

Независимая гарантия вместо банковских гарантий. Что изменилось в этом способе обеспечения

Основной вопрос: с 1 июня в Гражданском кодексе вместо банковской гарантии появилось понятие независимой гарантии, а правовое регулирование этого института стало заметно более подробным. Что принципиально изменилось в регулировании гарантий кроме того, что их теперь могут выдавать не только банки, а любые коммерческие организации?

Решение: новеллы решают многие старые проблемы (например, о выдаче гарантии с помощью электронных сообщений), а также призваны привести регулирование независимых гарантий в России в соответствие с международной практикой. Но как будут реализовываться некоторые нормы, пока не вполне ясно.

Масштабная реформа обязательственного права помимо прочего заменила в Гражданском кодексе институт банковских гарантий на институт независимых гарантий. Теперь гарантию вправе выдать любая коммерческая организация (п. 3 ст. 368 ГК РФ). Банковская гарантия, к слову, нигде не исчезла: если гарантию выдает банк или иная кредитная организация, то она по-прежнему именуется банковской. Одновременно поправки изменили правила выдачи гарантий и порядок оплаты по ним.

Изменение Гражданского кодекса в части регулирования независимых гарантий во многом объясняется унификацией отечественных правил с положениями ряда зарубежных актов. В отличие от России для мировой практики институт независимых гарантий не является новым. За рубежом независимые гарантии регулируют Конвенция ООН от 11.12.95 «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах» (также можно встретить ее другое название – Конвенция ЮНСИТРАЛ, далее – Конвенция) и Унифицированные правила для гарантий по требованию, принятые и утвержденные Международной торговой палатой (ICC Uniform rules for demand guarantees, или URDG, далее – Правила). В России положения Конвенции не применяются (ее ратифицировали лишь девять стран), а Правила применяются только в случае прямого указания на них в соглашении сторон. Однако положения этих



Виктор Петров, к. ю. н.,
юрист арбитражной практики
юридической фирмы VEGAS LEX

актов могут помочь разобраться в новеллах нашего Гражданского кодекса, потому что истоки некоторых новых норм нужно искать именно там.


Новые правила о выдаче независимой гарантии

Новые правила о независимой гарантии теперь распространяются на любые гарантии – как банковские, так и выдаваемые иными коммерческими организациями. Будут ли востребованы оборотом гарантии, выдаваемые обычными компаниями (не банками), покажет время. В любом случае новые нормы действуют и при оформлении банковских гарантий. Причем некоторые из новых правил имеют явно диспозитивный характер – именно на них стоит обратить внимание, формулируя условия будущего обеспечения.

Правила независимости гарантии от основного обязательства. Принцип независимости гарантии от обеспечиваемого обязательства действовал и раньше. Но новый пункт 1 статьи 368 Гражданского кодекса особо подчеркивает это свойство – гарант обязан заплатить бенефициару независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. Далее эта идея развивается в статье 370 Гражданского кодекса, пункт 1 которой говорит о том, что обязательство по гарантии не зависит от обеспечиваемого обязательства, от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в гарантии содержатся ссылки на них. Более того, гарант не вправе выдвигать против бенефициара возражения, вытекающие из обеспечиваемого обязательства и из соглашения о выдаче гарантии. Также гарант, возражая против требования бенефициара, не может ссылаться на обстоятельства, не указанные в гарантии (п. 2 ст. 370 ГК РФ).

Еще одно ограничение, вытекающее из независимости гарантии: гарант не вправе предъявлять бенефициару к зачету требование, уступленное принципалом гаранту (п. 3 ст. 370 ГК РФ). Но это правило диспозитивно: иное можно указать как в самой гарантии, так и в соглашении между гарантом и бенефициаром. К слову, норма сформулирована так, что это ограничение на зачет распространяется только на случай уступки требования принципалом. Очевидно, оно не распространяется на иные случаи перехода прав требования от принципала к гаранту (например, в порядке суброгации, универсального правопреемства). Также под этот запрет формально не попадает получение прав требования к бенефициару не от принципала напрямую, а от третьего лица.

Развитием идеи независимости гарантии от основного обязательства стала и другая новелла: теперь бенефициаром по гарантии может быть не только кредитор принципала, но и любое иное лицо. Ранее гарантия могла обеспечивать исполнение именно обязательства принципала, о чем прямо говорилось в статье 369 Гражданского кодекса. С 1 июня эта статья утратила силу. Отныне правоотношения между бенефициаром и принципалом выводятся за рамки прямой правовой связи между гарантом и бенефициаром. Поэтому принципал и должник по основному обязательству могут быть разными лицами.

 Скорее всего эта норма предполагает, что гарант все же может выдвигать возражения против бенефициара, когда последний явно злоупотребляет своими правами. Например, старается получить двойное возмещение – и от принципала, и от гаранта. Поэтому в норме не идет речь о тотальном запрете любых возражений (иное привело бы к молчаливой легализации злоупотреблений). Совсем недавно (правда, применительно к нормам прежней редакции ГК РФ) возможность выдвижения таких возражений допустила Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного суда (определение Верховного суда от 20.05.15 по делу № А56-78718/2012).

Nota bene!



Если независимую гарантию выдаст некоммерческая организация либо гражданин, то такая гарантия не считается недействительной. К ней просто применяются правила о договоре поручительства (абз. 2 п. 3 ст. 368 ГК РФ).

Требования к форме и содержанию гарантии. Независимая гарантия, как и прежде, выдается в письменной форме, позволяющей достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи (п. 2 ст. 368 ГК РФ). Но эта норма, говоря о письменной форме, отсылает к новому пункту 2 статьи 434 Гражданского кодекса, который позволяет заключать договор в том числе с помощью обмена электронными сообщениями.

ЦИТИРУЕМ ДОКУМЕНТ

Договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Очевидно, здесь законодатель, наконец, легализовал возможность выдачи банковских гарантий, в частности путем обмена SWIFT-сообщениями, что давно используется как в международной практике, так и в российской. Несмотря на отсутствие специальных норм в прежней редакции Гражданского кодекса, такую практику допускал Пленум ВАС РФ в пункте 3 постановления от 23.03.12 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий».

Если идентификация банка в телекоммуникационной системе SWIFT не вызывает трудностей, то возможность выдачи гарантий обычными компаниями с использованием обыкновенной электронной почты вызывает сомнения. Пункт 2 статьи 368 Гражданского кодекса, говоря о письменной форме гарантии, отсылает к пункту 2 статьи 434 Гражданского кодекса, а тот в качестве условия возможности заключения договоров путем обмена электронными документами упоминает передачу таких документов по каналам связи, позволяющим достоверно установить отправителя. Подпадает ли под понятие таких каналов связи обмен сообщениями по электронной почте – вопрос открытый.

Для идентификации отправителя юридически значимого сообщения обычно используется электронная подпись. Она служит для определения лица, подписывающего информацию (п. 1 ст. 2 Федерального закона от 06.04.11 № 63-ФЗ «Об электронной подписи»). В пункте 2 статьи 434 Гражданского кодекса о необходимости применения электронной подписи при заключении договоров путем обмена электронными сообщениями ничего не сказано, но в кодексе сохранилось общее правило для сделок: сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Специальное законодательство предполагает использование электронных подписей при заключении гражданско-правовых договоров и оформлении иных правоотношений путем обмена электронными сообщениями (п. 4 ст. 11 Федерального закона от 27.07.06 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите инфор-

мации»). К тому же в пункте 2 статьи 368 Гражданского кодекса говорится о том, что форма гарантии должна позволять удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гаранта с бенефициаром. На практике подпись гаранта является обязательным атрибутом.

В то же время Пленум ВАС РФ указывал, что несоблюдение простой письменной формы банковской гарантии не влечет ее недействительности – согласно пункту 1 статьи 162 Гражданского кодекса, заинтересованные лица вправе приводить письменные и другие доказательства, подтверждающие сделку и ее условия (абз. 2 п. 3 постановления от 23.03.12 № 14).

Пока нет актуальных разъяснений на этот счет, рискованно полагаться на возможность выдачи независимой гарантии с помощью обычного сообщения по электронной почте без электронной подписи.

Законодатель пошел по пути прямого перечисления обязательной информации, которую нужно отразить в ее тексте. Помимо указания принципала, бенефициара и гаранта нужно указать также основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией, денежную сумму, подлежащую выплате (или порядок ее определения), срок действия гарантии, а также обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии (п. 4 ст. 368 ГК РФ). Все это существенные условия гарантии. Причем теперь прямо разрешено выдавать гарантии с «плавающими» суммами, то есть включать в них условие о том, что допускается уменьшение или увеличение суммы гарантии при наступлении определенного срока или определенного события.

Кроме того, правила о гарантиях теперь применяются также в случаях, когда обязательство лица, предоставившего обеспечение, состоит в передаче акций, облигаций или вещей, определенных родовыми признаками, если иное не вытекает из существа отношений (п. 5 ст. 368 ГК РФ).

Отзыв гарантии. Если иное не предусмотрено в соглашении, то гарантия вступает в силу с момента ее отправки (передачи) гарантом (ст. 373 ГК РФ). Прежняя редакция содержала менее точную формулировку – гарантия вступала в силу с момента выдачи. Такая терминологическая разница не должна смущать – по существу в моменте вступления в силу ничего не поменялось. При этом гарант не вправе изменить либо отозвать гарантию (п. 1 ст. 371 ГК РФ), но это правило диспозитивно. Если в гарантии предусмотрена возможность ее изменения или отзыва, то изменить или отозвать ее можно в той же форме, в какой была выдана сама гарантия (п. 2 ст. 371 ГК РФ). Правда, и это правило тоже можно изменить в самой гарантии (предусмотреть иную форму отзыва или изменения условий гарантии).

Также в гарантии можно указать, что ее изменение либо отзыв возможны лишь с согласия бенефициара. В таком случае обязательство гаранта считается измененным или прекращенным с момента получения гарантом согласия бенефициара (п. 3 ст. 371 ГК РФ). Изменение обязательства гаранта после выдачи независимой гарантии принципалу не затрагивает прав и обязанностей принципала, если принципал позже не дал согласие на изменение (п. 4 ст. 371 ГК РФ). Вероятно,

Nota bene!



Передача бенефициаром прав требования к гаранту по независимой гарантии по общему правилу не допускается, если иное не предусмотрено в самом тексте гарантии. При этом одновременно с уступкой прав требования по гарантии обязательным условием является уступка прав требования и по основному обязательству тому же лицу (ст. 372 ГК РФ).

Договорная работа

в этой норме речь идет о том, что такое одностороннее изменение никак не может изменить, например, сумму возмещения, которую должен будет возместить принципал, либо увеличить срок гарантии.

Рассмотрение требования бенефициара и возможная реакция гаранта


Новая редакция Гражданского кодекса установила конкретные сроки для совершения гарантом определенных действий после того, как он получит требование бенефициара (ранее в этих целях использовалось размытое понятие разумного срока). Кроме обязанности совершить платеж у гаранта есть право отказать в выплате либо приостановить платеж.

Направление и рассмотрение требования бенефициара. Как и прежде, бенефициар подает требование в письменной форме и прикладывает к нему документы, указанные в гарантии. Но теперь в требовании (или в приложении) бенефициар указывает обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии (п. 1 ст. 375 ГК РФ). Согласно прежней редакции, нужно было указать допущенное принципалом нарушение основного обязательства. Иная формулировка говорит о том, что оплата по независимой гарантии может быть не связана с нарушением обязательства, а иметь в качестве основания наступление иного обстоятельства.

Гарант, получив требование с приложениями, направляет их копии принципалу (п. 1 ст. 375 ГК РФ). **Гарант обязан рассмотреть требование бенефициара и приложенные к нему документы в течение пяти дней со дня, следующего за датой получения документов.** Кодекс впервые определяет, что именно должен сделать гарант – проверить соответствие требования бенефициара условиям независимой гарантии, а также оценить по внешним признакам приложенные к нему документы (п. 3 ст. 375 ГК РФ). В этот же срок он обязан осуществить платеж по гарантии, если сочтет требование надлежащим (п. 2 ст. 375 ГК РФ). Стороны вправе установить в тексте независимой гарантии иной срок, но он в любом случае не может превышать тридцати дней.

Отказ в выплате и приостановление выплаты. В законе сохранились прежние основания для отказа в выплате. Их всего два: предъявление бенефициаром требования за пределами срока действия гарантии и несоответствие самого требования или документов, приложенных к нему, условиям независимой гарантии (п. 1 ст. 376 ГК РФ). Но теперь у гаранта появилась еще и возможность приостановить платеж по гарантии на срок до семи дней (п. 2 ст. 376 ГК РФ), уведомив о причине и сроке приостановления бенефициара и принципала (п. 3 ст. 376 ГК РФ).

Перечень оснований для приостановления выплаты шире, чем для отказа в выплате. Причем среди этих оснований фигурирует даже недействительность основного обязательства принципала, обеспеченного гарантией, несмотря на принцип независимости гарантии от действительности основного обязательства (п. 1 ст. 368 ГК РФ). Это говорит о том, что возможность приостановления выплаты по гарантии еще не означает возможность последующего отказа в выплате по ней.

 В норме не уточняются, какие дни имеются в виду – календарные или рабочие. И Конвенция, и Правила говорят о рабочих днях, но, поскольку в новых нормах ГК РФ на этот счет специальных правил не предусмотрено, остается руководствоваться общими правилами исчисления сроков (ст. 191–193 ГК РФ). Следовательно, срок должен исчисляться в календарных днях, но если последний день приходится на нерабочий, то днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день. Даже в прежней практике, основанной на старой редакции ГК РФ, гарантии, как правило, содержали конкретные сроки, установленные в рабочих днях. Скорее всего эта практика сохранится.

Более того, при отсутствии оснований для отказа в выплате гарант по окончании срока приостановления выплаты обязан произвести платеж (п. 5 ст. 376 ГК РФ).

ЦИТИРУЕМ ДОКУМЕНТ

Гарант имеет право приостановить платеж на срок до семи дней, если он имеет разумные основания полагать, что:

- 1) какой-либо из представленных ему документов является недостоверным;
- 2) обстоятельство, на случай возникновения которого независимая гарантия обеспечивала интересы бенефициара, не возникло;
- 3) основное обязательство принципала, обеспеченное независимой гарантией, недействительно;
- 4) исполнение по основному обязательству принципала принято бенефициаром без каких-либо возражений (п. 2 ст. 376 ГК РФ).

Зачем же предусмотрена возможность приостановки выплаты в тех случаях, которые все равно не смогут стать основанием для отказа в выплате? Нормы Гражданского кодекса о независимой гарантии не дают прямого ответа на этот вопрос. Возможность приостановления выплаты – это скорее всего заимствование из статьи 19 Конвенции. Но в отличие от нашего Гражданского кодекса Конвенция не предусматривает возможности отказа в выплате по гарантии, а приостановление используется для того, чтобы гарант или принципал могли обратиться в суд с требованием о применении предварительных обеспечительных мер против бенефициара и уже в рамках судебного разбирательства выяснить, следует ли платить по гарантии. В Гражданском кодексе такой алгоритм действий для гаранта не закреплен. Кроме того, Конвенция предусматривает право гаранта приостановить платеж в случае недобросовестных действий бенефициара, препятствовавших исполнению основного обязательства, а в Гражданском кодексе свой, особый перечень оснований для приостановления выплаты.

В таких основаниях, как представление бенефициаром недостоверных документов и принятие бенефициаром исполнения от принципала, налицо недобросовестность бенефициара – использование подложных документов или попытка получить повторное исполнение от гаранта после того, как уже получено исполнение от принципала. Попытку бенефициара получить выплату по гарантии в случае недействительности обеспечиваемого обязательства или если это обязательство вообще не возникло (подп. 2, 3 п. 2 ст. 376 ГК РФ) тоже можно расценить как недобросовестное поведение, хотя, как мы помним, новая редакция Гражданского кодекса сделала еще больший акцент на независимом характере гарантии.

Возможно, ключом к тому, как должен поступить гарант после истечения срока приостановления выплаты, если проверка подтвердит его подозрения в отношении обстоятельств, указанных в пункте 2 статьи 376 Гражданского кодекса, служит статья 375.1 Гражданского кодекса. Эта статья впервые прямо закрепила ответственность бенефициара за недобросовестные действия, направленные на незаконное получение выплаты по гарантии.

«Перечень оснований для приостановления выплаты по гарантии шире, чем для отказа в выплате»

Договорная работа

ЦИТИРУЕМ ДОКУМЕНТ

Бенефициар обязан возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие того, что представленные им документы являлись недостоверными либо предъявленное требование являлось необоснованным (ст. 375.1 ГК РФ).

Может быть, предполагается, что гарант после проверки выплачивает деньги, несмотря на подтверждение недобросовестного поведения бенефициара, а затем на основании статьи 379 Гражданского кодекса взыскивает эту сумму с принципала. По смыслу этой статьи гарант вправе взыскать выплаченную по гарантии сумму с принципала во всех случаях, кроме тех, когда выплата состоялась не в соответствии с условиями гарантии (то есть кроме тех случаев, когда гарант имел законную возможность отказать в выплате, а в рассматриваемой ситуации такой возможности не было). Затем принципал в свою очередь может взыскать эти деньги с бенефициара на основании статьи 375.1 Гражданского кодекса. Но остается вопрос, подпадают ли под понятие необоснованности предъявленного по гарантии требования (ст. 375.1 ГК РФ) случаи, названные в подпунктах 2–4 пункта 2 статьи 376 Гражданского кодекса (когда бенефициар потребовал выплату, хотя обстоятельство, на случай возникновения которого независимая гарантия обеспечивала интересы бенефициара, не возникло, или когда основное обязательство принципала, обеспеченное независимой гарантией, оказалось недействительным, либо если принципал на момент предъявления

Оценка эффективности независимой гарантии в России

Популярности независимых гарантий скорее всего воспрепятствуют финансовая неустойчивость небанковских компаний-гарантов и риски для самих компаний-гарантов.


За рубежом (в основном в США) наряду с резервными аккредитивами независимые гарантии получили широкое распространение из-за устойчивости гражданского оборота и удобства правового механизма по регулированию таких гарантий. Бенефициарам легко не только получить выплату по таким гарантиям, но и защитить свои права в суде. До внесения изменений в Гражданский кодекс независимые гарантии не выдавались. С появлением правового регулирования независимых гарантий в Гражданском кодексе одна проблема снимается, но в любом случае гарантия, выданная не банком, для бенефициара не столь привлекательна, как банковская (во многом из-за низкой платежеспособности большинства компаний и отсутствия у них ликвидных активов). В случае выдачи гарантии кредитной организацией шанс

получить «живые» деньги гораздо выше. Вероятно, оценка финансовой устойчивости гаранта (особенно в условиях экономического кризиса) станет решающим аргументом при выборе между банковскими и независимыми гарантиями. Важно помнить, что независимые гарантии несут в себе и определенные риски как для компаний-гарантов, так и для принципалов и бенефициаров. Наиболее очевидных рисков два. Так, компаниям-гарантам следует быть уверенными в платежеспособности принципалов, поскольку именно они возмещают выплаченные по гарантии бенефициару деньги. А принципалам и бенефициарам нужно быть очень внимательными в выборе гаранта. Не исключено, что гарантию выдаст компания, благополучная с финансовой точки зрения лишь внешне, на бумаге.

требования по гарантии уже исполнил бенефициару основное обязательство и тот принял исполнение без возражений). При такой логике развития событий срок, на который гарант приостанавливает выплату, позволяет ему предупредить принципала о возможных рисках, а им обоим подготовиться к предстоящим судебным процессам.

Бесспорно, описанный выше вариант действий не самый эффективный и оперативный как для гаранта, так и для принципала. Не исключены другие, более удобные варианты. Можно предположить, что в тех ситуациях, когда проверка подтверждает заподозренные гарантом обстоятельства, указанные в пункте 2 статьи 376 Гражданского кодекса, но нет оснований для отказа в выплате, гарант вправе использовать меры защиты, предоставленные общими положениями Гражданского кодекса. Первый вариант – все-таки отказать в платеже, а когда бенефициар обратится в суд, обосновывать свою позицию собранными за время проверки доказательствами и ссылкой на то, что бенефициар злоупотребляет правом, пытаясь извлечь преимущество из своего недобросовестного поведения (п. 1 ст. 4, п. 1, 2 ст. 10 ГК РФ). Возможно, суд откажет бенефициару в иске.

Другой вариант – гарант может сам оперативно обратиться в суд с иском о признании требования по уплате суммы гарантии не подлежащим исполнению либо, что представляется более логичным в рассматриваемых обстоятельствах, убедить принципала подать такой иск, сразу добиваясь применения обеспечительных мер. В качестве обеспечительной меры можно требовать, например, запрета гаранту совершать платеж по гарантии – это вполне возможно, учитывая, что перечень обеспечительных мер не является исчерпывающим (ч. 1 ст. 90 АПК РФ). Этот иск подпадает под такой способ защиты права, как пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (абз. 3 ст. 12 ГК РФ). Правовым обоснованием требования может послужить все тот же пункт 4 статьи 1 Гражданского кодекса о недопустимости извлечения преимуществ из незаконного или недобросовестного поведения, а нарушение прав гаранта либо принципала выражается в убытках, которые они могут понести из-за попытки бенефициара злоупотребить своим правом на выплату по гарантии. Правда, в таком случае для повышения шансов на принятие судом обеспечительной меры сумму, подлежащую выплате по гарантии, лучше внести на депозит суда (ст. 94 АПК РФ). Несмотря на временное изъятие денежных средств из оборота, это более оперативный вариант, чем оплата по гарантии и последующее взыскание убытков с бенефициара. *ав.*

 У принципала вполне реальный интерес в подаче такого иска: эффективнее помочь гаранту сразу избежать выплаты, чем потом возмещать ему эту сумму за свой счет и в свою очередь пытаться требовать ее с бенефициара на основании статьи 375.1 ГК РФ.