержится специальное правило, согласно которому ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства по гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное. Указанная норма применяется судами в случаях, когда бенефициар требует взыскания с гаранта денежных средств сверх суммы гарантии в качестве ответственности за нарушение гарантийного обязательства.

С другой стороны, в соответствии с п. 2 ст. 377 ГК гарант имеет право ограничить суммой гарантии свою ответственность перед бенефициаром за неисполнение гарантийного обязательства. В литературе было высказано мнение, что в случаях, когда на основании п. 2 ст. 377 ГК ответственность гаранта за нарушение его обязательств в гарантии ограничена или вообще исключена, следует учитывать правило п. 4 ст. 401 ГК, согласно которому заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно, а в силу ст. 156 ГК эта общая норма договорного права применима к гарантии как односторонней сделке. Действительно, допущение того, чтобы гарант имел возможность уменьшить либо исключить ответственность за умышленное нарушение своего обязательства перед бенефициаром, означало бы высшую степень несправедливости и позволяло бы гаранту нарушать гарантийное обязательство без опасений применения к нему мер ответственности. Кроме того, исключение ответственности гаранта за умышленное нарушение гарантийного обязательства противоречит не только интересам бенефициара, но и принципала, который уплачивает гаранту вознаграждение за выдачу гарантии и перед которым гарант также несет обязанность по надлежащему исполнению гарантийного обязательства [39, с. 12].

Таким образом, гарант имеет право ограничить свою ответственность, например, исключив ответственность за невиновное нарушение гарантийного обязательства, однако не имеет права ограничивать ответственность в случаях умышленных нарушений. Подобные условия банковской гарантии должны признаваться ничтожными (п. 4 ст. 401 ГК).

Нарушения гарантом гарантийного обязательства могут заключаться в следующем:

1. Нерассмотрение или несвоевременное рассмотрение предъявленного бенефициаром требования.

2. Неуведомление или несвоевременное уведомление бенефициара об отказе в удовлетворении требования.

3. Неудовлетворение (необоснованный отказ в удовлетворении) или несвоевременное удовлетворение требования бенефициара.

Ответственность за нарушение обязанностей по рассмотрению требования бенефициара, а также по уведомлению бенефициара об отказе в удовлетворении требования возможна в форме возмещения убытков (ст. 393, ст. 15 ГК) и уплаты неустойки, если она предусмотрена банковской гарантией (ст. 394 ГК).

Нарушение гарантом обязанности по удовлетворению требования бенефициара является неисполнением денежного обязательства, так как существо указанной обязанности состоит в уплате определенной денежной суммы гарантом в пользу бенефициара. К ответственности гаранта за нарушение указанной обязанности применяется ст. 395 ГК об ответственности за неисполнение денежного обязательства. Гарант обязан уплатить проценты на сумму денежных средств, которые были выплачены бенефициару с просрочкой либо которые необоснованно не были выплачены бенефициару. Как отмечалось, ответственность за неуплату или несвоевременную уплату денежных средств бенефициару наступает с момента истечения срока, необходимого для совершения платежа гарантом. Именно с этого момента на неуплаченную сумму подлежат начислению проценты согласно ст. 395 ГК. В связи с этим нельзя согласиться с действующей судебной практикой, согласно которой проценты по ст. 395 ГК подлежат начислению с момента получения гарантом требования бенефициара, поскольку ответственность не может применяться до тех пор, пока обязательство не нарушено.

Если убытки, причиненные бенефициару нарушением обязательства гаранта по уплате денежных средств, превышают сумму процентов, причитающуюся ему на основании п. 1 ст. 395 ГК, бенефициар вправе требовать от гаранта возмещения убытков в части, превышающей сумму процентов (п. 2 ст. 395 ГК).

Несмотря на то, что гарантийное обязательство возникает из односторонней сделки - банковской гарантии, с момента вступления его в силу гарант не имеет права своим односторонним решением прекратить указанное обязательство. Исключение составляют случаи, когда в гарантии предусмотрено право ее отзыва гарантом.

В ст. 378 ГК РФ определены случаи, когда обязательства перед бенефициаром прекращаются. Ими являются:

1) уплата бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;

2) окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана;

3) отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту;

4) отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

При уплате бенефициару суммы гарантии обязательства гаранта прекращаются независимо от того, возвращена ли ему гарантия или нет. Однако для предотвращения повторной ошибочной оплаты предъявленного требования по уже исполненной гарантии гаранту целесообразно истребовать у бенефициара указанный документ с отметкой об исполнении. Хотелось бы отметить, что закрепление этого условия в законе позволило бы гаранту принять меры воздействия к бенефициару, не выполняющему это важное положение.

Бенефициар вправе отказаться от своих прав по гарантии и либо возвратить гаранту гарантийное обязательство, либо направить гаранту письменное заявление об освобождении его от обязательств. Действия бенефициара в этом случае являются односторонней сделкой, направленной на прекращение обязательств по гарантии. Согласия гаранта в данном случае не требуется.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, обязан без промедления уведомить об этом принципала.

Несмотря на то что перечень оснований прекращения банковской гарантии, указанный в ст. 378 ГК РФ, является ограниченным, это не исключает применения к банковской гарантии общих правил прекращения гражданско-правового обязательства.

В.В. Витрянский отмечает, что отдельные специальные правила о прекращении банковской гарантии уже включают в себя и некоторые общие основания прекращения гражданско-правового обязательства [17, с. 66].

Например, уплата бенефициару гарантом суммы, на которую выдана банковская гарантия, означает надлежащее исполнение должником своего обязательства, что признается общим основанием прекращения всякого обязательства (п. 1 ст. 408 ГК РФ). Отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательства может быть одновременно квалифицирован как прощение долга (ст. 415 ГК РФ).

Таким образом, следует согласиться с В.В. Витрянским, который считает, что помимо специальных оснований прекращения банковской гарантии, предусмотренных в ст. 378 ГК РФ, основанием прекращения обязательств гаранта могут служить также отступное (ст. 409 ГК РФ), зачет встречного однородного требования (ст. 410 ГК РФ), совпадение должника и кредитора в одном лице (ст. 413 ГК РФ), новация обязательства (ст. 414 ГК РФ) и другие.

Исключение составляет лишь такое основание прекращения обязательства, как невозможность исполнения (ст. 416 ГК РФ), которое не подлежит применению к любому денежному обязательству, включая и банковскую гарантию, обеспечивающую кредитный договор.

Следовательно, что касается иных общих оснований прекращения гражданско-правового обязательства, то, исходя из содержания норм, их устанавливающих, представляется, что ничто не препятствует их применению и к обязательствам, вытекающим из банковской гарантии.

Таким образом, среди оснований, влекущих прекращение договора банковской гарантии, следует рассматривать не только прямо перечисленные в ст. 378 ГК РФ, но и общие основания прекращения денежных обязательств.

2.4. Способы обеспечения регрессного требования при предоставлении банковской гарантии

Предоставляя банковские гарантии, гаранты стремятся уменьшить риск своих потерь. В случае выплаты по банковской гарантии, путем предъявления регрессного требования в соответствии с соглашением о праве регресса, гарант хочет получить от принципала выплаченные средства, однако у принципала денежных средств может и не оказаться. Что тогда делать гаранту? Гаранты стремятся обеспечить это право требования.

Соглашение о праве регресса может содержаться в виде отдельных пунктов в соглашении о предоставлении банковской гарантии, а может быть составлено и в виде отдельного документа, поэтому и положения, касающиеся обеспечения, могут содержаться как в тесте соглашения о предоставлении банковской гарантии, так и в виде отдельного договора, при этом необходимо учитывать специфику того объекта, который будет выступать в качестве обеспечения.

Действующее законодательство РФ (ст. 329 ГК РФ) предусматривает следующие способы обеспечения исполнения обязательств: неустойка (штраф, пеня), залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия и задаток.

Согласно ст. 329 ГК РФ возможны и другие способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренные законом или договором. Здесь следует подчеркнуть, что в гражданском праве под обеспечением исполнения обязательств понимаются специальные меры имущественного характера, побуждающие участников сделки к тому, чтобы принятые на себя обязательства были ими исполнены.

Применительно к обеспечению банковской гарантии любой из перечисленных способов может быть использован, но, в силу того что большинство способов обеспечения исполнения обязательств не предоставляют гаранту возможности достаточно быстрого и полного удовлетворения своих регрессных требований к принципалу, в практике самым распространенным способом обеспечения стал являться залог.

Залог является одним из наиболее часто используемых способов обеспечения исполнения обязательств, при котором гарант-залогодержатель в случае неисполнения принципалом обязательства о выплате сумм в соответствии с регрессным соглашением приобретает право получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами принципала. В качестве залогодателя может выступать как сам принципал, так и третье лицо (ст. 335 ГК РФ).

В соответствии со ст. 336 ГК РФ предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота, требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом.

В соответствии со ст. 130 ГК РФ к недвижимым вещам (недвижимое имущество, недвижимость) относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения.

К недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество.

Вещи, не относящиеся к недвижимости, включая деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом. Регистрация прав на движимые вещи не требуется, кроме случаев, указанных в законе.

Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» в ст. 1 устанавливает, что недвижимым имуществом (недвижимостью), права на которое подлежат государственной регистрации, являются земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все объекты, которые связаны с землей так, что их перемещение без несоразмерного ущерба их компания, а не залогодатель. Еще раз подчеркнем: товарный склад не вправе выдать товар держателю складской части, пока не будет исполнено обязательство о выплате сумм в порядке регресса по соглашению о праве регресса или банковская гарантия прекратится по иным обстоятельствам.

В собственности залогодателя могут находиться различные ценные бумаги. В соответствии со ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Таким образом, ценные бумаги могут выступать в качестве залога.

Торговые ценные бумаги являются финансовыми документами, к ним относится группа документов, обеспечивающих право получения товара и распоряжения им путем распоряжения самим документом. Речь идет о товарораспределительных документах: коносамент (ст. 143 ГК РФ), простые и двойные складские свидетельства (п. 3 ст. 912 ГК РФ). Их применение в банковской практике обеспечения надлежащего исполнения принципалом обязательств по уплате сумм в соответствии с соглашением о праве регресса дает прекрасную возможность формализовать такой способ обеспечения, как залог (п. 4 ст. 912 ГК РФ), сделать его более гибким, более единообразным, более совершенным и, возможно, более дешевым.

В экономике России вследствие отсутствия налаженного механизма пополнения оборотных средств предприятий и их использования по назначению широкое обращение получили векселя. Векселя очень часто принимаются банками в качестве залога.

В силу специфики вексельного права и его некоторой обособленности от гражданского законодательства иногда можно встретить неточное употребление понятий, которое с теоретической точки зрения некорректно, а с формально-юридической - не совпадает с принятыми нормами вексельного права. В качестве примера из действовавшего ранее законодательства рассмотрим определение понятия векселя, данное в ст. 35 Основ гражданского законодательства: «Векселем признается ценная бумага, удостоверяющая ничем не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель) либо иного указанного в векселе плательщика (переводной вексель) выплатить по наступлении предусмотренного векселем срока определенную сумму владельцу векселя (векселедержателю)».

Многими учеными отмечено, что это определение страдает серьезным недостатком. Согласно ему получается, что переводной вексель только тогда может быть признан ценной бумагой (да и вообще самим переводным векселем), когда в вексельном праве он содержит обязательство его плательщика об уплате вексельной суммы. Однако процедура принятия на себя плательщиком обязательства платежа по векселю, называемая Положением о переводном и простом векселе акцептом векселя в странах - участницах Женевской системы вексельного права, носит характер случайной принадлежности векселя. Возможны и на практике имеют место неакцептованные переводные векселя, т.е. не содержащие обязательства плательщика об уплате определенной денежной суммы. Такая позиция законодателя в рамках вексельного права вполне объяснима, ибо акцепт векселя необходим для обеспечения прав ремитента (первого векселедержателя), но не последующих его приобретателей. Ни права по векселю, ни тем более их обеспечение не могут диктоваться гражданским законодательством вопреки положениям вексельного права [31, с. 45].

Следует обратить внимание на то обстоятельство, и это отмечено многими авторами, что определение переводного векселя, данное в указанном Положении (гл. 1, п. 1), говорит, что вексель должен содержать лишь предложение уплатить, но ни словом не упоминает об обязательстве уплаты. Со стороны плательщика оно может появиться только в случае акцепта векселя, а со стороны векселедателя - только при возникновении у векселедержателя права на регресс.

К сожалению, эта же неточность была внесена законодателем и в действующий Гражданский кодекс (ст. 815 ГК РФ), где также присутствует «ничем не обусловленное обязательство векселедателя» вместо используемых в Положении слов «предложение» в случае переводного векселя (п. 2 ст. 1 Единообразного закона о переводном и простом векселе) и «обещание» в случае простого векселя (п. 2 ст. 75 Единообразного закона о переводном и простом векселе).

Вопрос о выборе способа залога векселя (посредством ли залогового индоссамента или же залоговый индоссамент в комплексе с договором залога в соответствии с Гражданским кодексом) имеет два аспекта: теоретический и практический. Теоретический аспект этой проблемы важен для углубления понимания сути и специфики залога векселя в различных правовых системах (вексельной и вексельно-гражданской), а практический должен отражать существующие реалии хозяйственного механизма на данном этапе развития экономики в нашей стране.

Для этого необходимо провести сопоставительный анализ положений Гражданского кодекса и вексельного права о залоге.

Прежде всего, отметим, что согласно ст. 815 ГК РФ отношения сторон по векселю регулируются Законом РФ «О переводном и простом векселе». Отсюда следует, что с момента выдачи векселя правила параграфа 1 гл. 42 ГК РФ о договоре займа могут применяться к этим отношениям в той степени, в которой они не противоречат указанному Закону.

В соответствии с ГК РФ залог возникает в силу договора или «на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств...» (п. 3 ст. 334 ГК РФ). Напомним, что договор залога заключается в письменной форме, при этом согласно п. 1 ст. 339 ГК РФ в нем должны быть указаны предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, которое обеспечивается залогом. Отсюда можно сделать два взаимосвязанных утверждения. Первое - негативное: с точки зрения гражданского права без заключения договора залога нет и самого залога. И второе - позитивное: в рамках Гражданского кодекса для залога (в частности, векселя) необходимо и достаточно заключение договора о залоге. Из этих утверждений вытекает важное следствие: совершение залогового индоссамента в соответствии с требованиями вексельного права не приводит к возникновению права залога с точки зрения Гражданского кодекса (ст. 334 ГК РФ) и соответственно исключает применение норм параграфа 3 гл. 23 ГК РФ, посвященных залогу.

С другой стороны, руководствуясь нормами вексельного права, необходимо признать, что любые договоры, находящиеся вне пределов регламентированного содержания текста векселя, не имеют силы для вексельного правоотношения. Фактически это означает, что в соответствии с вексельным правом залог векселя оформляется залоговым индоссаментом, а договор о залоге векселя формально будет рассматриваться как несуществующий.

В связи с этим возникает вопрос: в чем юридический и практический смысл залогового индоссамента, если залогодержатель векселя в рамках вексельного права и в соответствии с залоговым индоссаментом может удовлетворить свои требования, не дожидаясь исполнения основного обязательства. Ответом на этот вопрос может быть ссылка на доверительный характер передачи права собственности на вексель с обеспечительной целью [32, с. 100].

Однако ограничительный смысл ст. 19 Положения позволяет квалифицировать операцию залога векселя именно как залоговую сделку, а не фидуциарную. Отсюда следует необходимость комбинированного подхода к проблеме залога векселя. Во-первых, чтобы специфика залогового индоссамента не нарушала причинно-следственную связь между основным обязательством и его обеспечением, целесообразно заключать договор залога в соответствии с Гражданским кодексом. Во-вторых, следует признать, что, учитывая специфику вексельных правоотношений, залог векселя необходимо производить с непременным совершением залогового индоссамента, поскольку «всех участников векселя связывают определенные правоотношения, предметом которых является в конечном счете уплата вексельной суммы». Таким образом, вексельное законодательство может регулировать только оформление залога векселя, но не основания возникновения залога, поскольку это является сферой гражданского законодательства.

Необходимо отметить, что с точки зрения гражданского права залоговый индоссамент является одним из альтернативных способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных законом (ст. 329 ГК РФ). С точки зрения вексельного права единственно возможным способом залога векселя является залог с помощью совершения залогового индоссамента. Все другие способы юридического оформления залога векселя в рамках Гражданского кодекса при отсутствии залогового индоссамента не устанавливают залогового права на вексель.

При исполнении обеспеченного залогом обязательства документ с залоговым индоссаментом передается лицу, указанному последним в качестве индоссата. Данное лицо, получив документ, производит зачеркивание обеспечительного индоссамента (ст. 16 Положения), дабы «очистить» полученное право требования от залогового обременения.

Принимая в залог акции и доли, необходимо учитывать виды общества или товарищества, правовую специфику и объем компетенции залогодателя. Если акции открытого акционерного общества могут передаваться от одного лица к другому без каких-либо препятствий только с последующей регистрацией в реестре, то с иными обществами могут возникнуть проблемы.

Несмотря на то что понятия «доля» и «пай» (как доля участия в хозяйственном обществе или товарищества) формально не соответствуют понятию «ценная бумага», представляется целесообразным рассмотреть специфику их залога совместно со спецификой залога акций закрытых акционерных обществ, поскольку они имеют общие ограничительные «мотивы», которые необходимо учитывать в залоговых операциях.

Наибольшее число ограничений относится к доле в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью и общества с дополнительной ответственностью. Первое ограничение состоит в том, что в уставе общества может быть зафиксирована невозможность отчуждения доли третьим лицам (п. 2 ст. 93 ГК РФ). В этом случае можно требовать выплаты денежных средств или выделения имущества только при условии, что остальные члены общества отказываются приобрести заложенную долю. Второе ограничение состоит в том, что члены общества имеют право преимущественной покупки. Следовательно, реализация доли будет затруднена и может быть оспорена при нарушении этого права. Третье ограничение может содержаться в уставах общества и состоять в необходимости получения согласия членов общества на переход права собственности на долю. Четвертое заключается в том, что выплате подлежит не зафиксированная в уставе, а лишь реально оплаченная доля. Это означает, что залогом может быть лишь та часть, которая уже оплачена. И последнее, пятое ограничение предполагает, что в уставе общества могут быть установлены порядок и сроки выплаты доли выбывающему члену общества.

Например, в уставе могут быть указания на то, что стоимость доли выплачивается лишь через некоторое время после письменного обращения или по истечении финансового года и т.п..

Учитывая эти сложности при использовании доли или пая в качестве залога, целесообразно заблаговременно получить согласие всех членов общества с ограниченной или с дополнительной ответственностью (товарищества) на реализацию предмета залога в случае отказа принципала в выплате сумм в порядке регресса. Кроме того, необходимо изучить устав общества, доля уставного капитала (или пай в уставной фонд) которого обременяется залогом, с тем, чтобы удостовериться в отсутствии каких-либо дополнительных ограничений, которые в соответствии с законом могли бы иметь место [39, с. 44].

Все пять ограничений, перечисленных выше, могут в той или иной степени иметь отношение к залогу акций закрытых акционерных обществ. Наиболее реальным и существенным ограничением для залога указанных акций является право преимущественной покупки реализуемых акций другими акционерами. Для преодоления этого ограничения крайне целесообразно заранее получить письменный отказ акционеров от приобретения закладываемых акций.

Как отмечает А.В. Латынцев, для целей классификации правоотношений при залоге прав все права, которые могут принадлежать субъектам гражданского права, могут быть разделены на:

а) отчуждаемые;

б) ограниченно отчуждаемые (например, когда права принадлежат лицу, имеющему соответствующее разрешение, и основаны на обязательстве, для получения исполнения по которому необходимо также соответствующее разрешение (в частности, получение ограниченно оборотоспособного имущества и т.п.);

в) неотчуждаемые (например, права, неразрывно связанные с личностью кредитора: требования об алиментах и возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью, а также иные права, уступка которых другому лицу запрещена законом).

Соответственно неотчуждаемые права не могут быть предметом залога. Отчуждаемые права, в свою очередь, можно разделить на:

а) права требования, залог которых не требует согласия должника, если иное не определено договором (в качестве примера можно привести права кредитора по денежным обязательствам (в частности, владельца банковского вклада либо счета к банку), продавца по истребованию денежных средств за поставленные товары, депонента к депозитарию и т.п.);

б) права на чужое имущество, залог которых требует согласие как должника, так и собственника имущества или лица, имеющего на него право хозяйственного ведения, если законом или договором запрещено отчуждение этого права без согласия указанных лиц (п. 3 ст. 335 ГК РФ) (например, право аренды).

Аналогичные разграничения можно произвести в отношении ограниченно отчуждаемых прав. При этом необходимо указать, что ограниченная отчуждаемость прав не препятствует заключению договора их залога (если, конечно, соблюдены иные требования к совершению данной сделки) с залогодержателем, не имеющим необходимого разрешения. Однако исполнить обязательство в данном случае (например, передать ограниченно оборотоспособное имущество) кредитор может только лицу, которое имеет необходимое разрешение.

При залоге прав необходимо учитывать следующие особенности:

1) залогодателем может быть только лицо, которому принадлежит закладываемое право (п. 3 ст. 335 ГК РФ);

2) заложено может быть только действующее право, то есть право с определенным сроком действия может быть заложено лишь до истечения срока его действия (п. 2 ст. 54 Закона РФ «О залоге»), например согласно п. 2 ст. 9 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в договоре ипотеки прав аренды должен быть указан срок аренды;

3) в договоре о залоге прав наряду с условиями, предусмотренными действующим законодательством, должно быть указано лицо, которое является должником по отношению к залогодателю (ст. 55 Закона РФ «О залоге»);

4) обеспечивающее лицо обязано уведомить своего должника по обязательству, служащему обеспечением, о состоявшемся залоге прав (ст. 55 Закона РФ «О залоге»);

5) обеспеченная сторона вправе выступать в качестве третьего лица в ходе судебных разбирательств, касающихся заложенного права (ст. 57 Закона РФ «О залоге»);

6) в случае неприменения обеспечивающим лицом мер, необходимых для защиты заложенного права от посягательств со стороны третьих лиц, обеспеченная сторона вправе самостоятельно предпринимать данные меры (ст. 57 Закона РФ «О залоге»).

При залоге прав в случае неисполнения обеспеченного обязательства кредитором действуют общие правила обращения взыскания на заложенные права и их реализацию путем продажи с публичных торгов. Единственное отличие заключается в том, что по результатам публичных торгов в данном случае заключается договор уступки права требования, а не договор купли-продажи предмета залога, имеющий место при залоге вещей.

Остановившись лишь на отдельных видах залога, можно сделать вывод о том, что залог есть самый надежный из всех способов обеспечения требования, поскольку поручительство основано главным образом на доверии к лицу, неустойка является только побудительным средством к исполнению обязательства, а залог есть обеспечение, заключающееся в самом имуществе должника, эквивалентное стоимости основного обязательства, и тем самым это обеспечение построено на доверии к вещи.

Таким образом, обеспечивать надо не банковскую гарантию, а договор о выдаче банковской гарантии.

Какие же можно использовать способы обеспечения обязательства о выдаче банковской гарантии, принимая во внимание тот факт, что банковская гарантия является независимым обязательством и, скорее всего, ее уже невозможно отозвать даже при нарушении принципалом его обязанностей перед гарантом?

Представляется, что в этом случае могут использоваться следующие способы обеспечения обязательства:

- увеличение маржи/процента.

В этом случае в договоре о выдаче банковской гарантии прописывается право гаранта в одностороннем порядке увеличить маржу/процент или иное свое вознаграждение, если происходит нарушение принципалом его обязательств по договору о выдаче банковской гарантии;

- безакцептное списание.

Необходимо отметить, что безакцептное списание возможно, если оно прямо предусмотрено в договорах между принципалом и гарантом, если счет принципала открыт в гаранте, а также в договорах/документации с третьим банком, если счета принципала открыты в таком третьем банке.

В случае должного закрепления права безакцептного списания гарант имеет право в безакцептном порядке списывать денежные средства со счета принципала в возмещение своих регрессных и иных требований;

- предоставление обеспечения или дополнительного обеспечения.

Исполнение обязательств по договору о выдаче банковской гарантии может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором.

Интересным способом является гарантийный депозит, предусмотренный Положением ЦБ РФ от 26 марта 2004 г. N 254-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности». В соответствии с пунктом 6.2.2 этого Положения: «Гарантийный депозит (вклад) - размещенный в кредитной организации-кредиторе депозит (вклад) юридического лица, которое имеет перед кредитной организацией неисполненные денежные обязательства либо обязательства, возникшие (которые могут возникнуть) в результате исполнения кредитной организацией принятого на себя условного обязательства кредитного характера (далее - основные обязательства), а также размещенный в кредитной организации-кредиторе депозит (вклад) юридического лица, которое имеет перед кредитной организацией по договору поручительства либо в силу банковской гарантии обязательства по обеспечению надлежащего исполнения основных обязательств, если одновременно выполняются следующие условия:

- отсутствуют препятствия для прекращения обязательств путем зачета требований по гарантийному депозиту (вкладу), включая отсутствие в договоре депозита (вклада) условия о возможности досрочного возврата (востребования) депозита (вклада);

- срок возврата депозита (вклада) юридического лица-заемщика (контрагента по условному обязательству кредитного характера, а также юридического лица, которое имеет перед кредитной организацией по договору поручительства либо в силу банковской гарантии обязательства по обеспечению ненадлежащего исполнения основных обязательств) наступает не ранее наступления срока исполнения его обязательства перед кредитной организацией и не позднее 30 календарных дней после наступления указанного срока.

Таким образом, гарантийный депозит - это безотзывный вклад, срок действия которого больше, чем срок действия банковской гарантии. При нарушении обязательств принципала по договору о выдаче банковской гарантии гарант после наступления срока возврата депозита может зачесть сумму этого депозита против требований гаранта по отношению к принципалу на основании договора о выдаче банковской гарантии.

Еще один способ обеспечения обязательств, такой как залог права требования на счет, на котором лежат денежные средства, все еще не очень приемлется российскими судами. Поэтому есть шанс, что такой залог признают недействительным;

- обращение взыскания на обеспечение.

Обеспечением прав гаранта по договору о выдаче банковской гарантии является право гаранта обратить взыскание на обеспечение, предоставленное принципалом, в случае недолжного выполнения принципалом его обязательств перед гарантом. Например, если был выдан залог в обеспечение договора о выдаче банковской гарантии, происходит обращение взыскания на заложенное имущество. Если было поручительство - предъявляются требования к поручителю. Такое обеспечение, в зависимости от того, как оно прописано в договоре, может покрывать регрессное требование, возмещение убытков, возникших вследствие ненадлежащего исполнения обязательств принципала по договору о выдаче банковской гарантии, возмещение расходов, связанных с обращением взыскания и его реализацией, и т.д.;

- предоставление кредитных линий.

Одним из возможных способов обеспечения интересов гаранта также может быть условие, что сумма, которую гарант выплатил бенефициару по гарантии, оформляется как кредит (транш) принципалу.

Таким образом, для закрепления отношений между принципалом и гарантом стороны используют договор о выдаче банковской гарантии. Такой договор о выдаче банковской гарантии может быть обеспечен, однако при оформлении такого обеспечения очень важно учитывать независимость банковской гарантии, обязательства по которой гарант обязан выполнить перед бенефициаром, даже несмотря на неисполнение принципалом его обязательств перед гарантом по договору о выдаче банковской гарантии.

Заключение

По своей экономической природе банковская гарантия является инструментом передачи кредитного риска от одного лица (бенефициара) к другому лицу (гаранту), выражающимся в предоставлении контрагенту бенефициара (принципалу) так называемого гарантийного кредита. Операция по выдаче банковской гарантии представляет собой кредитно-страховую услугу, оказываемую гарантом принципалу за определенную плату.

Значение соглашения о предоставлении банковской гарантии в системе отношений, возникающих в процессе выдачи гарантии, состоит в том, что при выдаче банковской гарантии необходимо заключение соглашения между принципалом и гарантом. Несоблюдение письменной формы соглашения о предоставлении банковской гарантии не влечет его недействительности, наличие или отсутствие письменной формы соглашения не влияет на действительность выдаваемой во исполнение такого соглашения гарантии. Данное положение законодательства обусловлено тем, что банковская гарантия является абстрактной сделкой, порождающей обязательство, действительность которого не зависит от основания его возникновения.

1. Соглашение о предоставлении гарантии принадлежит к типу договоров, направленных на оказание услуг, и представляет собой самостоятельный вид смешанного гражданско-правового договора, который содержит элементы договора страхования и кредитного договора. Соглашение о предоставлении гарантии проходит две стадии своего развития:

- с момента заключения соглашения и выдачи банковской гарантии до момента прекращения действия банковской гарантии по основаниям, иным, чем выплата денежных средств по банковской гарантии;

- с момента выплаты денежных средств по банковской гарантии до момента удовлетворения принципалом регрессного требования гаранта.

Первая стадия является обязательной и характеризуется сходством с договором страхования. Вторая стадия является альтернативной, так как ее наступление зависит от предъявления бенефициаром требования к гаранту, эта стадия представляет собой реализацию принятого гарантом кредитного риска и имеет много общего с кредитным договором. Обосновывается вывод о необходимости закрепления в Гражданском кодексе субсидиарного применения соответствующих норм о договоре страхования и кредитном договоре к соглашению о предоставлении банковской гарантии, если такое применение не противоречит нормам о банковской гарантии и существу данного соглашения. Для этого возможно ст. 368 ГК РФ дополнить ч.2 следующего содержания: «К соглашению о предоставлении банковской гарантии могут применяться нормы о договоре страхования и кредитования, если такое применение не противоречит нормам о банковской гарантии и существу соглашения».

2. Несоблюдение письменной формы банковской гарантии влечет ее недействительность несмотря на отсутствие прямого указания закона. П. 1 ст. 162 ГК, согласно которому, несоблюдение письменной формы лишает стороны в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства, не подлежит применению к односторонним сделкам вообще и к банковской гарантии, в частности. Для единообразного применения закона предлагается следующие дополнение ст. 368-1 ГК РФ следующего содержания: «Соглашение о предоставлении банковской гарантии заключается в письменной форме».

3. Если обязательство уже исполнено, или прекращено, или признано недействительным, отпадает необходимость в его обеспечении. Поэтому правило части второй п. 2 ст. 376 ГК РФ о том, что полученное гарантом повторное требование бенефициара об уплате суммы по банковской гарантии подлежит удовлетворению, целесообразно исключить.

Такое положение позволило бы рассматривать банковскую гарантию именно как способ обеспечения исполнения обязательств, потому что, несмотря на свою независимость, она, как и другие способы обеспечения исполнения обязательств, носит акцессорный характер, призвана обеспечить основное обязательство, играет служебную роль и в той или иной мере производна от обеспечиваемого ею обязательства.

4. Для обеспечения выполнения соглашения о банковской гарантии могут использоваться следующие способы обеспечения обязательства:

- увеличение маржи/процента.

В этом случае в договоре о выдаче банковской гарантии прописывается право гаранта в одностороннем порядке увеличить маржу/процент или иное свое вознаграждение, если происходит нарушение принципалом его обязательств по договору о выдаче банковской гарантии;

- безакцептное списание.

Необходимо отметить, что безакцептное списание возможно, если оно прямо предусмотрено в договорах между принципалом и гарантом, если счет принципала открыт в гаранте, а также в договорах/документации с третьим банком, если счета принципала открыты в таком третьем банке.

В случае должного закрепления права безакцептного списания гарант имеет право в безакцептном порядке списывать денежные средства со счета принципала в возмещение своих регрессных и иных требований;

- предоставление обеспечения или дополнительного обеспечения.

Исполнение обязательств по договору о выдаче банковской гарантии может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором.

5. Интересным способом является гарантийный депозит - это безотзывный вклад, срок действия которого больше, чем срок действия банковской гарантии. При нарушении обязательств принципала по договору о выдаче банковской гарантии гарант после наступления срока возврата депозита может зачесть сумму этого депозита против требований гаранта по отношению к принципалу на основании договора о выдаче банковской гарантии.

6. Еще один способ обеспечения обязательств, такой как залог права требования на счет, на котором лежат денежные средства, все еще не очень приемлется российскими судами. Поэтому есть шанс, что такой залог признают недействительным;

7. Обеспечением прав гаранта по договору о выдаче банковской гарантии является право гаранта обратить взыскание на обеспечение, предоставленное принципалом, в случае недолжного выполнения принципалом его обязательств перед гарантом. Например, если был выдан залог в обеспечение договора о выдаче банковской гарантии, происходит обращение взыскания на заложенное имущество. Если было поручительство - предъявляются требования к поручителю. Такое обеспечение, в зависимости от того, как оно прописано в договоре, может покрывать регрессное требование, возмещение убытков, возникших вследствие ненадлежащего исполнения обязательств принципала по договору о выдаче банковской гарантии, возмещение расходов, связанных с обращением взыскания и его реализацией, и т.д.;

8. Одним из возможных способов обеспечения интересов гаранта также может быть условие, что сумма, которую гарант выплатил бенефициару по гарантии, оформляется как кредит (транш) принципалу.

Библиографический список

Нормативно-правовые акты

1. Конституция Российской Федерации: офиц. текст. // Российская газета. – 1993. – № 237

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): [Федеральный закон № 51-ФЗ, принят 30.11.1994 г. по состоянию на 05.05.2009] // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): [Федеральный закон № 14-ФЗ, принят 26.10.1996 г. по состоянию на 05.05.2009] // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья): [Федеральный закон № 146-ФЗ, принят 26.11.2001 г. по состоянию на 05.05.2009] // Собрание законодательства РФ. –2001. – № 49. – Ст. 4552

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): [Федеральный закон № 230-ФЗ, принят 18.12.2006 г., по состоянию на 05.05.2009] // Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 52 (1 ч.). – Ст.5496

6. О банках и банковской деятельности: [Федеральный закон № 395-1, принят 02.12.1990 г., по состоянию на 28.04.2009 г.]// Собрание законодательства РФ.-1996.- № 6.- ст. 492

7. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: [Федеральный закон № 122-ФЗ принят 21.07.1997 г., по состоянию на 17.07.2009 г.]// Собрание законодательства РФ.-1997.№ 30.- ст. 3594

8. О переводном и простом векселе: [Федеральный закон № 48-ФЗ, принят 11.03.1997 г.] //Собрание законодательства РФ.- 1997. - № 11. -Ст. 1238

9. Об информации, информационных технологиях и о защите информации.: [Федеральный закон № 149-ФЗ, иума ВАС РФ № 27, принят 27.07.2006 г.]// Собрание законодательства РФ.- 2006.- №N 31 (1 ч.), ст. 3448.

10. Об электронной цифровой подписи: [Федеральный закон от № 1-ФЗ, принят10.01.2002 г., по состоянию на 08.11.2007 г.]//Собрание законодательства РФ.-.2002. - № 2. - Ст. 127

11. О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери по ссудам, по ссудной и приравненной к ней задолженности: [Положение № 254-П, утверждено 26.03.2004 г., по состоянию на 0101.07.2009 г.]// Вестник Банка России.- 2004. - № 28

12. О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери: [Положение № 283-П, утверждено 20.03.2006 г., по состоянию на 01.09.2008 г.] //Вестник Банка России. - № 26.-2006

13. О Правилах ведения бухгалтерского учета в кредитных организациях, расположенных на территории Российской Федерации: [Положение № 302-П, утверждено 26.03.2007 г., по состоянию на 12.12.2008 г.]// Вестник Банка России.- № 20 – 21.-.2007

Научная и учебная литература

14. Аванесова Г. Банковские гарантии в международной торговле // Хозяйство и право. - 2013. - № 9. - С. 46

15. Аванесова Г. Соглашение о предоставлении банковской гарантии // Хозяйство и право. - 2012. - № 3. - С. 64.

16. Аванесова Г.А. Порядок выработки содержания банковской гарантии // Юрист. - 2013. - № 1. - С. 8

17. Бирюкова Л.А. Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с использованием банковской гарантии. Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук . Екатеринбург, 2013. - С. 15

18. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения М., Статус, 2014. - С. 475

19. Габов А.В. Залоговый индоссамент в вексельном праве // Хозяйство и право. -2015. - № 8. -С. 21

20. Гавальда К., Стуффле Ж. Банковское право (Учреждения - Счета - Операции - Услуги) /Пер. с фр. под ред. В. Я. Лисняка. М., Норма, 2012. - С. 338 - 339

21. Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П, Сергеева. М., Проспект, 2013. – 762 с.

22. Гражданское право: в 2 т. Том П. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. -2-е изд., перераб, и доп. - М., Норма,2012. – 722 с.

23. Гражданское право: Учеб. Т. 1 / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. - М, Норма 2013.- 831 с.

24. Ефимова Л. Г. Банковская гарантия и договор // Хозяйство и право, - 2013. - № 10. - С. 51

25. Завидов Б.Д. Договор банковской гарантии // Право и экономика. - 2014. - № 1. - С. 19

26. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., Бек, 2015. – 940 с.

27. Концепция развития S.W.I.F.T. в России в 2012 – 2016 // http://www.swift.ru / word_docs/concept.pdf

28. Крашенинников Е.А. Залог векселя // Хозяйство и право. -2013.- № 11.- С. 43 – 46

29. Кузнецова Л.В. Независимость банковской гарантии //Право и экономика.-2013.- № 5.-С.23

30. Латынцев А.В. Обеспечение исполнения договорных обязательств . М.: Лекс-Книга, 2012. - С. 80 - 83

31. Лещенко М.И. Основы лизинга: Учеб. Пособие - М., Норма, 2011. – 410 с.

32. Сойко Р.П. Особенности правового регулирования банковской гарантии // Банковское право. - 2012. - №4. - С. 26

33. Станкевич А.В.Соглашение о выдаче банковской гарантии: проблемы теории и практики //Журнал российского права.-2012.- № 1.-С.18

34. Штырова И.А. Современное состояние кредитного риск-менеджмента // Бизнес и банки. - №46. - 2014. - С. 1-2

Материалы юридической практики

35. Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии: [Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 27, принято 15.01.1998 г.]// Вестник ВАС РФ.-№ 3.- 1998.- С.22

36. Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно - арбитражной практике: [Информационное письмо ВАС РФ № С-13/ОП-167, принято 20.05.1993 г., по состоянию на 28.04.2009 г.]// Вестник ВАС РФ.- № 6.- 1993.- С.12

37. Постановление Президиума ВАС РФ от 22.06.2009 № 452/99 // Вестник ВАС РФ.-№ 10.- 2009.- С.22

38. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 9 января 2007 года № КГ-А40/12979-06 // Вестник ВАС РФ.-2008.-№ 3.-С.44