

>>> возможностью устанавливать квоты для приема на работу осужденных зпт которые >>>

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

СТРОИТЕЛЬНЫЕ СПОРЫ: ЭФФЕКТИВНОСТЬ
БАНКОВСКИХ ГАРАНТИЙ

Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», вступивший в силу с 1 июня 2015 года, ввел в ГК РФ понятие независимой гарантии, предоставив возможность выступать гарантом не только банкам (кредитным учреждениям или страховым организациям), как это было раньше, но и любым иным коммерческим организациям. Рассмотрим именно гарантии, выдаваемые банками, как наиболее популярный способ обеспечения обязательств подрядчика, в отношении которого существует обширная правоприменительная практика. Однако большинство выводов, сделанных в рамках настоящей статьи, безусловно, может быть применимо и к ситуациям, в которых гарантом выступает не банк.

Дмитрий БОРОДИН,юрист группы технологий и инвестиций,
юридическая фирма VEGAS LEX,
г. Москва**Взыскание неустойки**

Наиболее распространенным инструментом обеспечения имущественных интересов заказчика по договору строительного подряда является банковская гарантия, позволяющая удовлетворить имущественные требования заказчика, во-первых, оперативно, а во-вторых, за счет гарантированно платежеспособного лица. В условиях высокой сложности строительных споров, а также в связи со значительностью размера имущественных требований для обеих сторон банковская гарантия как инструмент защиты имущественных интересов заказчика обладает неоспоримым преимуществом по сравнению с другими способами обеспечения обязательств.

На практике данный инструмент используется чаще всего для обеспечения требований заказчика о возврате неотработанного подрядчиком аванса, либо о выплате неустойки за нарушение договорных обязательств. Зачастую эти разновидности обеспечений применяются совместно.

В договор строительного подряда, как правило, включается положение о выплате неустойки заказчику в случае нарушения подрядчиком условий договора, например промежуточных или конечных сроков выполнения работ, условий о качестве работ, обязанности по страхованию объекта строительства и т. п.

Взыскивая неустойку за счет банковской гарантии, заказчику следует учитывать, что выплаченная банком сумма впоследствии может быть снижена судом при рассмотрении спора между заказчиком и подрядчиком на основании ст. 333 ГК РФ по причине ее несоразмерности последствиям нарушения обеспеченного обязательства. В этом случае после вступления в силу судебного акта, которым снижена неустойка, банк или подрядчик (в зависимости от того, погасил ли последний регрессные требования банка) вправе обратиться к заказчику с требованием о взыскании неосновательного обогащения (1102 ГК РФ), что подтверждается судебной практикой (определение ВС РФ от 16.03.2015 № 307-ЭС14-7753 по делу № А56-57603/2013, ВАС РФ от 12.04.2013 № ВАС-3443/13 по делу № А65-9696/2012). Таким образом, в случае покрытия банком суммы неустойки заказчик должен быть готов к тому, что, возможно, часть суммы впоследствии придется вернуть.

Пределы независимости

Согласно новой редакции ГК РФ предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержится ссылки на них (п. 1 ст. 370 ГК РФ). Схожее положение было закреплено и в прежней редакции ГК РФ.

В действующей редакции ГК РФ независимый характер гарантии подчеркивается в положениях о том, что гарант не вправе выдвигать возражения, вытекающие из основного или какого-либо иного обязательства, ссылаться на обстоятельства, не указанные в гарантии (п. 2 ст. 370 ГК РФ), предъявлять бенефициару к зачету требование, уступленное гаранту принципалом, если иное не предусмотрено гарантией или соглашением гаранта с бенефициаром (п. 3 ст. 370 ГК РФ).

На независимый характер банковской гарантии неоднократно указывали в своих позициях суды (постановления Президиума ВАС РФ от 02.10.2012 № 6040/12 по делу № А40-63658/11-25-407, ФАС МО от 20.02.2014 № Ф05-232/2014 по делу № А40-60808/2013, ФАС МО от 24.01.2013 по делу № А40-134479/11-133-1161 и пр.).

Между тем в последнее время суды все чаще склонны ограничивать действие принципа независимости банковской гарантии. В частности, суды руководствуются позицией ВАС РФ, отраженной в п. 4 Информационного письма ВАС РФ от 15.01.1998 № 27, согласно которой при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, судом может быть отказано в удовлетворении требований бенефициара на основании ст. 10 ГК РФ. Схожая позиция отражена в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 № 29, согласно которой арбитражный суд при наличии доказательств исполнения в иностранном государстве основного обязательства по внешнеэкономической сделке удовлетворительным для бенефициара образом отказывает в удовлетворении требований о выплате сумм по гарантии, предъявленных иностранной фирмой – бенефициаром в России.

В одном из недавних определений Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ привела развернутую аргументацию о соотношении принципа независимости банковской гарантии с запретом злоупотребления правом, указав, что в качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар, уже получивший надлежащее исполнение по основному обязательству, в целях собственного неосновательного обогащения, действуя умышленно во вред гаранту и принципалу, требует платежа от гаранта. В этом случае иск бенефициара не подлежит удовлетворению на основании ст. 10 ГК РФ (определение ВС РФ от 20.05.2015 № 307-ЭС14-4641 по делу № А56-78718/2012).

Необходимость при рассмотрении вопроса о взыскании сумм банковских гарантий обращать внимание на отношения между заказчиком и подрядчиком неоднократно отмечал в своей практике и Арбитражный суд Московского округа (постановления ФАС МО от 03.03.2014 № Ф05-17915/2013 по делу № А40-134952/2012 («судам следовало установить факт выполнения работ, предусмотренных договором подряда, сдачи их заказчику, принятия либо мотивированного отказа заказчика от принятия работ в установленные договором сроки, а также оценить обоснованность отказа истца от исполнения договора до окончания срока его действия»); ФАС МО от 12.09.2013 по делу № А40-63311/2012 («судом не исследован вопрос относительно прекращения основного обязательства по спорному договору поставки в связи с его надлежащим исполнением»); ФАС МО от 10.05.2012 по делу № А40-65132/11-42-535 («установление обстоятельств и проверка доказательств, связанных с полным исполнением основного обязательства, извещением об этом бенефициара, имеет существенное значение для правильного разрешения спора»).

Таким образом, несмотря на закрепленный в ст. 370 ГК РФ и нашедший свое отражение в судебной практике принцип независимости банковской гарантии, заказчикам следует учитывать риски, связанные с невозможностью взыскать с гаранта полную сумму гарантийного обеспечения, в том числе в силу расширительного толкования некоторыми судами вышеприведенных позиций ВАС РФ и ВС РФ.

Последствия выплаты гарантий

С принципом независимости банковской гарантии тесно связана проблема определения последствий удовлетворения банком требований заказчика. Так, действующее регулирование не дает прямого ответа на вопрос о том, вправе ли заказчик требовать от подрядчика выплаты неотработанного аванса, неустойки или иных сумм в случае удовлетворения соответствующих требований банком по банковской

гарантии (для сравнения: положениями о поручительстве прямо установлено, что права кредитора по основному обязательству переходят поручителю, исполнившему это обязательство (п. 1 ст. 365 ГК РФ)). Не дает ответа на указанный вопрос и новая редакция ГК РФ.

В связи с этим необходимо отметить, что, несмотря на отсутствие акцессорности, банковская гарантия представляет собой хоть и независимое, но все-таки обеспечивающее обязательство. Именно этим объясняется, в частности, необходимость указания в гарантии основного обязательства (п. 4 ст. 368 ГК РФ, п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 14). Обеспечительная функция банковской гарантии проявляется в том, что денежное обязательство принципала перед бенефициаром исполняется гарантом. В связи с этим гарант, осуществивший выплату, приобретает право требовать от принципала возмещения выплаченной им бенефициару по банковской гарантии суммы (п. 1 ст. 379 ГК РФ).

С учетом приведенных ранее позиций высших судов касательно принципа независимости обеспечительный характер банковской гарантии, на наш взгляд, однозначно предопределяет юридические последствия осуществления гарантом выплаты по банковской гарантии для основного обязательства: такая выплата погашает в соответствующей части основное (обеспечиваемое гарантией) обязательство принципала перед бенефициаром, вследствие чего бенефициар не вправе требовать от принципала исполнения обязательства в данной части, а гарант, напротив, приобретает право требовать от принципала возмещения выплаченной по гарантии суммы (аналогичной позиции придерживается юридическая наука: так, проф. В.В. Витрянский указывает, что «исполнение гарантом своих обязательств перед бенефициаром погашает в соответствующей части права требования последнего (кредитора) к должнику (принципалу) по основному обязательству. Иной вывод (о сохранении основного обязательства в прежнем виде) допускал бы неосновательное обогащение кредитора и противоречил бы принципу справедливости» (Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право. Общие положения (книга 1). М.: Статут, 2001).

При этом необходимо отметить, что гарант, неосновательно выплативший бенефициару сумму по банковской гарантии, по общему правилу не приобретает требования к принципалу, а у принципала, следовательно, не возникает обязанности возместить гаранту выплаченную бенефициару сумму (п. 2 ст. 379 ГК РФ).

Способы противодействия

Не секрет, что заказчики зачастую сталкиваются с противодействием со стороны подрядчиков и банков при попытке реализовать свое право на получение платежа по гарантии. Ниже приведены некоторые способы такого противодействия, наиболее часто встречающиеся на практике.

1 Применение обеспечительных мер в виде запрета осуществлять выплаты по гарантии. Подрядчик в рамках судебного разбирательства с заказчиком (это может быть процесс как начавшийся ранее (например, по взысканию с подрядчика неотработанного аванса или неустойки), так и специально инициированный подрядчиком для заявления обеспечительных мер) заявляет ходатайство о принятии судом обеспечительных мер в виде запрета осуществления выплат по банковской гарантии (как вариант, о приостановлении действия банковской гарантии) на основании главы 8 АПК РФ.

В обоснование своего заявления подрядчик, как правило, ссылается на то, что непринятие обеспечительных мер может затруднить исполнение судебного акта, принятого в пользу подрядчика, так как в этом случае последнему необходимо будет взыскивать сумму неосновательного обогащения, уплаченную банком во исполнение обязательства по банковской гарантии. Подрядчик может также ссылаться на необходимость предотвратить причинение ему значительного ущерба, выражающегося, например, в том, что гаранту по договору о выдаче банковской гарантии принадлежит право безакцептного списания денежных средств со счета подрядчика в этом банке в случае исполнения банком обязательств из соответствующей гарантии.

Например, в деле № А40-159308/14 суды первой, а затем и апелляционной инстанций поддержали доводы подрядчика, отраженные в заявлении о принятии обеспечительных мер, о том, что заказчик неоднократно нарушал свои обязательства по основному договору, договором генерального подряда предусмотрен судебный порядок взыскания санкций с подрядчика, предполагаемый размер ущерба для

подрядчика является значительным, и определили, что запрет на осуществление выплат по банковской гарантии приведет к сохранению баланса интересов сторон спора.

О принятии обеспечительных мер в виде запрета осуществления выплат по банковской гарантии подрядчик может заявить и в рамках спора с банком (например, в случае оспаривания сделки по выдаче банковской гарантии).

Так, в деле № А40-18713/13-31-192 суды первой и апелляционной инстанций признали убедительными доводы подрядчика, предъявившего к банку иск о прекращении действия банковской гарантии и заявившего о применении обеспечительных мер в виде запрета гаранту исполнять обязательство по выданной гарантии.

В частности, суды приняли во внимание вероятность причинения подрядчику значительного ущерба в случае взыскания с последнего в регрессном порядке сумм банковской гарантии до принятия судом решения по делу, в рамках которого выясняются обстоятельства исполнения обязательств по строительному контракту, а также угрозу затруднительности поворота исполнения решения. Кроме того, суд первой инстанции отметил, что принятие заявленных истцом обеспечительных мер никоим образом не повлияет на способность банка осуществить выплату по банковской гарантии в более позднюю дату, поскольку гарант «является крупной, стабильной и платежеспособной кредитной организацией».

2 Приостановление производства по делу о взыскании банковской гарантии. Другим распространенным методом противодействия заказчику является заявление банком требования о приостановлении производства по делу о взыскании суммы банковской гарантии до разрешения спора между заказчиком и подрядчиком (который также может быть специально инициирован подрядчиком, не желающим возмещать банку выплаченные по гарантии суммы) со ссылкой на подп. 1 п. 1 ст. 143 АПК РФ.

В деле № А40-76728/11-58-432 суд приостановил производство до вступления в силу судебного акта по делу о взыскании неотработанного авансов и процентов за пользование чужими денежными средствами по договору генерального подряда, поскольку «в рамках данных дел подлежат выяснению и исследованию одни и те же обстоятельства, требования касаются одного и того же материального правоотношения».

В деле № А40-153274/13-162-1452 суд приостановил производство «до разрешения спора по делу, в процессе которого разрешается вопрос о существовании основного обязательства». В деле № А40-185374/14 суд указал, что «обязан приостановить производство по делу в случае невозможности рассмотрения данного дела до разрешения другого дела, рассматриваемого арбитражным судом».

3 Оспаривание банковской гарантии. Еще один достаточно популярный способ противодействия заказчику – это оспаривание самой банковской гарантии. В связи с этим следует отметить, что с принятием Постановления Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» шансы у банков и подрядчиков на успешное оспаривание выданных гарантий существенно снизились. ВАС РФ, в частности, отметил, что неуказание в банковской гарантии всех условий обязательства, обеспеченного гарантией, не является основанием для ее оспаривания, а также отметил ряд иных ситуаций, в которых выданная банковская гарантия не может быть признана недействительной.

Между тем позиция ВАС РФ не препятствует использованию данного инструмента исключительно в целях затягивания процесса взыскания суммы банковской гарантии (в том числе с учетом описанной выше возможности применения обеспечительных мер).

В силу одностороннего и независимого характера гарантийного обязательства требование о признании банковской гарантии недействительной (как вариант – незаключенной), как правило, заявляет банк, который является единственной стороной данной сделки (дело № А40-61971/14). Вместе с тем встречаются случаи оспаривания банковской гарантии подрядчиком со ссылкой на ее ничтожность и собственную имущественную заинтересованность как принципала (дело № А56-58698/2011, в котором суд апелляционной инстанции признал выданную банковскую гарантию недействительной по мотиву «отсутствия у нее обеспечительной функции»).

Перечисленные методы наиболее широко используются подрядчиками в строительных спорах, хотя имеет-

ся, несомненно, и множество других методов противодействия, таких, например, как предъявление банком требования о снижении размера выплат по гарантии ввиду частичного исполнения подрядчиком своих обязательств (дело № А40-39488/09-30-430. В данном деле ключевую роль сыграло условие выданной гарантии о том, что размер гарантии будет автоматически уменьшаться на величину удержания, произведенного бенефициаром, в счет погашения авансового платежа, из промежуточных платежей, подлежащих уплате принципалу за выполненные работы на основании актов приемки выполненных работ) и пр.

Влияние изменений в ГК РФ на эффективность инструмента банковских гарантий

Отдельного внимания в свете проблемы эффективности банковских гарантий заслуживают изменения в ГК РФ, внесенные Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» и вступившие в силу с 1 июня 2015 года. Помимо расширения круга субъектов, имеющих право выступать гарантом подрядчика, новая редакция ГК РФ содержит ряд иных положений, способных повысить степень защиты заказчика в строительных спорах применительно к получению гарантийного возмещения.

Как уже было сказано, более детальную расшифровку в законе получил принцип независимости гарантии. В статье 370 ГК РФ теперь закреплено, что обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит не только от основного обязательства, в обеспечение которого она выдана, но и от отношений между принципалом и гарантом в целом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в гарантии содержатся ссылки на них. Указанная статья дополнена положением о недопустимости возражений гаранта, не связанных с условиями гарантии (п. 2 ст. 370 ГК РФ), и др.

В акцессоральность теперь закреплен перечень существенных условий независимой гарантии, который должен снизить уровень правовой неопределенности в спорах об оспаривании гарантий (п. 4 ст. 368 ГК РФ).

Смягчена формулировка о содержании требования бенефициара: теперь бенефициар в требовании вместо указания на то, в чем состоит «нарушение принципа основного обязательства», должен указать «обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии» (п. 1 ст. 374 ГК РФ). Новая формулировка, на наш взгляд, несколько ослабит позицию гаранта, заявляющего об отсутствии нарушения основного обязательства со стороны подрядчика.

Существенно переработаны положения об обязанностях гаранта при рассмотрении требований бенефициара. Теперь у гаранта есть пять дней на рассмотрение требования бенефициара, если иной срок не установлен самой гарантией. Причем такой срок в любом случае не может превышать 30 дней. До этого гарант мог рассматривать требование в течение разумного срока (п. 2 ст. 375 ГК РФ). Кроме того, исключена расплывчатая обязанность гаранта проявить «разумную заботливость» при сопоставлении требования и приложений к требованию документов с условиями гарантии и прямо установлено, что приложенные документы оцениваются гарантом по внешним признакам (п. 3 ст. 375 ГК РФ).

Более подробно регламентированы основания и порядок приостановления гарантом выплат по гарантии. Теперь на аргументы гаранта о том, что обязанности подрядчика по основному договору надлежащим образом исполнены и приняты заказчиком, обеспечиваемое обязательство недействительно, представленные заказчиком документы недостоверны, обстоятельства, на случай возникновения которого выдана гарантия, не возникло, заказчик может ссылаться на п. 2 ст. 376 ГК РФ, согласно которому названные обстоятельства являются основаниями лишь для приостановления выплат на срок, не превышающий семи дней, а не для отказа в исполнении обязательства по независимой гарантии.

Перечисленные нововведения, по нашему мнению, позволяют рассчитывать на некоторую корректировку судебной практики, прежде всего в сторону более последовательного использования принципа независимости гарантии и, как следствие, повышения степени защиты прав и законных интересов заказчиков в строительных спорах. ➤