

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Институт права

(наименование института полностью)

Кафедра «Гражданское право и процесс»

(наименование кафедры полностью)

40.03.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки, специальности)

гражданско-правовой

(направленность (профиль))

БАКАЛАВРСКАЯ РАБОТА

на тему Банковская гарантия

Студент

Д.В. Осипов

(И.О. Фамилия)

_____ (личная подпись)

Руководитель

Э.А. Джалилов

(И.О. Фамилия)

_____ (личная подпись)

Допустить к защите

Заведующий кафедрой канд. юрид. наук, доцент, А.Н. Федорова

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

_____ (личная подпись)

« _____ » _____ 20 _____ г.

Тольятти 2018

Аннотация

Банковская гарантия всегда вызывала огромный интерес, как у правоприменителя, так и у теоретиков в области гражданского права.

Банковская гарантия претерпела последнее время изменения в связи с реформами в гражданском праве.

Понятие банковской гарантии вызывает достаточно много споров. В настоящее время банковская гарантия является одним из способов обеспечения исполнения обязательств и гарантирует удовлетворение требований кредитора в случае нарушения должником обязательства.

Целью данной работы является комплексный анализ норм гражданского законодательства о банковской гарантии.

Основными задачами данной работы для достижения данной цели являются:

1. проанализировать общую характеристику банковской гарантии;
2. всесторонне изучить соответствующую юридическую проблему, ее теоретические и практические аспекты;
3. дать понятие банковской гарантии и определить ее сущность;
4. охарактеризовать особенности института банковской гарантии;
5. рассмотреть банковскую гарантию в арбитражной практике и международных контрактах.

При подготовке данной работы мы использовали следующие методы: сравнительного правоведения, системно-структурный подход, логико-структурный анализ норм закона и другие методы.

Бакалаврская работа состоит из введения, двух глав, заключения и списка используемых источников. Всего 48 страниц.

Оглавление

Введение.....	4
Глава 1. Характеристика банковской гарантии как одного из способов обеспечения исполнения обязательств.....	6
1.1 Общая характеристика способов обеспечения исполнения обязательств...6	
1.2. Понятие банковской гарантии и ее сущность.....	18
Глава 2. Особенности института банковской гарантии.....	28
2.1 Соглашение о предоставлении банковской гарантии.....	31
2.2. Ответственность принципала и гаранта.....	35
2.3. Банковская гарантия в арбитражной практике и международных контрактах.....	35
Заключение.	39
Список используемых источников.....	41

Введение

В современных условиях большое количество заключаемых имущественных сделок требует действенного обеспечения исполнения обязательств. В юридической практике применяются такие способы обеспечения, как неустойка, залог, удержание вещи должника, поручительство, независимая гарантия (банковская), задаток, обеспечительный платеж и другие способы, предусмотренные законом или договором. Все вышеперечисленные способы отличаются друг от друга по степени и характеру воздействия на должника, а также по методам достижения цели. Необходимо четко осознавать, что от оптимального выбора кредитором способа обеспечения обязательства во многом будут зависеть и последующие действия должника. Поэтому в каждом отдельном случае следует учитывать специфику ситуации и выбирать наиболее эффективные инструменты воздействия на нее.

Предметом данной работы являются нормы гражданского законодательства о банковской гарантии.

В настоящее время банковская гарантия является мерой, гарантирующей удовлетворение требований кредитора в случае нарушения должником обязательства.

Выбор предмета исследования обусловлен его возрастающей ролью в современных условиях, этому способствует то что ее можно использовать для обеспечения исполнения любых видов сделок как финансового (кредитование), так и нефинансового характера (подряд, поставка), а также с помощью нее можно ускорить возмещение гражданско-правового ущерба, возникшего вследствие ненадлежащего исполнения договорных обязательств.

Несмотря на то, что нормы ГК РФ банковской гарантии не менялись с 1994 года, а в последние два года были изменены, по данной теме трудов

написано не мало, в настоящее время по-прежнему остаются проблемные вопросы практического применения данного института.

Глава 1. Характеристика банковской гарантии как одного из способов обеспечения исполнения обязательств

1.1 Общая характеристика способов обеспечения исполнения обязательств

Глава 23 ГК РФ полностью посвящена обеспечению исполнения обязательств.

Исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием вещи должника, поручительством, независимой гарантией, задатком, обеспечительным платежом и другими способами, предусмотренными законом или договором.

Недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство.

При недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству.

Прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором.

Способы обеспечения исполнения обязательств исторически возникли как естественная необходимость повышенной гарантированности прав и интересов участников обязательственных правоотношений.

Иногда в юридической литературе можно встретить и другое их название «акцессорные обязательства», можно перечислить их свойства:

1. Недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности этого обязательства (основного), а недействительность основного обязательства влечет недействительность акцессорного (п. 2,3 ст. 329 ГК РФ). По мнению автора Борисова А.Б.: «Следует отметить, что в данной статье не нашел отражения случай, когда

условие об обеспечении включены в основное обязательство. В такой ситуации необходимо руководствоваться правилом, установленным ст. 180 ГК РФ: недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части. При этом, однако, основное обязательство может содержать условие о признании его недействительным при недействительности его обеспечения»

2. Прекращение первого обязательства влечет прекращение и этого акцессорного.

3. Переход прав по основному обязательству влечет переход прав и по акцессорному (ст. 384 ГК РФ). Таким образом, по общему правилу обеспечительные права переходят к новому кредитору одновременно с обеспечиваемым требованием без дополнительного оформления их уступки. Иное может быть предусмотрено законом или договором.

Проанализировав способы обеспечения исполнения обязательств мы пришли к следующему выводу: главной особенностью обеспечительных обязательств является присущее им свойство акцессорное; сделка, из которой возникает акцессорное обязательство, тоже своеобразна, в ее основании всегда лежит особый интерес (обеспечительный); ГК установил исключение из общего правила об акцессорности обеспечительных обязательств, введя понятие независимого обеспечительного обязательства, единственным примером которого сейчас является банковская гарантия.

По мнению Белова В.А. при изучении института поручительства следует разграничивать понятия самого поручительства и основания его возникновения. Применительно к поручительству это требование означает различия поручительства и договора поручительства. Поручительство – это гражданское правоотношение, содержанием которого является ответственность определенного лица (поручителя) за нарушение прав и охраняемых интересов активного субъекта определенных правоотношений,

последовавшее со стороны его контрагента в этих правоотношениях – обязанного субъекта.

В настоящее время согласно п. 3 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса РФ о поручительстве – Приложение к информационному письму Президиума ВАС РФ от 20.01.98 № 28: стороны вправе заключить договор поручительства для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем.

Коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к заемщику и поручителю о взыскании суммы основной задолженности по кредитному договору, процентов и пеней за просрочку возврата долга.

Арбитражный суд удовлетворил исковые требования полностью за счет заемщика, указав, что договор поручительства сторонами фактически не заключен, поскольку он был подписан ранее кредитного договора и на сумму, превышающую выданный кредит.

Исходя из этого апелляционная инстанция решение суда первой инстанции изменила и на основании статьи 363 ГК РФ удовлетворила исковые требования за счет заемщика и поручителя солидарно¹.

Гуев А.Н. считает, что ст. 361 ГК РФ уже не ставит знак равенства между такими самостоятельными институтами, как поручительство и банковская гарантия (такой подход был характерным для ст. 68 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.91). Кроме того, теперь институт поручительства полностью поглощает институт гарантии (имеются в виду случаи, когда гарантом выступает лицо, не являющиеся банком), хотя ст. 210 ГК РСФСР 1964 говорила о гарантии как о самостоятельном способе обеспечения обязательств².

В настоящее время нормы о банковской гарантии мы можем встретить в: Гражданском кодексе РФ, Бюджетном кодексе РФ, Таможенном кодексе

¹ Вестник ВАС РФ. – 1998. - №3.

² Гуев А.Н. Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. – М.: ИНФРА-М, 2004. - С. 367.

РФ, федеральном законе от 10.07.2002 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»³, федеральном законе от 26.06.1995 г. «Об акционерных обществах»⁴, федеральном законе от 08.12.1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью»⁵, федеральном законе от 7.08.2001 г. «О кредитных потребительских кооперативах граждан»⁶, федеральном законе от 26.10.2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)»⁷, федеральном законе от 14.11.2002 г. «О государственных муниципальных и унитарных предприятиях»⁸, письме Банка России от 30 мая 2007 года № 01-13-5/2186⁹, письме ГТК РФ от 29.04.2004 г. «О расторжении договоров поручительства при обеспечении уплаты таможенных платежей владельцами СВХ»¹⁰ и других нормативных актах.

Так, например, банковская гарантия берет начало из Древнего Рима и в настоящее время является одним из самых традиционных способов обеспечения исполнения обязательств.

А основанием возникновения поручительства является либо договор между кредитором и поручителем, либо закон (например, ст. 532 ГК РФ).

Гуев А.Н. считает, что согласно сложившейся в науке гражданского права, и в судебной практике точке зрения это двусторонний договор, заключаемый между поручителем и кредитором должника¹¹.

Законодатель подчеркивает, что несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства. Договор поручительства может быть нотариально удостоверен, если стороны данного договора достигли соглашения. Договор поручительства должен быть удостоверен нотариально, если поручительство имеет своим предметом

³ СЗ РФ. - 2002. - № 28. - Ст. 2790.

⁴ СЗ РФ. - 1996. - № 1. - Ст. 1.

⁵ СЗ РФ. - 1998. - № 7. - Ст. 785.

⁶ СЗ РФ. - 2001. - № 33. - Ст. 3420.

⁷ СЗ РФ. - 2002. - № 43. - Ст. 4190.

⁸ СЗ РФ. - 2002. - № 48. - Ст. 4746.

⁹ Вестник Банка России. - 2007. - № 33.

¹⁰ Таможенный вестник. - 2004. - № 11.

¹¹ Гуев А.Н. Гражданское право. - С. 367.

ответственность за неисполнения обязательства из нотариально удостоверенной сделки¹².

Противоположным является мнение Волнухина Д.Н., который считает, что ГК РФ устанавливает простую письменную форму для договора поручительства вне зависимости от формы основного обязательства¹³.

Такого мнения придерживается и автор комментария к ГК РФ Борисов А.Б.: «...независимо от того, подлежит ли государственной регистрации или нотариальному удостоверению договор, обязательство по которому обеспечивает договор поручительства, для последнего достаточно простой письменной формы»¹⁴.

Государственное унитарное предприятие "Городской клиринговый центр" правительства Москвы (далее - предприятие) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском о взыскании с компании "New Financial Association" 11001018 рублей задолженности по векселям и пеней за просрочку их оплаты.

Решением от 01.07.05 иск удовлетворен в предъявленной сумме.

Постановлением апелляционной инстанции от 26.08.05 решение оставлено без изменения.

Президиум считает, что все упомянутые судебные акты подлежат отмене, а дело - направлению на новое рассмотрение по следующим основаниям.

Удовлетворяя иск продавца векселей, судебные инстанции ошибочно исходили из того, что поскольку срок действия договора купли-продажи установлен до его полного исполнения, то и лицо несет ответственность перед кредитором также до полного исполнения основного обязательства.

В соответствии со статьей 190 Гражданского кодекса Российской Федерации установленный сделкой срок определяется календарной датой

¹² Белов В.А. Теоретические проблемы учения о способах обеспечения исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2006. - № 12. - С. 39.

¹³ Волнухин Д.Н. Проблемы института поручительства // Право и экономика. - 2000. - № 1. - С. 27.

¹⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / сост. Борисов А.Б. - С. 368.

или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить.

Коммерческий банк обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью (заемщику) и акционерному обществу (поручителю) о взыскании невозвращенного кредита и процентов за пользование им.

Поэтому при принятии решения следовало исходить из того, что при наличии оснований для привлечения к ответственности обоих солидарных должников в резолютивной части решения указывается о взыскании соответствующей суммы с обоих ответчиков солидарно.

Все сказанное справедливо и для современного ГК РФ, ибо, как было отмечено, в этой части правовой режим нисколько не изменился.

Данные выводы подтверждаются постановлением Президиума ВАС РФ от 25 мая 2005 года № 70/05.

ООО "Гера-Траст" обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с иском к открытому акционерному обществу "Энерго-Тобольск" и администрации города Тобольска (далее - администрация) о солидарном взыскании с ответчиков 6600000 рублей задолженности по оплате векселей в соответствии с договором от 13.04.2001, 1899000 рублей договорных пеней за просрочку платежа и 394992 рублей процентов, предусмотренных статьей 395 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении, отзыве на него и выступлениях присутствовавших в заседании представителей сторон, Президиум считает, что постановление суда кассационной инстанции подлежит частичной отмене по следующим основаниям.

Кроме того, принятие администрацией на себя гарантийных обязательств в данном случае должно было быть произведено в порядке, предусмотренном статьями 100, 115, 117 Бюджетного кодекса Российской Федерации, однако эти требования Кодекса соблюдены не были.

Таким образом, у суда кассационной инстанции не имелось правовых оснований для возложения на администрацию ответственности за неисполнение обязательств по договору от 13.04.2002.

Президиум Высшего Арбитражного Суда постановил: В иске к администрации города Тобольска обществу "Гера-Траст" отказать¹⁵.

Теоретическую и практическую значимость имеет ответ на вопрос, может ли срок гарантии быть меньше срока исполнения основного обязательства. Действующее законодательство не содержит запрета на определение срока гарантии подобным образом. Не лишенным смысла оно будет, например, при заявлении кредитором требования о досрочном исполнении обязательства в случаях, предусмотренных законом или договором (при нецелевом использовании заемных средств, утрате обеспечения и т.п.)

Итак, способы обеспечения исполнения обязательств закреплены в Гражданском кодексе Российской Федерации и иных нормативных актах. Кроме того, стороны гражданско-правовых отношений могут предусмотреть в соглашениях между собой иные способы, не оговоренные законодателем. О том, какие правовые механизмы позволяют обеспечить выполнение гражданско-правовых обязательств, расскажем в статье.

Обязательства должны исполняться надлежащим образом, однако не всегда данный принцип выполняется на деле. В связи с этим законодатель ввел механизмы, которые позволяют мотивировать стороны обязательственных правоотношений исполнять договорные обязательства.

Механизмам обеспечения исполнения обязательств посвящена глава 23 ГК РФ. Основные способы обеспечения исполнения обязательств приведены в п. 1 ст. 329 ГК РФ. При этом понятие обеспечения исполнения обязательств не раскрывается, однако его можно вывести из положений указанной главы ГК РФ. Это методы влияния на должника с целью его мотивирования на исполнение условий договора либо с целью возмещения потерь кредитора,

¹⁵ Вестник ВАС РФ. - 2005. - № 9.

вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником обязательства.

Все правовые способы обеспечения исполнения обязательств можно условно разделить на 2 группы, в зависимости от механизма их действия. Так, способы первой группы позволяют уберечь кредитора от материальных потерь при ненадлежащем исполнении должником обязательств. Например, в случае просрочки исполнения по договору поставки на поставщика может быть возложена обязанность по уплате заказчику неустойки.

Вторая группа позволяет найти выход при неисполнении обязательства — с целью его исполнения альтернативными методами. Например, по договору поручительства, в случае неисполнения обязанности должником по договору займа, поручитель может нести обязанность по уплате суммы долга.

К способам обеспечения исполнения обязательств относятся:

1. Неустойка.
2. Залог.
3. Удержание вещи должника.
4. Поручительство.
5. Независимая гарантия.
6. Задаток.
7. Обеспечительный платеж.

Приведенный перечень не является исчерпывающим. Он может быть расширен как положениями нормативно-правовых актов, так и договоренностями сторон гражданско-правовых отношений.

Так, в силу ст. 115 Бюджетного кодекса РФ предусматривается возможность обеспечения обязательств путем предоставления государственных и муниципальных гарантий. Закон «О национальной платежной системе» от 27.06.2011 № 161-ФЗ в п. 3 ст. 29 предписывает операторам платежных систем в некоторых случаях создавать специальный

гарантийный фонд, чтобы обеспечить исполнение обязанностей участников платежных систем.

Неустойке посвящены ст. 330–333 ГК РФ. Это сумма денежных средств, которую обязан выплатить должник в пользу кредитора, если обязательство не было исполнено либо было выполнено, но не так, как оговаривалось изначально.

Неустойка может быть двух видов:

1. Штраф. Это единовременная денежная сумма, уплачиваемая должником в пользу кредитора.

2. Пени. Это штрафная санкция, размер которой, как правило, устанавливается в процентах от суммы обязательства.

Размер как штрафа, так и пени может определяться законом или соглашением сторон. Если речь идет о соглашении, то оно должно быть заключено письменно, даже если основное обязательство заключено в устной форме.

Что касается законной неустойки, то обязательность ее выплаты не зависит от воли сторон. Единственное, что участники соглашения могут сделать, — договориться увеличить ее размер в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 332 ГК РФ.

Самым распространенным примером законной неустойки является предусмотренная ст. 23 закона «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 № 2300-01 пеня за невыполнение сроков исправления недостатков товаров, проданных потребителю. Ее размер равен 1% от суммы товара за каждый день просрочки.

Возможность злоупотребления взыскания неустойки сверх разумных пределов ограничена законом. Так, явно завышенная неустойка (например, когда ее размер превышает сумму обязательства) может быть уменьшена судом в силу требований ст. 333 ГК РФ.

По смыслу ст. 334 ГК РФ в силу договора залога должник и кредитор договариваются, что имущество должника при невыполнении им условий

сделки перейдет кредитору либо кредитор сможет обратиться на него взыскание и получить материальную выгоду в счет погашения задолженности.

Залог, как и неустойка, может быть основан на законе или договоре. Самым распространенным примером законного залога является ипотека. Банк, предоставивший кредит лицу на приобретение объекта недвижимости, становится залогодержателем такого объекта. Это означает, что в случае нарушения должником сроков или порядка оплаты ипотечного кредита кредитная организация получает право обратиться взыскание на объект недвижимости как предмет залога и получить возмещение.

Что касается имущества, которое может быть предметом обеспечения обязательства, то требования к нему предъявляются в ст. 336 ГК РФ. Так, в качестве залога может использоваться любое имущество или имущественные права, если на них допускается обращение взыскания. Исключения составляют алиментные права, а также права требования возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью, и пр.

Разумеется, предметом залога не могут являться вещи, изъятые из оборота либо ограниченные в обороте, например наркотические средства или нарезное короткоствольное огнестрельное оружие.

В силу ст. 337 ГК РФ залогом обеспечивается не только основное требование, но и проценты, неустойка, убытки, иные сопутствующие расходы.

Удержанию вещи посвящены ст. 359, 360 ГК РФ. Это один из способов обеспечения выполнения обязательства, суть которого состоит в том, что кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику, вправе удерживать эту вещь до ее оплаты или до полного возмещения издержек по ее хранению и иных убытков.

Приведем классический пример удержания. Ремонтная мастерская и потребитель заключили договор оказания услуг по ремонту транспортного средства. Ремонтная мастерская выполнила свои обязательства, производя

ремонт, однако потребитель отказался оплачивать услуги. В этом случае возможно удержание транспортного средства до оплаты в пользу мастерской издержек по ремонту, расходов по хранению, неустойки и т. д.

Даже если право собственности на удерживаемую вещь перешло к третьим лицам, то кредитор вправе производить удержание до исполнения должником своих обязательств. Возможно обращение взыскания на удерживаемую вещь по правилам, применяемым к заложенным обязательствам.

Порядок применения поручительства как способа обеспечения обязательства установлен в параграфе 5 ГК РФ. Поручительство чаще всего применяется с целью обеспечения обязанности должника уплатить долг.

Суть данной меры заключается в том, что третье лицо обязуется отвечать перед кредитором за исполнение обязательства должником. Например, должник взял кредит, и третье лицо, выступая поручителем, заключило договор с банковской организацией, согласно которому в случае неуплаты должником очередных платежей по кредиту поручитель обязуется отвечать перед кредитором солидарно (по общему правилу) или субсидиарно (если данное условие закреплено в договоре).

Договор обязательно должен быть заключен в письменной форме, исходя из требований ст. 362 ГК РФ. Объем ответственности поручителя аналогичен объему ответственности должника. Включается как сумма основного долга, так и уплата процентов, судебных издержек, убытков. Возможно заключение соглашения с несколькими поручителями.

Разберем виды обеспечительных мер, предусмотренные ст. 368, 380 ГК РФ.

Первый из них — независимая гарантия. Гарант берет на себя обязанность выплатить указанному принципалом лицу денежные средства в пользу третьего лица, которое называется бенефициаром. Гарантами могут выступать исключительно банки, кредитные и коммерческие организации.

Гарантия является независимой, потому что она никак не связана с каким-либо обязательством принципала. Бенефициар при наличии надлежащим образом оформленной гарантии вправе предъявить требование о выплате гаранту, который обязан ее осуществить. В последующем принципал обязуется погасить выплаченную сумму, перечислив ее в пользу гаранта.

Задаток предусмотрен ст. 380 ГК РФ. Это доказательство заключения соглашения между сторонами и одновременно обеспечение его будущего исполнения. Одна из сторон передает другой денежные средства на основании письменного договора.

Если в последующем соглашение прекращено по взаимной воле сторон, задаток возвращается. Если соглашение не было исполнено по вине стороны, которая дала задаток, он не возвращается. Если соглашение не исполняется по вине стороны, получившей задаток, он возвращается в двойном размере.

Правило применения обеспечительного платежа установлены ст. 381.1 ГК РФ. Одна сторона денежного обязательства вносит другой стороне определенную сумму.

При начале исполнения сделки или при наступлении иных условий, предусмотренных соглашением, внесенная сумма переходит в счет исполнения обязательства. Если же обязательство прекращается, обеспечительный платеж по общему правилу возвращается. Иное может предусматриваться договором.

Таким образом, законом предусмотрено значительное количество способов обеспечения исполнения обязательств. Наиболее распространенным способом обеспечения исполнения обязательств является неустойка. Выбор конкретного способа зависит от существа правоотношений. Кроме того, помимо изложенных в статье могут применяться и иные способы, не запрещенные законом.

1.2. Понятие банковской гарантии и ее сущность

Институт банковской гарантии вошел в юридическую практику относительно давно. Впервые банковская гарантия появилась в коммерческом обороте США в середине 60-х гг. XX в., после чего банкиры быстро ввели ее в деловой оборот в связи с расширением международных связей и увеличением количества и сумм международных платежей. Именно в международной торговле покупателю товара (заказчику услуг) весьма трудно оценить деловые и финансовые возможности поставщика. Поэтому в целях обеспечения взаимного исполнения обязательств стороны согласовывают выставление банковской гарантии.

Итак, банковская гарантия – это самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств, по которой гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. Требование об определенной денежной сумме считается соблюденным, если условия независимой гарантии позволяют установить подлежащую выплате денежную сумму на момент исполнения обязательства гарантом.

Независимая гарантия выдается в письменной форме (п. 2 ст. 434 ГК РФ), позволяющей достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гаранта с бенефициаром.

Независимые гарантии могут выдаваться банками или иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями.

Следует отметить, что правила о независимой гарантии, имеющиеся в гл. 23 ГК РФ были созданы с учетом норм международной практики,

отраженной в Унифицированных правилах для гарантий по требованию, включая типовые формы (URDG 758) редакция 2010 года опубликованных Международной торговой палатой (МТП) в Париже¹⁶.

Это позитивный факт помогает использовать международные стандарты, которые облегчают юридическим и физическим лицам на территории России осуществлять правовое регулирование внешнеэкономических операций, в том числе в иностранной валюте.

Зарубежной банковской практике известны различные виды гарантий. В зависимости от характера обязательств, исполнение которых обеспечивается выдачей банковской гарантии, выделяют гарантии исполнения контракта (обязательства по контракту); тендерные (конкурсные) гарантии; гарантии сохранения платежа, работ (поставленного товара); контргарантии и т.п.

Такой вывод соответствует позиции законодателя, выраженной в конкретных правовых нормах, включенных в ГК РФ и отражающих наиболее существенные черты банковской гарантии.

В независимой гарантии должны быть указаны:

1. дата выдачи;
2. принципал;
3. бенефициар;
4. гарант;
5. основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией;
6. денежная сумма, подлежащая выплате, или порядок ее определения;
7. срок действия гарантии;
8. обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии.

¹⁶ Унифицированные правила для гарантии по требованию / Издание Международной торговой палаты. – М.: Консалтбанкир, 2013.

В первую очередь стоит обратить внимание на особый субъектный состав правоотношения, возникающего по поводу обеспечения обязательств посредством банковской гарантии:

1) гарант – банковская или коммерческая организации, выдающая гарантию, т.е. принимающая на себя обязательство при наступлении обстоятельств, указанных в гарантии, произвести платеж обозначенному в ней лицу. Помимо банков выдачу гарантий может осуществлять иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями.

2) принципал – это лицо, по просьбе которого представляется гарантия (по основному долгу это должник, заемщик).

3) бенефициар – лицо, по требованию и в пользу которого гарант осуществляет платеж (по основному долгу – кредитор).

Главный юридический признак банковской гарантии как обеспечительной сделки состоит в независимости банковской гарантии от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана. В соответствии со ст. 370 ГК РФ предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержатся ссылки на них.

Гарант не вправе выдвигать против требования бенефициара возражения, вытекающие из основного обязательства, в обеспечение исполнения которого независимая гарантия выдана, а также из какого-либо иного обязательства, в том числе из соглашения о выдаче независимой гарантии, и в своих возражениях против требования бенефициара об исполнении независимой гарантии не вправе ссылаться на обстоятельства, не указанные в гарантии.

Гарант не вправе предъявлять бенефициару к зачету требование, уступленное гаранту принципалом, если иное не предусмотрено независимой гарантией или соглашением гаранта с бенефициаром.

Таким образом, в настоящее время данная гарантия является повсеместно распространенным, динамично развивающимся финансовым и правовым инструментом. Цель использования гарантий состоит в дополнительной защите (своеобразной страховке) финансовых интересов сторон, участвующих в предпринимательской деятельности.

Независимая гарантия представляет собой письменное одностороннее обязательство гаранта, принимаемое по отношению к какому-либо лицу (бенефициару) по поручению другого лица (принципала), в обеспечение исполнения последним своих платежных обязательств перед бенефициаром. Основными чертами гарантии являются независимость, возмездность, безотзывность и непередаваемость прав по банковской гарантии. Однако банковская гарантия – сложный институт гражданского права и, безусловно, вызывает научный интерес, зачастую с полярными мнениями, что подтверждается количеством цивилистических исследований, посвященных данной юридической категории.

В отличие от поручительства, которое возникает с момента заключения соответствующего договора, «стартом» для развития отношений по банковской гарантии в силу ст. 368 ГК РФ является просьба принципала. При этом возникает вопрос о правовой природе указанной просьбы. Л.А. Бирюкова¹⁷ полагает, что с точки зрения учения о юридических фактах обращение принципала с такой просьбой является одним из обстоятельств, обязательных для наступления последствий, предусмотренных ст. 368-379 ГК РФ. Аналогичный вывод может быть сделан и в отношении заключения соглашения между гарантом и принципалом по поводу предоставления банковской гарантии. И просьба, и заключение соглашения являются

¹⁷ Бирюкова Л.А. Банковские гарантии: теория и практика. – М.: Спарк, 2004. – С.62-63

элементами фактического состава и порождают промежуточные правовые последствия.

Таким образом, при разных подходах к рассматриваемой проблеме, авторы едины в том, что просьба принципала о выдаче гарантии и условия удовлетворения этой просьбы определяются соглашением гаранта и принципала о порядке и условиях выдачи банковской гарантии. В условиях законодательной неурегулированности правовой природы соглашения можно предположить, что законодатель использовал термин соглашение для обозначения обязательства, оформляющего отношения гаранта и принципала для того, чтобы не допускать смешения этого документа с договором, оформляющим основное (обеспечиваемое гарантией) обязательство.

Изложенные выше характеристики гарантии делают ее одним из самых надежных, твердых в обеспечении исполнения обязательств.

Банковская гарантия – является относительно старым способом обеспечения исполнения обязательств, поэтому наряду с нормами ГК РФ регулируется нормами международных унифицированных документов.

Так как выдача банковской гарантии относится к активным операциям банков, то дальнейшее развитие в этой области видится в выводе норм о гарантии из гражданского законодательства и сосредоточение их в банковском законодательстве. В России ведется активная работа по кодификации банковского законодательства, разработана Концепция Банковского кодекса, в котором нормы о банковской гарантии заняли бы достойное место как самые надежные способы обеспечения кредитной деятельности, чья необходимость для экономики очевидна (например, ипотечный кредит, кредитная кооперация, взаимный кредит и т.д.).

Отличие независимой гарантии от банковской гарантии в основном заключается в субъектном составе данных способов обеспечения обязательств. Если в первом варианте ее оформление допускается любой коммерческой организацией, то во втором — исключительно банком или кредитной организацией.

Поручительство и банковская гарантия являются видами обеспечения исполнения обязательств. Но если в первом случае платежеспособность гаранта подтверждается банком, с которым заключено соответствующее соглашение, то в поручительстве гражданин/организация самостоятельно подтверждают возможность выступить поручителем, подписывая сделку.

Именно из-за надежности банков гарантия применяется в большинстве крупных сделок с участием госорганов или в сфере госзакупок в соответствии с положениями закона № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹⁸.

Основные отличия поручительства от гарантии следующие:

1. Субъектный состав. Гарантию может выдавать только юридическое лицо или банк (кредитная организация), в то время как поручительство могут осуществлять и физические лица. Договор поручительства предполагает участие поручителя и кредитора. Гарантия — это соглашение между банком и должником.

2. Окончание срока действия рассматриваемых видов обеспечения. Поручительство может быть прекращено по ряду оснований, предусмотренных ст. 367 ГК РФ, например из-за отказа кредитора принять надлежащее исполнение. Гарантия заканчивается либо с истечением срока, указанного в ней, либо с наступлением обстоятельств, при которых денежные средства подлежат выплате.

3. Способ исполнения обеспеченных обязательств. Поручительство допускает вариант исполнения обязательств за должника в денежной форме или в натуре. Гарантия предполагает исключительно денежный формат исполнения.

Термин «независимая гарантия» был введен в текст ГК РФ 01.06.2015 (ст. 368 ГК РФ). Он заменил собой термин «банковская гарантия». Такой шаг

¹⁸ Федеральный закон от 05.04.2013 N 44-ФЗ (ред. от 23.04.2018) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2018) // Российская газета. -N 80. - 12.04.2013.

был необходим для расширения субъектного состава гарантов по обязательству.

Главное отличие независимой и банковской гарантии заключается в том, что первые могут выдавать любые коммерческие организации (ООО, АО), а вторые — только банки и кредитные организации.

Еще одно отличие гарантии от банковской гарантии заключается в том, что последняя обеспечивает более узкий круг обязательств (в частности, связанных с госзакупками и обязательствами в области тепло- и энергоснабжения), в то время как независимая распространяет свое действие на любые другие, вытекающие из обязательственных правоотношений организаций и граждан.

Несмотря на свою ограниченность, банковская гарантия имеет 2 неоспоримых преимущества:

- высокую платежеспособность гаранта;
- обязательность оплаты принятого обязательства.

Выдавать банковскую гарантию могут кредитные учреждения, получившие лицензию от ЦБ РФ. В противном случае такая гарантия не будет иметь юридической силы.

Фактически независимая и банковская гарантии — это общее и частное, т. е. банковская является видом независимой.

Рассмотрим отличие аккредитива от банковской гарантии. Согласно положениям ст. 867 ГК РФ аккредитив является документом, по которому банк производит платежи (или уполномочивает на это действие другую кредитную организацию) получателю средств по поручению плательщика.

Иными словами, деньги хранятся на открытом в банке счете, и после того, как сделка завершена и все обязательства выполнены, владелец счета разрешает перевод средств. То есть банк своими активами в случае неисполнения обязательства третьими лицами не рискует. Он выполняет исключительно посреднические функции.

Аккредитив используется в случаях, когда заказчик не хочет вносить предоплату за товар/услугу, а исполнитель желает получить уверенность в том, что деньги будут ему выплачены. При этом перевод средств будет осуществлен при соблюдении условий, определенных между заказчиком и банком, например исполнитель предоставит подписанный акт и т. д.

Главное отличие аккредитива и банковской гарантии в том, что аккредитив — это не способ обеспечения обязательств, а порядок расчетов (отлична сама суть данных механизмов). По условиям гарантии гарант уплачивает бенефициару долг принципала в размере, указанном в тексте документа (ст. 368 ГК РФ), и играет роль исполнителя по обязательству, если должник его не выполнил, то есть несет финансовые потери.

Еще одно отличие заключается во взаимосвязи договора с основным обязательством. При подписании аккредитива во внимание не берется соглашение, которое предусматривает выполнение обязательства. Но по условиям договора о банковской гарантии такое соглашение является основой для его заключения.

Рассмотрим отличие банковской гарантии от факторинга. ГК РФ не содержит термина «факторинг», но в ст. 824 дается определение финансирования по уступке денежного требования. Фактически это одно и то же, просто термин «факторинг» употребляется в англоязычных странах. Организация выкупает задолженность, и должник обязан выплатить долг уже не той стороне, с которой ранее был заключен договор, а финансовому агенту, купившему долг.

Факторинг представляет собой разновидность торгово-комиссионных операций, связанную с инкассированием его дебиторской задолженности. В то время как гарантия — это один из способов обеспечения обязательств.

Что касается субъектного состава, то в гарантии участвуют только банк и должник. А в факторинге схема следующая:

- продавец поставляет товар, сообщает об этом фактору, передает документы;

- последний выплачивает ему стоимость продукции за вычетом комиссии.

После того как срок оплаты товара наступил, покупатель оплачивает его фактору.

С 01.06.2018 вступили в силу положения которые финансирование под уступку требования приравнивали к факторингу и этот термин закрепился в тексте ГК РФ.

Явными минусами факторинга, которые обуславливают непопулярность данного вида обеспечения, является размер расходов. Речь идет о комиссиях, которые берутся за выкуп задолженности, объем которых зависит:

- от давности долга;
- его размера;
- платежеспособности исполнителя и т. д.

Гарантия оплачивается как одна из разновидностей банковской операции, чья стоимость, как правило, фиксированная.

Таким образом, основное отличие гарантии от банковской гарантии состоит в субъектном составе. Что касается факторинга и аккредитива, то эти два урегулированных ГК РФ механизма не обеспечивают исполнение обязательства должником, как гарантия. В договоре поручительства может участвовать абсолютно любое лицо, в том числе граждане, в то время как гарантия — удел организаций.

Итак, договор банковской гарантии — это документ-соглашение, по которому гарантирующая сторона (банк) обязуется выплатить бенефициару денежную сумму по просьбе принципала (поставщика) при предоставлении соответствующего требования в рамках заключаемого между заказчиком и поставщиком контракта.

Договор, или соглашение, о выдаче банковской гарантии оформляется только в письменном виде. В нем определяются обязательства всех трех сторон. Банк в договоре обязуется выпустить банковскую гарантию с

определенным текстом и условиями. То есть выпуск является предметом договора о выдаче гарантии. За факт выпуска в пользу заказчика банк получает от принципала вознаграждение.

Банк выполняет роль финансового гаранта перед заказчиком: в случае невыполнения или нарушения поставщиком договорных обязательств по контракту он обязуется выплатить ему оговоренную неустойку (гарантийную сумму). В последствии эту сумму банк истребует с поставщика.

Банковская гарантия — эффективное и надежное средство минимизации рисков при исполнении обязательств между контрагентами.

Глава 2. Особенности института банковской гарантии

2.1 Соглашение о предоставлении банковской гарантии

Отдельные ученые трактуют соглашение о предоставлении банковской гарантии как договор комиссии. Такой точки зрения придерживаются, например, Л.А. Новоселова, Л.С. Хейфец и В.Л. Григорьев¹⁹. Существует мнение, что соглашение о предоставлении банковской гарантии есть не что иное, как договор купли-продажи²⁰. По мнению Аванесовой Г. есть основания рассматривать данное соглашение в качестве договора отдельного вида, не указанного в законодательстве²¹.

Банк-гарант выдал банковскую гарантию организации-бенефициару. При наступлении обусловленных в гарантийном обязательстве условий бенефициар обратился к гаранту с требованием о выплате соответствующей суммы. Гарант отказался от выполнения своих обязательств, поскольку письменное соглашение между ним и принципалом (должником по основному обязательству) не было заключено. Это обстоятельство, по мнению гаранта, свидетельствовало об отсутствии оснований возникновения гарантийного обязательства перед бенефициаром.

Рассмотрев иск бенефициара к гаранту, суд его удовлетворил, исходя из следующего.

Гарантийное обязательство возникает между гарантом и бенефициаром на основании одностороннего письменного обязательства гаранта. Действительность этого обязательства не зависит от наличия письменного соглашения между гарантом и принципалом.

Письменное обязательство гаранта перед бенефициаром по форме и содержанию соответствовало требованиям статьи 368 ГК РФ. Требование бенефициаром было заявлено в установленный срок и соответствовало

¹⁹ Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом 1 / Витрянский В.В, Ем В.С., Зенин И.А. и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перер. и доп.. – М: Бек, 2000. – 682 с.

²⁰ Там же.

²¹ Аванесова Г. Ответственность принципала и гаранта // Хозяйство и право. - 1999. - № 9. - С. 44.

условиям гарантийного обязательства. В связи с этим оснований для освобождения гаранта от ответственности не имелось²².

Однако, большинство авторов, например Завидов Б.Д., Батлер У.Э., Ерпылева Н.Ю., считают, что важность решения вопросов, составляющих содержание таких соглашений, делает их заключение весьма желательным, и прежде всего для гарантов. Отсутствие письменного соглашения между гарантом и принципалом порождает многочисленные споры в правоприменительной практике²³.

Здесь возникает вопрос об установлении в банковской гарантии способа направления налоговым органом банку-гаранту требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии. Итак, в соответствии с п. 6 ст. 74.1 НК РФ в случае неуплаты или неполной уплаты налога в установленный срок налогоплательщиком, исполнение обязанности которого по уплате налога обеспечено банковской гарантией, налоговый орган в течение пяти дней со дня истечения срока исполнения требования об уплате налога направляет гаранту требование об уплате денежной суммы по банковской гарантии.

Итак, выдача банковской гарантии является односторонней письменной сделкой, совершаемой в обеспечение исполнения обязательства принципалом и выдаваемой бенефициару-кредитору в этом обязательстве. Односторонняя сделка - сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны - гаранта (п. 2 ст. 154 ГК РФ).

Согласно ст. 155 ГК РФ односторонняя сделка создает обязанности для лица, совершившего сделку. Она может создавать обязанности для других лиц лишь в случаях, установленных законом либо соглашением с этими

²² Информационное письмо Пленума ВАС РФ от 20.01.1998г. №28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Арбитражными судами норм гражданского кодекса РФ о поручительстве» // Вестник ВАС РФ. - 1998. - № 3.

²³ Завидов Б.Д. Договор банковской гарантии // Право и экономика. - 1999. - № 1. - С. 17-21.

лицами. Таким образом, банковская гарантия является односторонней сделкой.

Отсутствие указанных положений в ГК РФ, влечет невозможность создания банковской гарантией дополнительных обязанностей (условий) для бенефициара.

На основании вышеизложенного установление в банковской гарантии конкретного способа направления налоговым органом банку-гаранту требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии (договору поручительства), а именно в письменной форме заказным письмом с уведомлением о вручении, неправомерно.

Что же касается указания в банковской гарантии адреса филиала банка-гаранта для получения требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии (договору поручительства) по почте, то в силу п. 5 ст. 31 НК РФ в случае направления документов, которые используются налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, по почте такие документы направляются налоговым органом налогоплательщику - российской организации (ее филиалу, представительству) - по адресу места ее нахождения (места нахождения ее филиала, представительства), содержащемуся в Едином государственном реестре юридических лиц.

Также Департамент налоговой и таможенной политики рассмотрел обращение по вопросу об ограничении возможности выдачи банковских гарантий банком с величиной собственных средств (капитала) от 1 млрд рублей до 25 млрд рублей, являющимся участниками системы обязательного страхования вкладов физических лиц в соответствии с Федеральным законом о страховании вкладов, не находящимся под прямым или косвенным контролем Центрального банка Российской Федерации или Российской Федерации и имеющим кредитный рейтинг на уровне не ниже "BBB-(RU)", присвоенный банку по национальной рейтинговой шкале для Российской Федерации Аналитическим Кредитным Рейтинговым Агентством, или на

уровне не ниже "ruBBB-", присвоенный банку по национальной рейтинговой шкале для Российской Федерации Акционерным обществом "Рейтинговое агентство "Эксперт РА", и сообщает:

12 мая 2018 года вступило в силу постановление Правительства Российской Федерации от 3 мая 2018 г. N. 539 "О внесении изменения в пункт 1 постановления Правительства Российской Федерации от 24 июля 2017 г. N 874", которым скорректированы критерии, установленные постановлением Правительства Российской Федерации от 31 марта 2018 г. N 386 "О внесении изменения в пункт 1 постановления Правительства Российской Федерации от 24 июля 2017 г. N 874", в зависимости от которых устанавливаются максимальные суммы банковских гарантий. В частности, указанным постановлением предоставлено право выдачи банковских гарантий банкам, являющимся участниками системы обязательного страхования вкладов физических лиц, не находящимся под прямым или косвенным контролем Центрального банка Российской Федерации или Российской Федерации, а также исключен критерий величины собственных средств (капитала), предусмотренный ранее постановлением Правительства Российской Федерации от 24 июля 2017 г. N 874 "О максимальной сумме одной банковской гарантии и максимальной сумме всех одновременно действующих банковских гарантий, выданных одним банком, для принятия банковских гарантий налоговыми органами в целях обеспечения уплаты налогов" в качестве одного из критериев, в зависимости от которых устанавливается соответствующая максимальная сумма банковской гарантии.

2.2. Ответственность принципала и гаранта

Ответственность по соглашению о предоставлении банковской гарантии – это договорная ответственность, которая наступает в случаях, предусмотренных не только законом, но и сторонами в договоре.

По соглашению о предоставлении банковской гарантии ответственность может наступить за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

По общему правилу должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства (п. 1 ст. 393 ГК РФ).

Если иное не установлено законом, использование кредитором иных способов защиты нарушенных прав, предусмотренных законом или договором, не лишает его права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

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

Убытки обычно возмещаются в части, не покрытой неустойкой, однако соглашением могут быть предусмотрены и другие случаи.

Между тем «сумма, уплачиваемая по гарантии в качестве обеспечения, не является ответственностью. Ответственность гаранта перед бенефициаром – это самостоятельная ответственность»²⁴.

Ответственность гаранта перед бенефициаром не является ни субсидиарной, ни солидарной. Гарант несет ответственность независимо от принципала. Следовательно, если у гаранта недостаточно денежных средств для исполнения своей обязанности перед бенефициаром, последний может требовать удовлетворения своих интересов из другого имущества гаранта²⁵.

Прокурор Краснодарского края в интересах открытого акционерного общества "Новороссийское морское пароходство" (ОАО "Новошип") обратился в Арбитражный суд Краснодарского края с иском к обществу с

²⁴ Поздеева Д. Нюансы банковской гарантии // Консультант. – 2007. - № 9. – С. 31.

²⁵ Киреев А. «Несолидарный» банк-гарант // ЭЖ-ЮРИСТ. - 2007. - № 27. - С. 6.

ограниченной ответственностью "Новороссийский муниципальный банк" (Банк Новороссийска) о взыскании 905 538 рублей 69 копеек процентов за пользование денежными средствами ОАО "Новошип".

В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагается все принятые судебные акты отменить, дело направить на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Фактически взысканные суммы поступили на счет ОАО "Новошип" 03.03.06.

Прокурор в настоящем иске просит о применении ответственности за неисполнение обязательства по банковской гарантии в виде процентов за пользование денежными средствами ОАО "Новошип" в период с 24.08.05 по 03.03.06, предусмотренных статьей 395 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Из содержания банковской гарантии от 06.10.04 следует, что обязанность Банка Новороссийска перед ОАО "Новошип" не ограничивалась суммой неисполненных предприятием "Жилспецмонтаж" обязательств по долевого участию в строительстве. Банк Новороссийска принял на себя ответственность за неисполнение своего собственного обязательства по банковской гарантии в виде неустойки в размере 0,5 процента в день от просроченной суммы.

Взысканные решением от 24.08.05 суммы в спорный период Банк Новороссийска не уплатил, поэтому его обязательство по банковской гарантии действовало и он обязан нести ответственность за его неисполнение.

Рассматривая спор, все судебные инстанции пришли к выводу, что ответственность Банка Новороссийска должна выражаться в процентах, предусмотренных либо статьей 395 ГК РФ в размере учетной ставки

банковского процента (60 годовых), либо банковской гарантией (24 годовых).

Таким образом, все судебные акты подлежат отмене.

При новом рассмотрении дела арбитражному суду следует исходить из того, что спор возник по поводу ответственности гаранта за неисполнение обязательства по банковской гарантии, учесть, что за это нарушение в гарантии установлена неустойка, и определиться в отношении заявленных требований.

Таким образом, уплата гарантом суммы гарантии не освобождает его от ответственности за нарушение его обязательства по гарантии, если иное не предусмотрено гарантией. В данном примере ответственность по банковской гарантии устанавливалась в виде уплаты неустойки, что необходимо учесть арбитражному суду при новом рассмотрении дела.

Таким образом, обязательство гаранта по банковской гарантии является денежным обязательством.

Аванесова Г. считает, что гарант может предусмотреть повышенную ответственность за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства, или снизить ее, или отменить ответственность вообще. Законодатель применил к односторонней сделке (банковской гарантии) положения, установленные для договора и договорной ответственности. При такой формулировке ст. 377 ГК РФ банковская гарантия приобретает черты сходства с договором присоединения, условия которого определены гарантом и могут быть приняты бенефициаром только в целом.

Однако, по мнению автора комментария к ГК РФ Садикова О.Н.: «В случаях, когда на основании п. 2 статьи 377 ГК РФ ответственность гаранта за нарушение его обязательств будет в гарантии ограничена или вообще исключена, следует учитывать правило п. 4 ст. 401 ГК РФ, согласно которому заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно. В силу

ст. 156 ГК РФ эта общая норма договорного права применима к гарантии как односторонней сделке»²⁶.

Ответственность гаранта перед бенефициаром – это самостоятельная ответственность. Поскольку гарантия является денежным обязательством, это означает, что при нарушении гарантом его обязательств должны применяться правила ст. 395 ГК РФ предусматривающие уплату процентов за просрочку платежа, а сверх того и возможных убытков, если гарантией не предусмотрена иная ответственность.

2.3. Банковская гарантия в арбитражной практике и международных контрактах

Исходя из анализа практики рассмотрения споров с участием банков-кредиторов и организаций-заемщиков, а также принимая во внимание действующее законодательство, регулирующее отношения, связанные с возвратностью кредитов, можно сделать вывод о том, что одним из наиболее действенных способов обеспечения исполнения обязательств заемщиков перед банками-кредиторами наравне с залогом, поручительством является банковская гарантия, которая прежде всего несет в себе обеспечительную функцию возвратности кредитов.

Необходимость наличия в банковской гарантии обеспечительного интереса подтверждается постановлением Президиума ВАС РФ от 31.05.2006 г.:

ООО "Запсибгазпром" обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с иском к открытому акционерному обществу "Банк внешней торговли" в лице филиала в городе Тюмени о признании недействительной банковской гарантии от 20.02.2002 № 03-LG, выданной в обеспечение исполнения истцом обязательств по контракту от 23.12.2000 № 1099Н на создание газотурбинной теплоэлектростанции для открытого акционерного

²⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный) / отв. ред. О.Н. Садилов. – С. 736.

общества "Невинномысский азот", привлеченного к участию в деле в качестве третьего лица.

Истец полагал, что банковская гарантия в силу статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации является ничтожной, поскольку изначально отсутствовала ее обеспечительная функция по отношению к основному обязательству: срок действия гарантии истекал на шесть месяцев раньше срока завершения работ, установленного контрактом.

При таких обстоятельствах суды апелляционной и кассационной инстанций обоснованно признали банковскую гарантию от 20.02.2002 № 03-LG недействительной сделкой, не порождающей правовых последствий, и оспариваемые заявителем судебные акты подлежат оставлению без изменения, поскольку они не нарушают единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Следует отметить, что банковская гарантия широко применяется и в международных контрактах.

Следует отметить, что своеобразной гарантией исполнения в ряде стран также служит резервный аккредитив. Сумма резервного аккредитива (гарантийная сумма) выплачивается бенефициару, если принципал по каким-либо причинам не выставит аккредитив, а бенефициар представит простое письменное заявление либо иные предусмотренные условиями аккредитива документы о том, что обязательство должником не выполнено и т.д.

В качестве особого вида косвенных гарантий можно выделить супергарантию, которая представляет собой «гарантию гарантии». Супергарантия предоставляется в интересах бенефициара, который желает получить кроме гарантии банка должника, также гарантию более известного и надежного банка, а банк-гарант принимает обязательство перед супергарантом компенсировать ему те суммы, которые он будет обязан уплатить в соответствии с основанным на супергарантии обязательством.

Многообразие различных видов гарантий, используемых в международной практике, обуславливают проблему выбора сторонами

внешнеэкономической сделки определенного вида гарантии в зависимости от конкретной ситуации.

Не менее важной проблемой является правильное использование гарантии с учетом существующих различий в законодательстве различных стран, а также международно-правовое регулирование гарантий.

Результатом обобщения международной практики в использовании гарантий по требованию явились Унифицированные правила для гарантий по требованию 1992 года (публикация МТП № 458)²⁷.

Из пункта 2 Правил следует, что они рассчитаны на широкое применение к любым гарантиям по требованию.

Учитывая международно-правовой характер гарантийных обязательств, урегулированных Унифицированными правилами, предусматривается также коллизионная привязка к праву места коммерческой деятельности гаранта (ст. 27), а в случае возникновения споров – правило об обращении в компетентный суд страны места коммерческой деятельности гаранта или инструктирующей стороны (ст. 28).

Представляет значительный интерес правовое регулирование, содержащееся в настоящее время в Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк 1995 г.)²⁸, разработанной Комиссией ООН по праву международной торговли.

Проведя краткий сравнительный анализ правового регулирования банковской гарантии в международных унифицированных актах и ГК, возможно сделать следующие выводы:

1. ГК не воспринял положения Унифицированных правил о перечне условий, которые рекомендуется включать в банковскую гарантию, а также требования к форме банковской гарантии. Представляется неоправданной практика не указания в тексте банковской гарантии наименования бенефициара и, как следствие, обязанность произвести исполнение на

²⁷ Унифицированные правила для гарантии по требованию / Издание Международной торговой палаты. – М.: Консалтбанкир. 2003.

²⁸ Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, 1997. - С 633.

основании требования лица, предъявившего подлинник банковской гарантии²⁹.

2. Унифицированные правила и Конвенция регулируют порядок внесения изменений в текст банковской гарантии и ответственность, которую несет гарант при изменении обязательства, не санкционированного принципалом. ГК не уделяет внимание данному вопросу.

3. ГК не воспринял нормы, касающиеся уменьшения суммы банковской гарантии, возможных частичных платежей по банковской гарантии, урегулированные Унифицированных правилах и Конвенции.

4. Представляется ограничением развитие банковской гарантии сложившаяся арбитражная практика, в соответствии с которой срок действия банковской гарантии должен быть не менее срока исполнения обеспеченного банковской гарантией обязательства. В этом отношении унифицированные акты содержат более гибкое регулирование, не признавая данное условие существенным и восполняя его отсутствие в банковской гарантии законодательным указанием сроков.

5. Отсутствие в ГК положений, имеющих в международных унифицированных актах, необходимо, по нашему мнению, восполнять или в судебно-арбитражной практике, или путем внесения соответствующих изменений в ГК.

²⁹ Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Выпуск 8 / под ред. Шиловостова О.Ю. – М.: Издательство НОРМА, 2004. - С. 260.

Заключение

Проанализировав такой способ обеспечения исполнения обязательств как гарантия, мы пришли к следующему: главной особенностью обеспечительных обязательств является присущее им свойство акцессорное; сделка, из которой возникает акцессорное обязательство, тоже своеобразна, в ее основании всегда лежит особый интерес (обеспечительный); ГК установил исключение из общего правила об акцессорности обеспечительных обязательств, введя понятие независимого обеспечительного обязательства, единственным примером которого сейчас является банковская гарантия.

Гарантия характеризуется существенной особенностью, отличающей ее от всех иных способов обеспечения обязательств: в отношении по обеспечению обязательств наряду с должником и кредитором основного обязательства вступает третье лицо, которое и обеспечивает обязательство. Любое соглашение об обеспечении обязательств может быть также нарушено должником, как и основное обязательство, участие же третьего лица является для должника дополнительной гарантией. Такое лицо, как правило, обладает стабильной платежеспособностью и имеет соответствующую репутацию, более того, у должника есть возможность решить, принимать ли такое лицо в роли поручителя или гаранта.

Что касается банковской гарантии, то в отличие от ранее действовавшего законодательства статья 368 ГК РФ выводит ее за рамки договора поручительства и определяет как самостоятельное обязательство гаранта уплатить денежную сумму по требованию бенефициара, которое вытекает из односторонней сделки – выдачи гарантии.

В ст. 368 ГК РФ не сказано, что договор между принципалом и гарантом о том, что по письменной просьбе принципала будет выдана гарантия, и причем самим гарантом, а не третьим лицом, должен быть. Однако, исходя из смысла отдельных статей ГК РФ, регулирующих банковскую гарантию такой договор должен быть.

Нет договора – нет и вознаграждения гаранту за выдачу гарантии. Наконец, гарант не сможет получить регрессные требования с принципала в полном объеме, покрыть свои образовавшиеся убытки.

Ответственность гаранта перед бенефициаром – это самостоятельная ответственность, которая проявляется в виде уплаты гарантом процентов за просрочку платежа, а сверх того и возможных убытков, если гарантией не предусмотрена иная ответственность.

Отметим, что проблема ответственности гаранта пока слабо развита в юридической науке. Между тем на практике эти вопросы возникают часто и вызывают значительные затруднения и споры.

ГК РФ не воспринял положения Унифицированных правил о перечне условий, которые рекомендуется включать в банковскую гарантию, а также требования к форме банковской гарантии.

Унифицированные правила и Конвенция регулируют порядок внесения изменений в текст банковской гарантии и ответственность, которую несет гарант при изменении обязательства, не санкционированного принципалом. ГК РФ не уделяет внимание данному вопросу.

ГК РФ не воспринял нормы, касающиеся уменьшения суммы банковской гарантии, возможных частичных платежей по банковской гарантии, урегулированные Унифицированных правилах и Конвенции.

Отсутствие в ГК РФ положений, имеющих в международных унифицированных актах, необходимо, по нашему мнению, восполнять или в судебной-арбитражной практике, или путем внесения соответствующих изменений в ГК РФ, так как более эффективными представляются нормы международного банковского права по гарантиям, сформулированные Международной торговой палатой и содержащиеся в Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк 1995 г.).

Список используемых источников

Нормативно- правовые акты

1. Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк 1995 г.) / Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, 1997. - С. 633.
2. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 21.07.2014 N 11-ФКЗ) // СЗ РФ. – 2014. - N 31. - Ст. 4398.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 29.12.2017) // СЗ РФ. - 05.12.1994. - № 32.- Ст. 3301.
4. Гражданский кодекс РФ (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. - 1996. - № 5. - Ст. 410.
5. Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СЗ РФ. - 2002. - № 30. - Ст. 3012.
6. Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 № 138-ФЗ // СЗ РФ. - 2002. - № 46. - Ст. 4532.
7. Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 г. № 145-ФЗ (ред. 04.06.2018 г.) // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 31.- Ст. 3823.
8. Федеральный закон от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ (ред. от 23.04.2018 г.) «О несостоятельности (банкротстве)» // Собрание законодательства РФ. - 2002. - № 43. - Ст. 4190.
9. Федеральный закон от 10.07.2002 г. № 86-ФЗ (ред. от 23.04.2018 г.) «О Центральном банке (Банке России)» // Собрание законодательства РФ. - 2002. - № 28. - Ст. 2790.

10. Федеральный закон от 16.07.1998 г. № 102-ФЗ (ред. от 31.12.2017 г.) «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 29. - Ст. 3400.
11. Федеральный закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ (ред. от 23.04.2018) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Собрание законодательства РФ. - 1998. - № 7.- Ст. 785.
12. Федеральный закон от 06.12.2011 N 402-ФЗ (ред. от 31.12.2017) "О бухгалтерском учете" // СЗ РФ. - 2011. - № 50. - Ст. 7344.
13. Федеральный Закон «О рынке ценных бумаг» от 22.04.96 № 39-ФЗ // СЗ РФ. - 1996. - № 17. - Ст. 1918.
14. Федеральный закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 23.04.2018) «Об акционерных обществах» // Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 1. - Ст. 1.
15. Федеральный закон от 02.12.1990 г. № 395-1 (ред. от 23.05.2018 г.) «О банках и банковской деятельности» // Собрание законодательства РФ. - 1996. - № 6. - Ст. 492.

Специальная литература

16. Аванесова Г. Применение банковской гарантии и договора поручительства в банковской практики // Хозяйство и право. - 1996. - № 7. - С. 9-12.
17. Азизов И.М. Договор банковской гарантии как средство обеспечения исполнения обязательства // Законодательство. 2015. № 1 (17). С. 61-64.
18. Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Выпуск 8 / под ред. Шиловостова О.Ю. – М.: Издательство НОРМА, 2004.- 448 с.
19. Арлашов А. Обеспечение банковской гарантией договоров о распоряжении интеллектуальными правами для государственных и муниципальных нужд // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики. Сборник материалов. 2017. С. 16-21.

20. Артемьева Ю.А. Некоторые аспекты применения независимой гарантии в РФ // Проблемы экономики и юридической практики . 2015. № 6. С. 48-51.
21. Глашев А.А. Условия недействительности договора поручительства // Законодательство. - 1999. - № 1. - С. 43-47.
22. Голокозова Е.Р., Гурнович Т.Г. Банковские гарантии уже давно играют важную роль не только на финансовом рынке, но и сфере малого и большого бизнесов // Научные открытия 2016 XII Международная научно-практическая конференция. Научный центр «Олимп». 2016. С. 287-290.
23. Гражданское право России: Курс лекций. Общая часть / М.И. Брагинский, В.В. Залесий, Н.И. Клейн и др.; Ин-т законодательства и сравнительного правоведения при правительстве РФ; под. ред. О.Н. Садикова. – М.: «Юристъ», 2001. – 779 с.
24. Гражданское право: Учебник. Т. 2. Полутом 1 / Витрянский В.В, Ем В.С., Зенин И.А. и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перер. и доп.. – М: Бек, 2000. – 682 с.
25. Григорьева А.В., Пикулин М.В., Тарасов Д.В. Использование банковских гарантий как механизма оптимизации сроков выполнения государственного оборонного заказа и федеральной космической программы // Проблемы экономики и юридической практики . 2016. № 6. С. 70-73.
26. Гришина Я.С. Публичная гарантия как правовое средство имущественной поддержки и обеспечения обязательства по банковскому кредиту субъекта социального предпринимательства // Банковское право. 2015. № 5. С. 16-22.
27. Гуев А.Н. Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. – М.: ИНФРА-М, 2004. – 457 с.
28. Гусаков И.Ю. Банковские гарантии в системе государственных закупок // Интеллектуальные ресурсы - региональному развитию. 2016. Т. 1. № 1. С. 51-54.

29. Евдокимов А.В. Гарантия как независимый способ обеспечения исполнения обязательств // Судебная практика в Западной Сибири . 2014. № 4. С. 50-65.
30. Егоров А.В. Гарант просрочил выплату по гарантии. когда можно взыскать с него проценты по статье 395 ГК РФ // Арбитражная практика для юристов. 2016. № 5. С. 28-36.
31. Еремычева И.И., Ермаков С.Л. Банковская гарантия. Эволюция и перспективы // Право и экономика. - 2003. - № 10. - С. 12.
32. Еремычева И.И., Ермаков С.Л. Правовое регулирование и виды банковских гарантий // Право и экономика . - 2003. - № 12. - С 24-28.
33. Ерохин В.М. Банковская гарантия уплаты авансового платежа акциза на алкоголь // Закон и право. 2012. № 10. С. 103-105.
34. Завидов Б.Д. Договор банковской гарантии // Право и экономика. - 1999. - № 1. - С. 17-21.
35. Завидов Б.Д. Договор поручительства // Хозяйство и право. - 1997. - № 12. - С. 19-22.
36. Звягинцева М.А. Правовая природа поручительства // Журнал российского права. - 1999. - № 9. - С. 124-129.
37. Исаханов Р.Р. К вопросу о банковской гарантии // Инновационные механизмы решения проблем научного развития: сборник статей международной научно-практической конференции: в 4 частях. 2016. С. 110-113.
38. Каганцов Я.М. Права поручителя, исполнившего обязательство // Законодательство. - 2002. - № 8. - С. 33-39.
39. Каменева К.О., Садчиков М.Н. Банковская гарантия // Научная дискуссия: вопросы юриспруденции. 2017. № 1 (52). С. 6-10.
40. Капица Л.С. Банковская гарантия как категория акцессорных обязательств // Теоретические и практические аспекты развития современной цивилистической науки. Сборник научных трудов. Под редакцией Бельгисовой К.В., Петрова И.В.. Краснодар, 2014. С. 39-42.

41. Киреев А. «Несолидарный» банк-гарант // *эж-ЮРИСТ*". - 2007. - № 27. - С. 6-9.
42. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой, второй, третьей (постатейный) с постатейными материалами. Автор комментариев и составитель Борисов А.Б. Изд-е перер. и дополн. – М.: Книжный мир, 2003. – 1159 с.
43. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный). Издание 2-е, испр. и доп. С использованием судебной практики / Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор доктор юр. наук, профессор О.Н. Садилов. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА –М, 2004. - С. 1067.
44. Косарев Е.С. Кредитор выбрал банковскую гарантию в качестве обеспечения. Пять возможных рисков и способы свести их к нулю // *Арбитражная практика для юристов*. 2016. № 9. С. 86-91.
45. Лазарева В.О. Правовые проблемы получения банковских гарантий // *Актуальные проблемы современного права и политики*. - 2014. - С. 108-109.
46. Лазарева Т. Банковская деятельность во внешнеэкономической деятельности // *Право и экономика*. - 1999. - № 2. - С. 69-71.
47. Павлович Я. Независимость или абстрактность // *Эж – ЮРИСТ*. - 2004. - № 24. - С. 22-27.
48. Поздеева Д. Нюансы банковской гарантии // *Консультант*. – 2007. - № 9. – С. 31.
49. Сарбаш С.В. Проблема сопоручительства в российском гражданском праве // *Законодательство*. - 1999. - № 7. - С. 36-41.
50. Свит Ю.П. О применении банковской гарантии в гражданском обороте // *Законы России: опыт, анализ, практика*. – 2006. - № 6. - С. 52-57.
51. Соболева Н. Срок банковской гарантии // *Эж – ЮРИСТ*. - 2005. - № 18. - С. 11- 17.
52. Унифицированные правила для гарантии по требованию / Издание Международной торговой палаты. – М.: Консалтбанкир, 2013.

53. Хохлов В.А. Смерть должника по кредитному договору и ее влияние на отношения поручительства // Законодательство. - 2007. - № 9. – С. 43-47.
54. Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права (по изд. 1907 г.). - М.: Статут, 1995. – 556 с.

Материалы судебной практики

55. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8.10.98 № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами» (с изм. от 4.12.2000) // Вестник Высшего Арбитражного Суда. -1998. - № 11.
56. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ и Пленума Верховного Суда РФ № 4/8 от 04.04.97 г. «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об Акционерных обществах» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 1997. - № 6.
57. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.01.98 № 28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса РФ о поручительстве» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 1998. - № 3.
58. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15.01.1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса РФ о банковской гарантии» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 1998. - № 3.