

На правах рукописи

Соболева Наталья Владимировна

**БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ КАК СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ
ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ И ПРАКТИКА ЕЕ ПРИМЕНЕНИЯ
В БАНКОВСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право;
предпринимательское право; семейное право;
международное частное право

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Томск - 2005

Работа выполнена на кафедре гражданского права Юридического института Томского государственного университета.

Научный руководитель: кандидат юридических наук, доцент
Чернов Виктор Михайлович

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, доцент
Кузьмина Ирина Дмитриевна
кандидат юридических наук, доцент
Сорокина Светлана Яковлевна

Ведущая организация: Омский государственный университет

Защита состоится 01 июля 2005 в 12 часов на заседании диссертационного совета Д. 212.267.02 при Томском государственном университете по адресу: 634050, г. Томск, Московский тракт, 8, 4 корп. ТГУ, ауд. 111.

С диссертацией можно ознакомиться в Научной библиотеке Томского государственного университета.

Автореферат разослан «_27_» мая 2005 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета
доктор юридических наук, профессор

Елисеев С.А.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования

Банковская гарантия является достаточно новым для Российской Федерации способом обеспечения исполнения обязательств. В 2005 году исполняется 10 лет с момента вступления в силу части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. В течение указанного срока на территории России действуют нормы о банковской гарантии, впервые введенные Гражданским кодексом.

С одной стороны, десятилетний срок применения новых правовых норм является небольшим для того, чтобы в полной мере осмыслить и использовать заложенный в них потенциал. С другой стороны, истекший период времени позволяет подвести первые итоги сложившейся практики применения соответствующих правовых норм, оценить состояние научной разработанности проблем банковской гарантии, наметить пути дальнейшего развития института банковской гарантии в России, выявить подходы судебной практики при разрешении споров, связанных с применением банковской гарантии.

Поскольку банковская гарантия существует в отечественной практике сравнительно недавно, в настоящее время она еще не получила должного распространения во внутреннем хозяйственном обороте. Однако потребность в данном экономическом и правовом инструменте объективно существует и связана она с постепенным экономическим ростом в России. По данным судебно-арбитражной статистики количество дел по гарантии, рассмотренных арбитражными судами в РФ, возросло в 2003 году в 3 раза по сравнению с предыдущим годом, что свидетельствует об увеличении практического применения гарантии.

Банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства). Применение банковской гарантии как финансового

инструмента является актуальным в тех случаях, когда предпринимателям для осуществления бизнес-проекта не нужен кредит как таковой, а необходима уверенность в том, что банк предоставит денежные средства на погашение обязательств должника в случае возникновения проблем. При этом ценность именно конструкции банковской гарантии заключается в независимости платежного обязательства гаранта от основного обязательства между принципалом и бенефициаром.

Несмотря на постоянное развитие науки гражданского права в области исследования способов обеспечения исполнения обязательств, в общем, и банковской гарантии, в частности, в настоящее время как в науке, так и в правоприменительной практике остаются неразрешенными многие проблемные вопросы банковской гарантии. На практике это приводит к осторожному принятию банками решений о выдаче гарантий, так как предусмотренная Гражданским кодексом конструкция достаточно жестка по отношению к гаранту.

Основной проблемой гарантии является согласование, компромисс интересов кредитора, должника и третьего лица (...гаранта) при доминирующем положении кредитора¹.

Особенности содержания банковской гарантии, а также порядок удовлетворения требований по ней делают ее одним из самых надежных и привлекательных для кредитора способов обеспечения исполнения обязательств. При этом обычно неучтенными остаются интересы гаранта, не рассматривается детально юридическая и экономическая заинтересованность банков (страховых организаций) в выдаче гарантий. Так как любая хозяйственная операция (акт производства) представляет собой единство правового и экономического отношений, то важно исследовать институт банковской гарантии и с правовой точки зрения, и с

¹ Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения // Хозяйство и право, 1996, № 1. С. 64.

экономической, выявить механизм влияния правовой конструкции на экономическую, и наоборот.

Комплексный научный подход должен выражаться не только в детальном исследовании юридической природы отношений, возникающих в связи с выдачей банковской гарантии, но и в соотнесении ее с экономическими реалиями российского хозяйственного оборота. Только такой подход позволит выработать конкретные научно-обоснованные рекомендации по практическому применению норм о банковской гарантии (как для экономических субъектов, так и для правоприменительной практики), чтобы получить качественный и востребованный продукт на рынке финансовых услуг.

В науке гражданского права исследованием проблем банковской гарантии занимались такие ученые, как В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, Л.Г. Ефимова, О.М. Олейник, Е.А. Павлодский и другие. Вопросам банковской гарантии были посвящены кандидатские диссертации Г.А. Аванесовой в 1999 году, Ю.В. Петровского в 2001 году, Л.А. Бирюковой в 2003 году.

Однако многие теоретические и практические вопросы, касающиеся экономической природы банковской гарантии, эффективности ее применения, прав и обязанностей гаранта и принципала по соглашению о предоставлении гарантии и ряд других изучены и освещены далеко не полностью. В связи с этим дальнейшее исследование проблем банковской гарантии в настоящее время представляется актуальным и практически значимым и предполагает выход за пределы вопросов, исследованных в предшествующих работах.

Эти и другие проблемы правового регулирования банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств, а также практики ее применения в банковской деятельности и обусловили выбор темы диссертации, необходимость ее специального исследования.

Цель и задачи диссертационного исследования

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

Исходя из цели исследования, в диссертации решаются следующие задачи:

1. Определение экономической и правовой природы банковской гарантии.
2. Сравнительное исследование института банковской гарантии со смежными институтами гражданского права (поручительство, кредит, страхование, аккредитив).
3. Выявление правовой природы соглашения о предоставлении банковской гарантии, оформляющего отношения гаранта и принципала, связанные с выдачей банковской гарантии.
4. Исследование юридической конструкции банковской гарантии как односторонней сделки гаранта (в частности, субъекта, формы, порядка выдачи, содержания).
5. Анализ особенностей исполнения обязательства гаранта, возникающего из банковской гарантии (гарантийного обязательства).
6. Анализ общих и специальных оснований прекращения гарантийного обязательства.
7. Анализ банковской практики осуществления операций по выдаче банковских гарантий и обоснование экономических и правовых рекомендаций по повышению эффективности применения банками этого правового института.

Методологическая и теоретическая основа исследования

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

Теоретическую базу исследования составили труды таких ученых-юристов и ученых-экономистов, как С.С. Алексеев, Г.А. Аванесова, М.М. Агарков, В.А. Белов, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, К. Гавальда, Б.М. Гонгало, Л.Г. Ефимова, О.С. Иоффе, Р.И. Каримуллин, В.В. Кресс, О.И. Лаврушин, М.И. Лещенко, Д.И. Мейер, И.Б. Новицкий, Л.А. Новоселова, О.М. Олейник, Е.А. Павлодский, Ю.В. Петровский, И.А. Покровский, Роуз Питер С., О.Н. Садиков, С.В. Сарбаш, О.М. Свириденко, С.Я. Сорокина, Ж. Стуфле, Е.А. Суханов, Ю.К. Толстой, Г.А. Тосунян, В.М. Усоскин, Т.А. Фаддеева, В.М. Хвостов, Б.Б. Черепакхин, Г.Ф. Шершеневич и др.

При подготовке диссертации по теме работы были изучены материалы опубликованной и неопубликованной арбитражно-судебной практики, банковские правила (акты Центрального Банка России и внутренние локальные акты банков) и банковская практика.

Объект и предмет исследования

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

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

гарантии (значение, правовая природа, содержание обязательства, возникающего из соглашения).

Научная новизна диссертационного исследования

Научная новизна работы заключается в следующих положениях и выводах, выносимых на защиту:

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

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

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

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

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

Первая стадия является обязательной и характеризуется сходством с договором страхования. Вторая стадия является альтернативной, так как ее наступление зависит от предъявления бенефициаром требования к гаранту, эта стадия представляет собой реализацию принятого гарантом кредитного риска и имеет много общего с кредитным договором. В диссертации обосновывается вывод о необходимости закрепления в Гражданском кодексе субсидиарного применения соответствующих норм о договоре страхования и кредитном договоре к соглашению о предоставлении банковской гарантии, если такое применение не противоречит нормам о банковской гарантии и существу данного соглашения.

4. Помимо обязанности гаранта по выдаче банковской гарантии, из соглашения о предоставлении банковской гарантии возникает также обязанность гаранта перед принципалом об уплате денежных средств бенефициару по банковской гарантии. Сущность этой обязанности состоит в целевом кредитовании принципала, цель которого заключается в погашении обязательства принципала перед бенефициаром в части выплаченной гарантом суммы. Исполнение гарантом обязанности по уплате денежных средств является основанием возникновения регрессного требования гаранта к принципалу. Указанная обязанность гаранта перед принципалом не является денежным обязательством (в отличие от обязанности гаранта перед бенефициаром), поэтому гарант несет ответственность за ее неисполнение в форме возмещения убытков и неустойки, если она предусмотрена соглашением о предоставлении гарантии.

5. Несмотря на легальное наименование требования гаранта к принципалу как «регрессного» требования, по своей правовой природе

данное требование не является регрессным (обратным), поскольку возникает из соглашения о предоставлении банковской гарантии и определяется условиями существующего между гарантом и принципалом обязательства, т.е. не является производным от обязательства гаранта перед бенефициаром (гарантийного обязательства). По своей правовой природе требование гаранта к принципалу представляет собой требование о возврате целевого кредита.

6. В диссертации обосновывается и оправдывается законодательное ограничение круга субъектов, которые могут выдавать банковские гарантии, поскольку оно обусловлено следующими причинами:

- экономической природой банковской гарантии как инструмента по передаче кредитного риска;
- наличием организаций (кредитных, страховых), специализирующихся в сфере оценки и несения экономических рисков;
- наличием системы государственного контроля за деятельностью кредитных и страховых организаций с целью обеспечения их устойчивости и платежеспособности.

Указанные ограничения приводят к тому, что осуществлять операции по выдаче банковских гарантий могут только организации, финансовая устойчивость и платежеспособность которых находятся под контролем государства. Эти меры направлены на повышение эффективности банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств.

7. Несоблюдение письменной формы банковской гарантии влечет ее недействительность несмотря на отсутствие прямого указания закона. П. 1 ст. 162 ГК, согласно которому несоблюдение письменной формы лишает стороны в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства, не подлежит применению к односторонним сделкам вообще и к банковской гарантии, в частности.

8. Срок банковской гарантии не зависит от срока основного обязательства между принципалом и бенефициаром. Срок банковской гарантии может быть как меньше, так и больше либо равен сроку исполнения основного обязательства.

9. Диссертантом впервые был проведен расчет экономической эффективности использования банковской гарантии в сравнении с прямым кредитованием. Экономическая эффективность использования гарантии зависит, в первую очередь, от ставок вознаграждения, взимаемого гарантом за выдачу банковской гарантии. При этом экономически обоснованной является такая ставка вознаграждения, которая отвечает следующим условиям:

- обеспечивает необходимую прибыль гаранта с учетом степени принимаемого риска;
- совместно с другими расходами принципала, связанными с получением гарантии, не превышает процентных ставок по реальным кредитам.

Теоретическая и практическая значимость исследования

Практическая и теоретическая значимость диссертации заключается в возможности использования содержащихся в ней положений, выводов, рекомендаций для совершенствования действующего гражданского законодательства, в дальнейшей научной разработке проблем банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств, в учебном процессе высших учебных заведений при изучении гражданского права, а также в правоприменительной и банковской практике.

Апробация результатов исследования

Работа подготовлена на кафедре гражданского права Юридического института Томского государственного университета, где проведено ее рецензирование и обсуждение. Основные положения диссертации доложены на межрегиональных конференциях в 2003-2005г.г. в ТГУ, отражены в опубликованных автором статьях. Результаты исследования используются автором в практической деятельности ЗАО КБ «Движение» (г. Томск).

Структура диссертации

Структура работы определяется целью и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, четырех глав, списка использованной литературы. В качестве приложений оформлены описание и результаты проведенных автором расчетов эффективности практического использования банковской гарантии.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДИССЕРТАЦИИ

Во введении обосновывается актуальность темы диссертации, определяется ее цель и задачи, методологические и теоретические основы, кратко формулируется сущность проблемы, новизна полученных результатов, положения, выносимые на защиту, их теоретическая и практическая ценность, характеризуется апробация диссертационной работы, ее структура.

Первая глава, «Понятие, экономическая и правовая природа банковской гарантии», состоит из трех параграфов и посвящена вопросам экономической и юридической природы банковской гарантии.

В первом параграфе, «История возникновения банковской гарантии в России и зарубежный опыт ее применения», рассмотрены основные этапы истории развития института банковской гарантии в России и за рубежом. Банковская гарантия является новым для Российской Федерации способом обеспечения исполнения обязательств, впервые введенным в отечественное гражданское право ч. 1 Гражданского кодекса РФ 1994 г.

Институт гарантии возник в международном обороте, в котором и обрел заслуженную популярность. Нормы новейшего гражданского законодательства России, посвященные банковской гарантии, были разработаны на основе Унифицированных правил для гарантий по первому требованию, изданных Международной Торговой палатой в 1992 году.

В работе дан сравнительный анализ новейшего гражданского законодательства России и стран бывшего СССР, который показал, что законодательство стран бывшего СССР, в основном, копирует соответствующие нормы ГК РФ о банковской гарантии. Существенные отличия от российской модели наблюдаются в законодательстве Казахстана и Республики Беларусь.

Второй параграф. «Характеристика банковской гарантии как одного из способов обеспечения исполнения обязательств», посвящен непосредственно исследованию экономической и правовой природы банковской гарантии, выявлению механизма влияния экономической конструкции на правовую, и наоборот.

В работе обосновывается вывод о том, что по своей экономической природе банковская гарантия является кредитной операцией банка-гаранта (так называемым гарантийным кредитом) и представляет собой один из способов передачи кредитного риска. Отнесение выдачи банковской гарантии к классу кредитных операций оправдано в том смысле, что банк принимает в этой форме кредитный риск бенефициара на свою ответственность. В данном случае речь идет именно о кредитном риске бенефициара, так как банк гарантирует уплату определенной денежной суммы, а не выполнение конкретной работы или оказание услуги вместо принципала по основному договору.

Представляется, что такая экономическая конструкция в целом соответствует правовой природе банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств. Способами обеспечения исполнения обязательств, как правило, считаются установленные законом или договором обеспечительные меры имущественного характера, стимулирующие должника к исполнению обязательства и гарантирующие защиту имущественного интереса кредитора. Банковская гарантия, обеспечивающая перевод кредитного риска бенефициара (кредитора) на гаранта (третье лицо), тем самым гарантирует защиту имущественного интереса кредитора.

Обеспечительная сущность банковской гарантии заключается также и в том, что исполнение гарантом обязательства по уплате денежных средств бенефициару погашает основное обязательство принципала перед бенефициаром в соответствующей части.

В ст. 370 ГК закреплён принцип независимости банковской гарантии от основного (обеспечиваемого) обязательства. Принцип независимости гарантийного обязательства является центральным звеном юридической конструкции банковской гарантии, а потому проявляется практически во всех аспектах отношений, возникающих при выдаче банковской гарантии. Тем не менее, в практике встречаются случаи, когда принцип независимости гарантийного обязательства не действует. В частности, судебная практика при определенных обстоятельствах допускает отказ в удовлетворении требований бенефициара на основании ст. 10 ГК (злоупотребление правом).

Тем не менее, возможность применения ст. 10 ГК к недобросовестному бенефициару не меняет существа и содержания принципа независимости банковской гарантии. Во-первых, банковскую гарантию нельзя признать акцессорным обязательством в силу прямого указания закона. Во-вторых, применение ст. 10 ГК не устанавливает зависимость гарантийного обязательства от судьбы основного обязательства.

Применение ст. 10 ГК для отказа бенефициару обусловлено исключительно недобросовестным поведением бенефициара, а не судьбой основного обязательства. Это означает, что право требования бенефициара к гаранту, как и любое другое субъективное право требования, не безгранично и не должно выходить за рамки его добросовестной реализации. Поэтому одним из условий применения ст. 10 ГК является осведомленность бенефициара о собственной недобросовестности в момент предъявления требования гаранту. Т.е. даже если основное обязательство было исполнено надлежащим образом, о чем бенефициар не знал на момент предъявления

требования, такое требование подлежит удовлетворению гарантом. Таким образом, случаи отказа бенефициару в удовлетворении его требования на основании ст. 10 ГК не противоречат принципу независимости гарантийного обязательства и не являются исключением из него.

Третий параграф, «Соотношение банковской гарантии со смежными институтами гражданского права», содержит сравнительный анализ института банковской гарантии с иными смежными институтами гражданского права: способами обеспечения исполнения обязательств (в особенности, с поручительством); кредитованием; страхованием; аккредитивной формой расчетов.

Банковская гарантия обладает определенной спецификой по сравнению со всеми остальными способами обеспечения исполнения обязательств, предусмотренными гл. 23 ГК. Эта специфика заключается, главным образом, в независимости банковской гарантии от основного (обеспечиваемого) обязательства, в то время как общим правилом для всех остальных способов является их акцессорный (дополнительный) характер по отношению к основному обязательству. По своей правовой конструкции банковская гарантия наиболее близка к такому способу обеспечения исполнения обязательств, как поручительство, предусмотренное пар. 5 гл. 23 ГК РФ. Общая черта банковской гарантии и поручительства заключается в том, что особенностью их юридической конструкции является привлечение к обеспечению исполнения обязательства третьего лица (поручителя, гаранта) с целью защиты имущественных интересов кредитора.

В связи с тем, что по своей экономической природе банковская гарантия относится к классу кредитных операций банка, является инструментом передачи кредитного риска, автор останавливается подробно на сравнительном анализе прямого кредитования и операций по выдаче банковских гарантий. Главным отличием кредитования от банковской гарантии, определяющим различную экономическую и правовую природу этих институтов, является порядок предоставления реальных денежных

средств банком клиенту. В отличие от непосредственного кредитования, банковская гарантия представляет собой так называемый гарантийный кредит, существо которого заключается в «обещании» банка предоставить принципалу кредит при наступлении определенных условий (предъявлении требования бенефициаром).

Поскольку банковская гарантия является способом обеспечения исполнения обязательств, при котором гарант принимает на себя кредитный риск бенефициара, то ее можно сравнить со страхованием договорной ответственности, например, ответственности заемщика за невозврат денежных средств по кредитному договору. В настоящее время страхование договорной ответственности заемщика по возврату кредита в пользу банка не допускается. Поэтому институт банковской гарантии может заменить данный вид страхования по своему экономическому эффекту, как для банка-кредитора, так и для страховщика, тем более что страховые организации имеют право выдавать банковские гарантии.

Как показывает международная практика, режим банковской гарантии имеет много общего с аккредитивной формой расчетов. В юридической литературе часто встречаются высказывания о том, что аккредитивная форма расчетов по договору выступает в качестве еще одного способа обеспечения исполнения обязательств, предусмотренного законом. Принципиальное отличие аккредитивной формы расчетов от банковской гарантии заключается в том, что банковская гарантия выдается на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения принципалом основного обязательства перед бенефициаром. Напротив, аккредитив рассчитан на нормальное развитие обязательства между плательщиком и получателем средств. Особой разновидностью аккредитива является резервный аккредитив, возникший в банковской практике США ввиду запрета на выдачу гарантий американскими банками. По своей сути резервный аккредитив является аналогом независимых банковских гарантий, применяемых в странах Европы. Об этом свидетельствует и принятие

Конвенции ООН «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах» 1995 г., предусматривающей единое правовое регулирование институтов гарантии и резервного аккредитива.

Во второй главе, «Регулирование отношений гаранта и принципала, возникающих при выдаче банковской гарантии», состоящей из трех параграфов, исследуются вопросы понятия, значения, правовой природы и содержания соглашения о предоставлении банковской гарантии, заключаемого между гарантом и принципалом.

В первом параграфе, «Понятие, правовая природа, предмет соглашения о предоставлении банковской гарантии», рассматривается понятие, значение и правовая природа соглашения о предоставлении банковской гарантии как основания возникновения гарантийных отношений между гарантом и принципалом.

Заключение соглашения о предоставлении банковской гарантии является необходимой стадией процесса выдачи банковской гарантии. О том, что гарант и принципал вступают в отношения друг с другом до момента выдачи гарантии, свидетельствует положение ст. 368 ГК, в соответствии с которым для получения банковской гарантии принципал должен обратиться с просьбой о ее выдаче к гаранту. Просьба принципала представляет собой оферту, направляемую гаранту для заключения соглашения о выдаче банковской гарантии. Для удовлетворения требованиям закона эта оферта должна содержать существенные условия соглашения о предоставлении банковской гарантии (п. 1 ст. 435 ГК). Заключение соглашения возможно как в форме подписания сторонами единого документа, так и в форме непосредственной выдачи банковской гарантии гарантом в ответ на оферту принципала. В обоих случаях письменная форма соглашения считается соблюденной (п. 1 ст. 160, п. 2, п. 3 ст. 434 ГК). Однако несоблюдение письменной формы соглашения не влечет его недействительности, к такому соглашению подлежит применению правило п. 1 ст. 162 ГК.

Банковская гарантия является абстрактной сделкой, поэтому несмотря на то, что соглашение о предоставлении гарантии является основанием возникновения обязательства по выдаче банковской гарантии, пороки соглашения или неисполнение его условий сторонами не оказывают влияния на судьбу гарантийного обязательства, возникающего из банковской гарантии. Банковская гарантия зависит от соглашения о ее предоставлении до момента ее выдачи, так как именно соглашением гаранта с принципалом определяются условия подлежащей выдаче банковской гарантии. Ввиду абстрактности банковской гарантии с момента выдачи ее связанность с соглашением о предоставлении гарантии и его условиями прекращается.

Гарант имеет право предъявить регрессное требование к принципалу даже при отсутствии письменного соглашения о предоставлении банковской гарантии. Поскольку банковская гарантия выдается по просьбе принципала и, как отмечалось, заключение соглашения о предоставлении гарантии является обязательным и всегда предшествует выдаче гарантии, право регресса гаранта к принципалу (как и все остальные права и обязанности гаранта и принципала) возникает из соглашения о предоставлении банковской гарантии. Однако несоблюдение письменной формы указанного соглашения не влечет автоматического непризнания за гарантом права регресса, так как соглашение в этом случае не является недействительным.

В случаях, когда соглашение о предоставлении банковской гарантии между сторонами не заключалось либо признано недействительным, у гаранта отсутствуют договорные основания для предъявления права требования к принципалу о возврате денежных средств, уплаченных по банковской гарантии. В этих случаях гарант может руководствоваться нормами ГК о неосновательном обогащении при условии, что докажет, что исполнение гарантийного обязательства привело к погашению обязательства принципала перед бенефициаром, а, следовательно, и неосновательному обогащению принципала за счет гаранта.

Автором предложено следующее определение соглашения о предоставлении банковской гарантии: *по соглашению о предоставлении банковской гарантии гарант обязуется перед принципалом выдать письменное обязательство об уплате денежных средств кредитору принципала (бенефициару) – банковскую гарантию, в качестве обеспечения исполнения обязательств принципала перед бенефициаром, в сумме и на срок, определенных соглашением, а принципал обязуется уплатить вознаграждение за выдачу банковской гарантии.*

В диссертации обосновывается понимание автором правовой природы соглашения о предоставлении банковской гарантии как смешанного договора, включающего в себя элементы договора страхования и кредитного договора. Соглашение о предоставлении гарантии проходит две стадии своего развития:

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

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

Первая стадия развития соглашения о предоставлении гарантии является обязательной и характеризуется сходством с договором страхования. Вторая стадия является альтернативной, она представляет собой реализацию принятого гарантом кредитного риска и имеет много общего с кредитным договором.

Второй параграф, «Права и обязанности гаранта по соглашению о предоставлении банковской гарантии. Ответственность гаранта», посвящен правам и обязанностям гаранта по соглашению о предоставлении банковской гарантии, ответственности гаранта перед принципалом.

Поскольку права и обязанности гаранта и принципала по соглашению о предоставлении гарантии являются корреспондирующими друг другу, то в

работе подробно исследованы обязанности сторон и ответственность за их нарушение, имея в виду, что другой стороне принадлежат соответствующие права.

Исходя из определения соглашения о предоставлении гарантии, а также руководствуясь нормами ГК о страховании и кредитном договоре, применимыми к соглашению, автором были выделены основные обязанности гаранта по соглашению о предоставлении гарантии.

Главной обязанностью гаранта является обязанность по выдаче банковской гарантии. Существо этой обязанности состоит в том, чтобы гарант принял на себя кредитный риск бенефициара, выдав обязательство об уплате денежных средств в пользу последнего. Надлежащим исполнением указанной обязанности является выдача банковской гарантии установленной формы, на соответствующие срок, сумму, с указанием надлежащих наименований принципала и бенефициара. Обязанность гаранта по выдаче гарантии состоит не только в том, чтобы выдать письменное обязательство – банковскую гарантию, но и гарантировать возможность ее исполнения при предъявлении надлежащим образом оформленного требования бенефициара. Ответственность гаранта за нарушение обязанности по выдаче гарантии возможна в форме возмещения убытков и взыскания неустойки, если последняя предусмотрена договором (ст. 393, ст. 394 ГК).

Выплата денежных средств по банковской гарантии является важнейшей обязанностью гаранта не только перед бенефициаром, но и перед принципалом по соглашению о предоставлении гарантии. Ее исполнение служит основанием для истребования денежных средств с принципала и влечет за собой начало начисления процентов на выплаченную денежную сумму. Обязанность гаранта перед принципалом по уплате денежных средств по банковской гарантии представляет собой обязанность по фактическому кредитованию принципала, так как уплата денежных средств по гарантии прекращает обязательство принципала перед бенефициаром, с одной стороны, и является основанием возникновения обязательства

принципала перед гарантом по удовлетворению регрессного требования гаранта, возникающего из соглашения о предоставлении гарантии, с другой стороны.

Указанная обязанность гаранта перед принципалом не является денежным обязательством, так как существо денежного обязательства состоит в передаче денежных средств в погашение долга. В данном случае исполнение гарантом обязанности по уплате денежных средств не погашает долг гаранта перед принципалом, а, наоборот, создает денежный долг принципала перед гарантом. За неисполнение этой обязанности гарант должен нести ответственность перед принципалом в форме возмещения убытков, если принципал докажет возникновение убытков вследствие неисполнения обязанности гаранта по уплате денежных средств.

Кроме отмеченных, гарант несет перед принципалом некоторые обязанности информационного характера, а также иные обязанности, которые могут быть предусмотрены соглашением сторон.

В третьем параграфе, «Права и обязанности принципала по соглашению о предоставлении банковской гарантии. Ответственность принципала», исследуются права и обязанности принципала по соглашению о предоставлении банковской гарантии, ответственность принципала перед гарантом.

Обязанности принципала, вытекающие из соглашения о предоставлении гарантии, в основном, определяются уплатой вознаграждения за выдачу гарантии и удовлетворением регрессного требования гаранта. Соглашением могут быть предусмотрены и другие обязанности принципала, например, обязанность по предоставлению обеспечения.

Уплата вознаграждения является неременной обязанностью принципала, вытекающей из соглашения о предоставлении гарантии. Стороны не могут предусмотреть в своем соглашении безвозмездную выдачу гарантии, так как это условие противоречит императивной норме п. 2 ст. 369 ГК, а потому является ничтожным на основании ст. 168 ГК.

Обязанность принципала удовлетворить регрессное требование гаранта возникает из самого факта заключения соглашения о предоставлении гарантии, независимо от того, содержится ли условие об этом в тексте соглашения. Диссертантом был сделан вывод о том, что несмотря на легальное наименование требования гаранта к принципалу как «регрессного» правовая природа указанного требования не соответствует природе регрессных обязательств по следующим причинам.

1. Удовлетворение гарантом требования бенефициара не зависит от вины принципала (ее наличия либо отсутствия), а зависит только от правильного оформления бенефициаром своего требования в соответствии с условиями гарантии.

2. Заключенное между гарантом и принципалом соглашение о предоставлении банковской гарантии является прямым основанием предъявления требования к принципалу. Поскольку у гаранта к принципалу существует прямое требование, то исключается предъявление регрессного требования по одному и тому же основанию.

3. Требование гаранта к принципалу не является производным от гарантийного обязательства, так как возникает из соглашения о предоставлении банковской гарантии. Момент его возникновения также определяется соглашением гаранта и принципала, и может не совпадать с моментом уплаты денежных средств по банковской гарантии.

4. Объем требования гаранта к принципалу не ограничен рамками суммы, уплаченной гарантом бенефициару по гарантийному обязательству. Закон допускает как увеличение, так и уменьшение соглашением сторон суммы требования гаранта по сравнению с суммой исполненного гарантийного обязательства (п. 2 ст. 379 ГК).

Выплата денежных средств по банковской гарантии представляет собой целевое кредитование принципала гарантом, цель которого заключается в удовлетворении гарантом предъявленного в соответствии с условиями гарантии требования бенефициара. Таким образом, требование гаранта к

принципалу по возмещению денежных средств, уплаченных по банковской гарантии, по своей правовой природе является требованием о возврате кредита.

В третьей главе, «Банковская гарантия как сделка. Обязательство, возникающее из банковской гарантии», состоящей из четырех параграфов, исследуются элементы банковской гарантии как односторонней сделки гаранта, а также вопросы обязательства, возникающего из банковской гарантии.

Первый параграф, «Гарант – субъект банковской гарантии», посвящен анализу существующего законодательного решения об установлении специального субъектного состава банковской гарантии.

В соответствии со ст. 368 ГК в качестве гаранта могут выступать только банк (иная кредитная организация) или страховая организация. Право выдачи банковской гарантии предоставлено специализированным организациям, в сферу деятельности которых входит профессиональная оценка экономических рисков в коммерческом обороте.

Представляется, что ограничение круга субъектов по банковской гарантии обусловлено следующими причинами:

- экономической природой банковской гарантии как инструмента по передаче кредитного риска;
- наличием организаций (кредитных, страховых), специализирующихся в сфере оценки и несения экономических рисков;
- наличием системы государственного контроля за деятельностью кредитных и страховых организаций с целью обеспечения их устойчивости и платежеспособности.

В конечном итоге указанные ограничения приводят к тому, что осуществлять операции по выдаче банковских гарантий могут только организации, финансовая устойчивость и платежеспособность которых

находятся под контролем государства. Эти меры направлены на повышение эффективности банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств. Ограничение круга субъектов, имеющих право выдавать гарантии, является одним из элементов юридической конструкции банковской гарантии, обеспечивающих ее надежность.

Во втором параграфе, «Форма банковской гарантии» рассматриваются требования к оформлению банковской гарантии. В соответствии со ст. 368 ГК банковская гарантия представляет собой письменное обязательство гаранта, т. е. она должна быть совершена в простой письменной форме.

В отличие от норм, регулирующих отношения по поручительству, неустойке, залогу, которые определяют, что несоблюдение формы договора о применении этих способов обеспечения влечет его недействительность, для банковской гарантии такие последствия несоблюдения формы законом прямо не предусмотрены. Тем не менее, существо банковской гарантии как односторонней сделки позволяет сделать вывод о том, что несоблюдение письменной формы влечет ее недействительность.

Представляется, что п. 1 ст. 162 ГК (о возможности доказывания наличия и условий сделки) не применим к односторонним сделкам вообще и к банковской гарантии, в частности. Вызывает сомнения сама возможность спора по поводу наличия и условий односторонней сделки, поскольку единственная ее сторона точно знает, совершалась ли сделка и каковы были ее условия. Так как для совершения односторонней сделки достаточно волеизъявления только одной стороны, то если эта сторона утверждает, что сделки не было, доказать обратное при отсутствии письменной формы сделки невозможно. Таким образом, если законом для односторонней сделки предусмотрена письменная форма, то ее несоблюдение влечет недействительность такой односторонней сделки.

В третьем параграфе, «Содержание банковской гарантии» исследуются условия банковской гарантии, составляющие ее содержание.

В диссертации обосновывается следующий перечень существенных условий банковской гарантии, без определения которых в тексте гарантии она должна считаться невыданной: наименование принципала; наименование бенефициара; наименование гаранта; сумма гарантии; срок, на который выдана гарантия.

В юридической литературе и судебной практике существует подход, согласно которому срок банковской гарантии зависит от срока основного обязательства между принципалом и бенефициаром, в частности, срок действия гарантийного обязательства не должен истекать в день исполнения основного обязательства, а также не может быть меньше срока исполнения основного обязательства². В противном случае, банковская гарантия лишается функции способа обеспечения исполнения обязательства и должна признаваться ничтожной по этому основанию.

Представляется, что указанная позиция не соответствует действующему законодательству, в частности, принципу независимости банковской гарантии. Поскольку действительность банковской гарантии не зависит от действительности основного обязательства, то несовпадение сроков гарантии и основного обязательства тем более не может служить основанием недействительности банковской гарантии.

Ссылка на то, что банковская гарантия, выданная на срок, совпадающий со сроком основного обязательства либо меньший, чем срок основного обязательства, не выполняет обеспечительной функции, не соответствует правовой и экономической природе банковской гарантии. В экономическом смысле срок действия банковской гарантии означает срок принятия гарантом кредитного риска бенефициара, который может реализоваться в любой момент, а не только после наступления срока исполнения основного обязательства. С юридической точки зрения, поскольку при рассмотрении требования бенефициара гарант не проверяет реальное состояние отношений принципала и бенефициара в основном обязательстве, а имеет дело лишь с

² Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 113.

документами, то предъявление требования бенефициаром возможно в любой момент действия гарантийного обязательства независимо от сроков исполнения основного обязательства. Не составляет труда представить на практике ситуацию, когда бенефициару задолго до наступления срока исполнения основного обязательства становится очевидным, что обязательство не будет исполнено принципалом надлежащим образом и в срок. В этом случае с целью минимизации своих потерь от реализации кредитного риска, он имеет возможность обратиться с требованием к гаранту, поэтому банковская гарантия не теряет своих обеспечительных свойств.

Кроме того, признание банковской гарантии недействительной (ничтожной) по указанному основанию существенным образом нарушает интересы бенефициара и не соответствует общеправовому принципу справедливости, так как позволяет гаранту не исполнять принятое в силу банковской гарантии обязательство перед бенефициаром даже в том случае, если бенефициар предъявил свое требование в срок и в полном соответствии с условиями банковской гарантии.

Четвертый параграф, «Обязательство, возникающее из банковской гарантии: исполнение, ответственность сторон, основания прекращения» посвящен вопросам гарантийного обязательства, возникающего между гарантом и бенефициаром, в частности, проблеме злоупотреблений, порядку исполнения и основаниям прекращения гарантийного обязательства, ответственности гаранта.

Выдача банковской гарантии изменяет взаимоотношения между принципалом и бенефициаром и устанавливает новые правоотношения между бенефициаром и гарантом. Изменяется мотивационный механизм всех участников отношений, связанных с выдачей банковской гарантии, поскольку кроме чисто экономических рисков возникает так называемый моральный риск и конфликт интересов. Гарант стремится только к тому, чтобы снизить возможные потери от реализации кредитного риска, в то

время как бенефициар иногда имеет меньшую заинтересованность в минимизации таких потерь и даже может получить некоторую выгоду от реализации кредитного риска.

На практике это приводит к судебным спорам между гарантами и бенефициарами, предметом которых является требование бенефициара об уплате денежных средств по гарантии в ситуации, когда гарант отказывается от оплаты, основываясь на недобросовестном поведении бенефициара. Судебная практика различных стран, а также международно-правовые акты признают указанные проблемы и разрешают их в той или иной степени. В этой связи заслуживают внимания нормы Конвенции ООН 1995г. «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах», которые посвящены проблеме злоупотребления бенефициаром своими правами. Представляется, что международный опыт Конвенции целесообразно учитывать в российской правоприменительной практике при принятии решений судами о злоупотреблении правом со стороны бенефициара на основании ст. 10 ГК.

В четвертой главе, «Механизм применения банковской гарантии в банковской деятельности», на основании расчетов экономической эффективности банковской гарантии исследуется механизм практического ее применения, определяются условия эффективности использования гарантии в хозяйственном обороте.

Диссертантом был проведен расчет экономической привлекательности различных вариантов финансирования на примере проекта строительства многоквартирного жилого дома (Существо поставленных экспериментов отражено в Приложениях № 1, № 2 к диссертации).

Анализ полученных результатов позволил сделать следующие выводы относительно экономической эффективности применения банковской гарантии в хозяйственном обороте:

1. Поскольку банковская гарантия позволяет принципалу отсрочить свой платеж бенефициару, то ее эффективность напрямую зависит от цены такой отсрочки, которая назначается бенефициаром, и гарантия является

выгодной, если цена отсрочки (в расчетах диссертанта она определяется инфляцией) плюс цена гарантии не превышают стоимости других способов финансирования (например, кредита).

2. Чем больше разница между ставкой по кредиту и ценой отсрочки бенефициара, если ставка по кредиту выше, тем больше возможностей у банка-гаранта по увеличению ставок вознаграждения за выдачу банковской гарантии, и наоборот.

3. Банковская гарантия не получит широкого распространения, если экономически обоснованная цена гарантии будет настолько низкой, что банк не решится принимать на себя риск за такую плату.

4. Принципалы стремятся оптимизировать свои расходы, поэтому в большинстве случаев не согласны нести дополнительные расходы по оплате банковской гарантии, если существует возможность ее не использовать. Поэтому в настоящее время гарантия используется, в основном, в случаях, когда ее предоставления требует бенефициар, например, при объявлении тендера, таможенные гарантии и т. п. Т. е. гарантии широко не применяются, так как в действительности они ведут к дополнительным обременениям принципала в виде вознаграждения банку, на которое принципалы соглашаются неохотно.

5. Правовая конструкция банковской гарантии пока не находит должного применения в реальном хозяйственном обороте ввиду того, что непонятна ее экономическая привлекательность для всех сторон отношений, возникающих при выдаче гарантии.

6. Преодолеть указанную тенденцию могут банки-гаранты, предлагая своим клиентам экономически обоснованные варианты использования банковских гарантий, т. е. по такой цене, которая была бы выгодна всем сторонам отношений: гаранту, принципалу, бенефициару. В данном случае банковская гарантия позволяет банку зарабатывать, продавая «виртуальные» деньги, принципалу позволяет получить экономические выгоды от партнера по сделке (бенефициара), отвлекая минимум средств в объеме

вознаграждения за выдачу гарантии, придает бенефициару уверенность в компенсации возможных потерь от основной сделки.

Основные положения диссертации изложены в следующих опубликованных автором работах:

1. Дурнева Н.В. Особенности правовой природы банковской гарантии // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей. Ч.16 / Под ред. Б.Л. Хаскельберга. – Томск, 2003. – С. 163-167. – 0,3 п.л.

2. Соболева Н.В. К вопросу о понятии и значении соглашения о предоставлении банковской гарантии // Закон и право. Белгород. – 2005. – №4. – С. 6-9. – 0,8 п.л.

3. Соболева Н.В. Некоторые вопросы практического применения банковской гарантии // Право: теория и практика. – 2005. – № 4. – С. 15-17. – 0,7 п.л.

4. Соболева Н.В. Срок банковской гарантии // эж-Юрист. – 2005. – № 18. – С. 2. – 0,6 п.л.