

Требование платежа по банковской гарантии: тенденции российской и международной судебной практики



О.М. Олейник

профессор, заведующая кафедрой предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: ooleyunik@hse.ru



Аннотация

Предъявление требования о платеже и сам платеж по банковским гарантиям является центральным элементом правоотношений, связанных с использованием в экономическом обороте банковских гарантий. При этом подчеркивается, что обращение к платежу происходит очень редко, но сама возможность получения платежа оказывает существенное влияние на обеспечительную функцию. Анализ судебной практики, складывающейся по поводу обеспечения обязательств в России и международной практике, показывает различные тенденции и выявляет разные элементы, предопределяющие возможность платежа.

Возможность осуществления платежа в первую очередь определяется действиями бенефициара, который должен правильно оформить документы, прилагаемые к платежу. Плательщик со своей стороны анализирует их содержание и рассматривает соотношение содержания обеспечиваемого и основного обязательства. Это один из ключевых вопросов, от ответа на который зависит осуществление платежа по банковской гарантии. Автор в результате исследования российской судебной практики установила, что в настоящее время складывается две противоположные тенденции. В публично-правовых обязательствах банковские гарантии становятся все более независимыми от обеспечиваемого обязательства, вплоть до того, что некоторые суды считают, что банковские гарантии в принципе обеспечивают определенного вида обязательства принципала, например, таможенные платежи за определенный период без привязки к конкретному договору. В частноправовых обязательствах судебная практика складывается прямо противоположным образом: суды очень жестко требуют привязки гарантийных обязательств к обеспечиваемым правоотношениям. Но в любом случае возможность платежа определяется корректной ссылкой на обеспечиваемое обязательство.

Далее анализируются такие значимые для платежа элементы, как форма предъявления требования, место и сроки предъявления требования о платеже, основания отказа в платеже и др. В числе обстоятельств, влияющих на платеж по банковской гарантии такие параметры, как правовой статус субъекта, предъявившего требование и оформление полномочий соответствующего лица. В статье анализируются случаи, когда в течение срока гарантии такой статус изменился, и полномочия лица определены неправильно. Кроме того осуществление платежа зависит от объема документов, подтверждающих нарушение обязательства должником. В круг анализируемых проблем включены также вопросы запрета платежа и др.



Ключевые слова

банковская гарантия, платеж по гарантии, соотношение платежа с обеспечиваемым обязательством, место предъявления требования, сроки предъявления требования, основания отказа в платеже

Библиографическое описание: Олейник О.М. Требование платежа по банковской гарантии: тенденции российской и международной судебной практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 75–89.

Использование банковских или независимых гарантий — это достаточно дорогой, но весьма эффективный способ обеспечения обязательств. В настоящее время эти гарантии регулируются наряду с Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ) (находящимся в состоянии «хронического» изменения) также Унифицированными правилами для гарантий по первому требованию 1992 г. URDG¹ и Унифицированными правилами для гарантий по требованию 2010 г. URDG². Следует отметить, что российские суды в последнее время стали ссылаться не только на гражданское законодательство, но и на международные правила³. Правда, при этом отмечено, что Унифицированные правила подлежат применению только в тех случаях, когда в тексте гарантии или изменении к ней содержится указание об этом. Применения указанных правил должно быть надлежаще обосновано.

Банковская (по российскому праву) или независимая (в международных отношениях) гарантия преследует несколько целей, которые отмечались в российском праве, прежде всего Н.Ю. Ерпылевой. По ее мнению, в современном международном банковском праве гарантия выполняет следующие функции: обеспечительную, распределительную, стимулирующую, защитную и сигнальную⁴. Как видим, на первом месте находится функция обеспечительная, и, следовательно, связанная с ней возможность платежа, по поводу которого в российской и зарубежной практике возникает множество вопросов.

Правда, следует сразу оговориться, что на международном уровне в соответствии с банковской практикой требование о реальном платеже предъявляются в 3–5 % случаев или даже менее того⁵. Тем не менее, именно с проблемами платежа связаны достаточно сложные и разнообразные вопросы применения права, которые нуждаются в детальном исследовании, в том числе применительно к российскому праву. Кроме того, можно утверждать, что обеспечительная функция банковской гарантии предопределяет все остальные функции, и сама, в свою очередь, зависит от возможности получения платежа.

Поэтому предложенную классификацию можно дополнить платежной функцией, понимая при этом реалии платежа, а также то, что его возможность существенно влияет на все остальные функции. Можно утверждать, что возможность платежа, надежность гаранта в этом смысле определяет сферу и ситуации использования гарантий в экономическом обороте.

В данном случае мы абстрагируемся от тех тенденций, которые наметились за последнее время в теории и практике применения гарантий. Они могут быть обозначены как диаметрально противоположные, т.е. тенденция конкретизации и тенденция абстрагирования. Первая из них состоит в том, что в последние годы банковские гарантии

¹ Унифицированные правила ICC для платежных гарантий (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 года. Публикация Международной торговой палаты № 458 // СПС КонсультантПлюс.

² Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию. Редакция 2010. Публикация ICC № 758 — ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. 2010 Revision. ICC Publication no 758 : пер. с англ. 2010.

³ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московской области от 30 октября 2013 г. по делу № А40-133615/12-53-1259 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См. *Ерпылева Н.Ю.* Банковские гарантии в международном банковском праве // *Банковское право.* 2000. № 3. С. 67–76.

⁵ См.: *Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions.* Paris — New York: Kluwer Law International, 2004. P. 277.

сблизились в некоторых случаях с документарными аккредитивами, и они приобрели общие черты. Происходит это благодаря тому, что на практике банковские гарантии приближаются к аккредитивным платежам за счет приобретения большей конкретности и связанности с обеспечиваемым обязательством в части обоснования его нарушения и предъявления требования платежа, с одной стороны. С другой стороны, аккредитивы приобретают все более абстрактный характер.

Второй тенденцией является придание самим банковским гарантиям более абстрактного характера и даже возможности трансферабельности гарантий, т.е. практически полного отрыва гарантий от основного обязательства и возможности ее обращения как самостоятельного института финансового рынка.

Применительно к практике применения гарантий в настоящее время, на наш взгляд, можно обсуждать как минимум следующие виды обстоятельств, от наличия или отсутствия которых зависит возможность получения платежа по гарантийному обязательству.

1. Надлежащее оформление гарантом обязательства, т.е. в основном это характеристика свойств самой гарантии. В этом плане важным является вопрос о соотношении предъявляемого требования с основным договором или обеспечиваемым обязательством, равно как и об обозначении этого обязательства в самой гарантии. Правда, даже по такому поводу в настоящее время нельзя утверждать, что существует однообразный подход. Для уяснения проблемы необходимо разделить все обязательства, для обеспечения исполнения которых выдается гарантия, на две группы:

1.1. Гражданско-правовые договоры, которые обеспечиваются банковской гарантией. В данном случае речь идет о наличии и соответствующем обозначении обеспечиваемого обязательства, что должно рассматриваться как существенное условие. При всей независимости банковской гарантии, которая иногда ставится под сомнение, в ней должно быть указано основное гражданско-правовое обязательство, для обеспечения которого выдана гарантия. Следовательно, отсутствие такого указания будет свидетельствовать о том, что права и обязанности не возникли, юридический факт не состоялся.

При этом, на наш взгляд, суды довольно широко трактуют связь банковской гарантии с обеспечиваемым обязательством. Если ГК РФ указывает только необходимость ссылки на наличие основного обязательства, то суды считают целесообразным анализировать и соотношение различных элементов обязательств и гарантии. Так, в определении ВАС РФ от 23 августа 2007 г. № 9722/07 отмечается, что выданная банковская гарантия должна быть признана недействительной. В данном деле по условиям банковской гарантии банк подтвердил, что является гарантом и ответственным перед бенефициаром за исполнение обязательств ООО «Россыпи» (принципалом) по возврату денежных средств, полученных в качестве займа. Банк обязался выплатить бенефициару после первого письменного требования, уведомляющего о невозврате принципалом полученного займа, сумму в пределах 5,5 млн рублей, не требуя от бенефициара доказательств или обоснованности его требований на определенную в гарантии сумму. Суд решил, что неопределенность сроков исполнения ООО «Россыпи» своей обязанности по возврату займа при определенном сроке действия спорной банковской гарантии не позволяет гарантировать осуществление прав по банковской гарантии. Следовательно, в данном случае суд признал зависимость гарантии не только от наличия или отсутствия основного обязательства (договор займа), но и от того, каким образом в этом обязательстве сформулированы сроки возврата. Здесь же заметим, что суд не анализировал

(насколько можно судить по опубликованному решению) наличие или отсутствие договора займа, для чего, собственно говоря, не было оснований. Он только признал выданную гарантию недействительной, сославшись на интересы общества.

Приведенная позиция плохо сочетается с совершенно правильными суждениями, высказанными по этому поводу в юридической литературе. Так, Л.А. Новоселова отмечает, что фактическую связь этих обязательств (гарантии и основного обязательства) следует отличать от их юридической связи. Она совершенно справедливо подчеркивает, что гарантия в российском праве и международной практике формировалась как правовой инструмент, позволяющий в интересах обеспечения надежности оборота отделить юридическую судьбу обеспечительного обязательства от обеспечиваемой сделки. Исходя из этого, положения ст. 370 ГК РФ в юридической литературе трактовались как закрепляющие принцип независимости банковской гарантии⁶. Он состоит в том, что «основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству»⁷. Такую же позицию высказывает Б.М. Гонгало, который отмечает, что «рассматривая требование бенефициара, гарант не может выдвигать возражения, основанные на отношениях бенефициара и принципала»⁸. Правда, некоторые исследователи проблем банковской гарантии считают ее независимость мифом⁹, с чем, очевидно, придется согласиться, если принять во внимание складывающуюся судебную практику.

Связь банковской гарантии с основным обязательством усматривается, как подчеркивает большинство исследователей данной проблемы, и в том, что при предъявлении требования платежа бенефициар должен сослаться на неисполнение обязательства принципалом. Иными словами, после выдачи гарантии должно произойти определенное изменение юридического состава в основном обязательстве: неисполнение его должником. Следовательно, если такое неисполнение было до выдачи гарантии, то оно не может рассматриваться как основание удовлетворения соответствующего требования.

В этом плане показательное следующее судебное решение. В постановлении от 25 января 2008 г. № КГ-А40/12965-07 ФАС МО установил, что ОАО «Судостроительный завод «Вымпел»» получил бюджетный кредит в размере 7,5 млн долл. США по кредитному соглашению, и задолженность по нему была реструктурирована на основании соглашения о реструктуризации путем рассрочки ее погашения. В обеспечение соглашения о реструктуризации заемщик предоставил Министерству финансов Российской Федерации банковскую гарантию АКБ «Межрегиональный инвестиционный банк». Истец воспользовался своим правом предъявить требование к гаранту о досрочном исполнении обязательств заемщика на основании п. 5 и 6 ст. 35 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах». Как известно, указанные нормы предус-

⁶ Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Выпуск 3. М.: Статут, 2008. // СПС «Консультант Плюс».

⁷ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 1999. С. 593.

⁸ См.: Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2004 // СПС «Консультант Плюс».

⁹ См.: Кузнецова Л.В. Банковская гарантия: миф о независимости // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 7–13.

матривают обязанность акционерного общества принять решение о своей ликвидации либо об уменьшении уставного капитала, если величина чистых активов общества оказывается меньше величины минимального уставного капитала по окончании второго и каждого последующего финансового года.

Суды, отказывая в иске, сослались на то, что заемщик не имеет задолженности перед Минфином РФ, и истцу было известно об отрицательных показателях чистых активов заемщика и в момент заключения соглашения о реструктуризации задолженности. Кредиторы вправе требовать от общества досрочного прекращения или исполнения обязательств, если общество в разумный срок не примет решение об уменьшении своего уставного капитала или о ликвидации. Однако для ОАО «Судостроительный завод «Вымпел», исходя из специфики производимой им продукции, разумным сроком не может считаться срок менее срока изготовления продукции (4–6 лет), и меры по улучшению финансового состояния завода предполагают длительный период (что подтверждается, в том числе и заключением соглашения о реструктуризации задолженности до 2011 года).

На наш взгляд, суд обоснованно сделал вывод, что при таких обстоятельствах у бенефициара не было оснований требовать досрочного погашения задолженности у основного должника, как и предъявления требований к гаранту.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что в большинстве случаев суды все же исходят из того, что в банковской гарантии должна быть ссылка на основное обязательство. Это совершенно правильно. Но очень часто применительно к гражданско-правовым обязательствам суды анализируют содержание такого обязательства, что представляется совершенно излишним. Это не в полной мере соответствует позиции ликвидированного ВАС РФ, выраженной в постановлении Пленума от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». Она состоит в том, что положение об указании в банковской гарантии обеспеченного обязательства следует считать соблюденным и в том случае, если из содержания гарантии можно установить, кто является должником по обеспеченному обязательству, указана сумма, подлежащая уплате гарантом при предъявлении бенефициаром соответствующего требования, и в гарантии содержится отсылка к договору, являющемуся основанием возникновения обязательств принципала перед бенефициаром, либо указан характер обеспеченного гарантией обязательства.

1.2. Публично-правовые обязательства (прежде всего налоговые), в обеспечение которых выдана банковская гарантия. Для формирования общего теоретического подхода по этой категории обязательств приведем одно из арбитражных дел, по которому вынесено решение ФАС МО (17 мая 2007 г., дело № КА-А40/4075-07). В анализируемом деле была выдана банковская гарантия, в которой банк обязался уплатить сумму акциза в случае непредставления заявителем (принципалом) в течение 180 дней со дня реализации на экспорт подакцизных товаров пакета документов, необходимых для обоснования освобождения от уплаты акциза. Но в банковской гарантии не содержалось указания на конкретный контракт, по которому обеспечивается уплата акциза, если по нему не будет представлен комплект документов, подтверждающих экспорт, либо конкретную поставку товара.

Казалось бы, на первый взгляд отсутствие такого указания является нарушением ст. 369 ГК РФ, в соответствии с которой банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обя-

зательства). Но суд при вынесении решения привел совершенно другое обоснование, указав, что п. 2 ст. 184 Налогового кодекса РФ (далее — НК РФ) не содержит требования об указании в банковской гарантии обеспечиваемого контракта. По смыслу банковской гарантии, в которой банк предоставил поручительство на сумму 500 тыс. долларов США, акциз должен быть уплачен банком применительно к любым поставкам заявителя в режиме экспорта в течение срока действия гарантии. Суд решил, что отсутствие в банковской гарантии указания на конкретную партию товара не опровергает значения банковской гарантии как обязательства банка уплатить указанную в ней сумму по предъявлению налоговым органом претензий об уплате акциза в случае непредставления налогоплательщиком пакета документов в течение 180 дней со дня реализации товаров в течение срока действия гарантии.

Вряд ли с таким обоснованием можно согласиться, поскольку в нем содержится несколько принципиальных ошибок. Одна из них состоит в том, что суд неправильно определил сферу действия налоговых нормативно-правовых предписаний, распространив их на гражданско-правовую сферу. Дело в том, что ст. 184 НК РФ не может содержать таких требований, поскольку посвящена особенностям освобождения от налогообложения при реализации подакцизных товаров за пределы территории Российской Федерации. Упоминания в ней о банковской гарантии и поручительстве не означает, что правоотношения, связанные с выдачей банковской гарантии, регулируются данным законодательством. Речь должна идти об использовании гражданско-правовых конструкций в целях обеспечения публично-правовых обязательств, что вполне возможно и допустимо. Но при этом налоговое законодательство не может менять содержания гражданско-правового способа обеспечения исполнения обязательств.

Вторая ошибка суда, на наш взгляд, состоит в том, что суд неправильно оценил содержание ст. 184 НК РФ, в которой сказано, что банковская гарантия должна предусматривать обязанность банка уплатить сумму акциза и соответствующую пеню в случаях непредставления налогоплательщиком в порядке и в сроки, установленные п. 7 и 7.1 ст. 198 настоящего Кодекса, документов, **подтверждающих факт экспорта подакцизных товаров** (выделено нами — О.О.) или ввоза в портовую особую экономическую зону подакцизных товаров, помещенных под таможенный режим свободной таможенной зоны, и неуплаты им акциза и (или) пеней. Из этого следует вывод, что банк обязывается не просто абстрактно заплатить определенную сумму денег, а то, что эта обязанность связана с нарушением условий конкретных налоговых обязательств по конкретному факту экспортной поставки.

Как видим, здесь возникает более общий вопрос о соотношении гражданского и налогового законодательства в случае использования банковской гарантии для обеспечения исполнения налоговых обязательств. Не предвещая его в целом, можно все же попытаться определить пределы того и другого правового регулирования применительно к данной ситуации. Представляется, что ст. 184 и 198 НК РФ в принципе не могут содержать никаких содержательных требований к банковским гарантиям. Данные нормы находятся в главе НК РФ, посвященной регулированию акцизов, о банковской гарантии здесь упоминается только как о существующем институте. Поэтому можно сделать вывод, что законодатель в данном случае имеет в виду как раз ту ситуацию, в которой к налоговым отношениям должны применяться нормы гражданского законодательства в силу прямого указания закона (ст. 2 ГК РФ). Разумеется, при этом гражданское законодательство не может меняться в своем содержании. Тем не менее, следует иметь в виду, что такая неблагоприятная тенденция в судебной практике, возможно, получит даль-

нейшее развитие, что приведет к появлению новых, отличающихся от общепринятых правил формирования содержания банковских гарантий.

Приведенное дело, а оно не единственное, позволяет сформулировать вывод в отношении гарантий по публично-правовым обязательствам, прямо противоположный предыдущему. В этих обязательствах суды предпочитают трактовать гарантию как совершенно независимую, причем до такой степени, что она утрачивает связь с основным обязательством.

2. Обоснованность требования платежа в виде письменного подтверждения невыполнения основного обязательства.

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

В этом случае возникает вопрос, каким образом следует подтверждать неисполнение принципалом принятых на себя обязательств и как это неисполнение соотносится с выданной гарантией. При этом следует иметь в виду, что в реальном экономическом обороте существуют длительные экономические связи, оформляемые в упрощенном порядке, а иногда — и не вполне корректно, что создает определенные проблемы предъявления требования платежа. Речь идет о том, что между принципалом и бенефициаром может существовать несколько договоров по однотипным товарам, а гарантия выдана только по одному из них. Либо может оказаться, что стороны по основному обязательству именовали отношения куплей-продажей, а гарантия получена на поставку. Можно ли прибегнуть к предъявлению платежа по банковской гарантии, если есть расхождения между наименованием договора в основном обязательстве и в гарантии? Некоторое время по этому поводу в судебной практике наблюдались различные подходы.

Интересным в этом плане является следующее судебное дело. Президиум ВАС РФ в своем постановлении от 24 июня 2014 г. № 383/14 поставил точку в этом споре, отметив, что предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство. В предмет доказывания по делу по иску бенефициара к гаранту входит проверка судом соблюдения истцом (бенефициаром) порядка предъявления требований по банковской гарантии с приложением указанных в гарантии документов и указанием на нарушение принципалом основного обязательства. Гарантия составлена и выдана банком и содержит ссылку на его осведомленность о заключении обществом и предпринимателем договора на поставку чулочно-носочных и трикотажных изделий. Факт поставки этого товара в период после выдачи банковской гарантии подтверждается товарными накладными. Доказательств существования иных договорных отношений между сторонами не имеется.

Отсутствие в товарных накладных реквизитов договора поставки не свидетельствует о наличии разовых поставок, поскольку по условиям договора наименование, количество, ассортимент, цены, сроки поставки товара определяются в заказе покупателя. Заказы содержат согласованные сторонами условия о количестве, ассортименте, цене товара. Поставка товаров на основании заказов подтверждается представленными товарными накладными. Таким образом, факт поставки товаров в рамках договора поставки является доказанным.

Применительно к этому делу парадоксальным образом оказалось, что с участием одной и той же стороны ВАС РФ вынес противоположные решения. В отношении одного договора он отметил необходимость связи с конкретным нарушением определенных условий договора, а применительно к другому обратился к анализу всех договорных отношений.

Точно также ранее по другому делу (№ 4208/07) ВАС РФ указал, что бенефициаром не были представлены гаранту документы, предусмотренные условиями гарантии и необходимые для осуществления платежа, а именно — подтверждение невыполнения принципалом своих обязательств по договору строительного подряда. Возражения истца о нарушении судами принципа независимости обязательства гаранта перед бенефициаром от основного обязательства были отклонены, поскольку суды, исходя из буквального толкования условий банковской гарантии, пришли к выводу об обязанности бенефициара не просто сослаться на неисполнение принципалом обязательств по договору строительного подряда, а представить доказательства нарушения последним основного обязательства, в обеспечение которого она была выдана.

Если попытаться оценить разночтения судов в отношении того, на что необходимо сослаться при предъявлении требования платежа к гаранту, то нужно обратить внимание, что суды очень часто придают существенное значение не формальным, а содержательным обстоятельствам. Так, в первом приведенном деле суды отметили, что правоотношения сторон были оформлены товарными накладными, которыми, казалось бы, подтверждалось заключение разовых сделок, а не договора поставки, на который ссылалась гарантия. Но при этом суды обнаружили, что иных договорных отношений между сторонами основного обязательства не было. Поэтому они сделали вполне допустимый вывод, что выданная гарантия обеспечивала именно эти обязательства. Хотя, учитывая формальный характер гарантии, такой вывод выглядит несколько искусственным. Более того, представляется, что он оставляет без ответа вопрос о том, что мешает сторонам привести свои договорные обязательства в те формы, которые требуются в данном случае. Думается, что достаточно формальный характер гарантии призван дисциплинировать экономический оборот, придать ему определенную четкость и строгость. Отступления от этого правила свидетельствуют о размывании конструкции, правовой неграмотности участников оборота, что вряд ли можно приветствовать.

3. Определение субъектного состава требования платежа. В данном случае предполагается, что необходимо проверить, обладает ли бенефициар соответствующим статусом в гарантийном обязательстве.

3.1. Здесь в первую очередь возникает вопрос о том, **кто уполномочен** предъявить требование. В международной практике признается обоснованным, когда банк-гарант отказывает в платеже, если требование исходит не от бенефициара. При этом к определению статуса принято подходить строго формально. Так, требование было признано ненадлежащим, поскольку оно было предъявлено не бенефициаром, а его агентом, который не был обозначен как агент бенефициара¹⁰. В то же время требование арбитражного управляющего признается надлежащим¹¹.

Так же поступают российские суды. В качестве примера можно сослаться на уже упомянутое дело ФАС МО. Правда, здесь суд весьма широко сформулировал предмет доказывания, включив в него следующие фактические обстоятельства: каковы были

¹⁰ OLG Munchen. 23 June 1999. WM 1999. P. 2456.

¹¹ Rb Amsterdam. 31 March 1988. KG 1988, 179.

условия выданных банковских гарантий, на какой срок они были выданы, когда были заявлены требования, кем были подписаны требования о выплате гарантий и их содержание, какие документы были представлены в подтверждение полномочий лица, подписавшего требования.

Суд вполне справедливо отметил, что из полученных документов у гаранта не должно было возникнуть сомнений в подлинности требований выплат по банковским гарантиям. В этом плане следует иметь в виду, в соответствии с п. 1 ст. 16 ГК РФ признать требование о выплате по гарантии совершенным в письменной форме возможно только в том случае, когда требование подписано либо лицом, от которого оно исходит, либо должным образом уполномоченным им лицом. А, как известно, согласно ст. 53 ГК РФ юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами.

По данному делу требование было подписано временно исполняющим обязанности руководителя центра, которые были на него возложены освобожденным от должности руководителем. На момент предъявления требования руководителем центра был назначен другой человек. Однако результаты оценки этих доказательств в решении не приведены, в связи с чем утверждение суда, что требования от имени ГУ «ИЦ ОКСИОН» о выплате банковских гарантий были подписаны уполномоченным лицом вышестоящий суд не признал установленным и соответствующим имеющимся в деле доказательствам.

3.2. Вторым направлением исследования статусных характеристик является **оформление полномочий** по требованию платежа. И здесь важнейшим обстоятельством является подпись на требовании, которая может быть передана по телефаксу, но отсутствие имени лица, предъявляющего требование, делает требование недействительным¹².

Российская судебная практика также обращает внимание на полномочия лица, предъявившего соответствующее требование платежа по банковской гарантии. Так, по делу № А40-49675/07-29-418 ФАС МО в своем постановлении от 12 мая 2008 г. № КГ-А40/3171-08 специально отметил, что исследовав и оценив доказательства в их совокупности, суд сделал правильный вывод, что лицо, подписавшее требование, имело на это соответствующие полномочия. При этом документы, подтверждающие полномочия этого лица, ответчиком были получены.

3.3. Далее, необходимо учитывать, что в процессе судебного рассмотрения дела о платеже по гарантии применительно к субъектному составу в российской и международной практике рассматриваются проблемы **наличия правоспособности лица**, выдавшего гарантию. Но здесь, прежде всего, следует обратить внимание на терминологические проблемы. Согласно российскому праву понятие гарантии или банковской гарантии соотносимо со специальными субъектами, и поэтому проблем правоспособности не возникает. Предполагается внесение изменений в этой части, но данная конструкция пока существует только как проект, поэтому ее можно всемерно приветствовать, но говорить об изменении субъектного состава на стороне гаранта можно будет только после вступления соответствующей нормы в действие.

По международным правилам гарантию может выдать любое лицо, которое обладает надлежащей правоспособностью (*legal capacity*). К гарантиям коммерческих юридических лиц в международном обороте следует в плане правоспособности применять российские нормы о поручительстве. В этом аспекте исследованию подлежат проблемы

¹² BGH. 24. 11.1998. WM. 1999. P. 72.

сделкоспособности и характера самой сделки, проверки ее по критериям крупной сделки, сделки с заинтересованностью, зависимости и пр.

3.4. Проблемы также возникают тогда, когда в процессе течения срока действия гарантии **статус бенефициара поменялся**. Интересным в этом плане является дело № КГ-А40/10089-06, по которому ФАС МО вынес постановление о прекращении производства. Гражданин П. по договору строительного подряда выступал в качестве заказчика и бенефициара — по банковской гарантии, которая была выдана для обеспечения исполнения обязанностей подрядчика. На момент обращения в суд гражданин П. зарегистрировался как индивидуальный предприниматель и в силу этого обратился с требованием в арбитражный суд. Суд кассационной инстанции установил, что требование П. как физического лица к ООО КБ «Диамонд-Банк» по банковской гарантии не подлежат рассмотрению в арбитражном суде. Первая и апелляционная инстанции приняли судебные акты об отказе П. в иске по этому основанию, хотя в силу п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ дело в части требований П. подлежало прекращению. Последующая регистрация в данном случае признана не имеющей юридического значения для субъектного состава правоотношений по гарантии.

4. Следующей проблемой предъявления требования о платеже является соблюдение **порядка предъявления требования платежа**.

4.1. Прежде всего нужно определиться с **местом предъявления платежа**. По общему правилу требование платежа должно быть предъявлено конкретно в тот офис или филиал, который выдал гарантию, если самой гарантией не оговорено иное. В случае несоблюдения данного требования возможно освобождение от платежа. Исключением по данному критерию является только ситуация, когда сторона не сделала соответствующую ссылку в судебном процессе¹³. По данному делу гарантия была выдана филиалом французского банка в Омане, где осуществлялся строительный проект. Бенефициар, французская компания, адресовала требование платежа в основной офис во Франции, и, поскольку в процессе банк-гарант не заявил требования о надлежащем месте, суд обязал банк выплатить соответствующую сумму.

Можно предъявить требование платежа в любой филиал места нахождения бенефициара, но не для платежа, а для направления банку-эмитенту с учетом сроков. Если по вине филиала срок для платежа будет пропущен, филиал будет отвечать за причиненные убытки.

4.2. Для получения платежа существенное значение имеет **форма предъявления требования**. ГК РФ и международные нормы требуют письменной формы. Представляется, что в этом случае действует общее правило о письменной форме. В качестве письменных документов могут рассматриваться любые формы, в том числе с использованием телекса, SWIFT и пр., позволяющие установить тождество предъявителя платежа. Использование электронной почты допускается в случае наличия электронной цифровой подписи.

К тому же в этом смысле можно сослаться дополнительно на разъяснение, содержащееся в постановлении Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». Здесь даже в отношении письменной формы гарантии содержится указание, что ГК РФ не запрещает совершения односторонней сделки путем направления должником кредитором по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего

¹³ Paris. 29 January 1981. D. 1981 J. P. 336.

документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку. Следовательно, требования ГК РФ о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ).

4.3. Столь же важным является вопрос **о сроках предъявления требования о платеже, которые должны быть определенными, как и сроки действия гарантии.** Выше уже шла речь о соотношении сроков гарантии и основного обязательства. В данном случае нужно иметь в виду соотношение сроков действия гарантии и сроков заявления требования. Обратимся к судебному делу. ФАС МО в своем решении от 18 июля 2006 г. по делу № КГ-А40/6456-06 отметил, что согласно п. 3 банковской гарантии требование бенефициара с приложением документов, подтверждающих неисполнение обязательств принципалом, должно было быть представлено гаранту в течение 15 дней с момента поставки продукции принципалу, но не позднее 20.01.2003. Содержание п. 3 банковской гарантии свидетельствует о наличии двух сроков, один из которых определен календарной датой, а второй — истечением периода времени и указанием на событие — 15 дней с момента поставки продукции принципалу. В то же время в соответствии с ч. 2 ст. 374 ГК РФ требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

При этом суд отметил, что содержащееся в банковской гарантии указание на срок в течение 15 дней с момента поставки продукции не может быть расценено в качестве условия о сроке действия гарантии, поскольку в данном случае этот срок в нарушение ст. 190 ГК РФ обусловлен событием, не отвечающим признаку неизбежности. Поставка продукции принципалу могла и не наступить, например, в случае невыполнения договорных обязательств со стороны истца (бенефициара) или наступления форс-мажорных обстоятельств. Поскольку срок обусловлен событием, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет, то это событие не может определять срок действия гарантии.

Требование об определенности срока содержится и другом судебном деле¹⁴. В этом случае оказалось, что срок гарантии определялся в зависимости от наступления срока возврата аванса, а аванс должен быть возвращен при расторжении договора строительного подряда, договор заключен на срок до полного фактического исполнения работ. В итоге, поскольку определить срок было невозможно, гарантия признана недействительной.

5. Отказ в платеже и его обоснование.

Применительно к отказу в платеже необходимо еще раз проанализировать назначение и сущность банковской гарантии в динамике. Напомним, что банковская гарантия едва ли не единственный достаточно абстрактный способ обеспечения исполнения обязательств. Если обратиться к международной практике, то можно заметить, что использование банковских гарантий в экономическом обороте создало значительное количество дополнительных форм и видов гарантийных обязательств (контргарантии, супергарантии, консорциальные гарантии, тендерные гарантии и пр.). Такое развитие института банковской гарантии позволяет сформулировать вывод, что она, скорее всего, становится все более независимой от основного обязательства. Более того, можно предположить, что банковские гарантии становятся финансовым инструментом, сохраняющим свою гарантийную функцию. При этом финансовая сторона получает раз-

¹⁴ См.: постановление ФАС МО 30 января 2006 г., дело № КГ-А40/13880-05 // СПС «КонсультантПлюс».

вите при условии абсолютизации платежа по гарантии. Иными словами, финансовое содержание гарантии зависит от того, насколько обязательство платежа по гарантии обременено документальными подтверждениями.

Посмотрим с этих позиций на практику реализации банковских гарантий в нашей стране. Известно, что в соответствии со ст. 376 ГК РФ гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока. Приведенная формулировка позволяет выделить формальное (нарушение срока) и содержательное (несоответствие представленных документов) основания для отказа в гарантии. По поводу срока представления требования и срока выданной гарантии речь шла выше, следовательно, обратимся к анализу содержательного основания для отказа в платеже.

Ссылка на необходимость проверки представленных документов вызывает сопоставление гарантии с документарным аккредитивом, и, следовательно, вопрос о том, не сближаются ли банковские гарантии с указанным инструментом платежа и не приобретают ли они все больше платежную функцию. Представляется, что ответ на данный вопрос применительно к нашей стране должен быть положительным. Своеобразная «документарность» банковской гарантии в российской правовой действительности следует из следующих обстоятельств.

Первое. В судебной практике вполне отчетливо прослеживается необходимость подробного анализа представленных документов, прежде всего, на предмет невыполнения обязательства принципалом, что в значительной степени вполне понятно. Но при этом возникает вопрос о пределах такого анализа.

Второе. Часто суды ссылаются на необходимость анализа всего пакета документов по основному обязательству. Так, ФАС ДВО в своем постановлении от 28 ноября 2006 года по делу № Ф03-А04/06-1/4134 отметил, что предъявив требование об уплате по банковской гарантии, бенефициар в нарушение ст. 374 ГК РФ представил банку документы, которые не соответствовали требованиям банковской гарантии, а именно, товарные накладные и счета-фактуры, не содержащие ссылок на дистрибьюторское соглашение, которое указано в банковской гарантии. Как видим, суд анализировал не только содержание письменного требования о платеже, но и рассматривал иные документы основного обязательства. Что вызывает, на наш взгляд, обоснованные возражения.

По поводу представляемых документов часто возникает вопрос, в каком объеме и каким образом их необходимо анализировать. В судебной практике наметилась тенденция анализа в соответствии с требованиями о документарных аккредитивах, что представляется необоснованным. В принципе, очевидно, следует сформулировать общий тезис, что в тех случаях, когда право создает несколько конструкций с отличиями их друг от друга, любое стремление их совместить не соответствует целям и задачам правового регулирования, принципу правового разнообразия.

С этих позиций следует критически оценивать те случаи, когда суды или сами хозяйствующие субъекты предусматривают рассмотрение документов в соответствии с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов¹⁵. Представляется, что такая подмена обедняет правовую действительность.

Аналогичную тенденцию в международном обороте отмечает А.А. Вишневский. Он обращает «внимание на сходство аккредитива (в силу его автономной природы) не

¹⁵ См.: постановление ФАС МО от 29 мая 2006 г., дело № КГ-А40/4145-06 // СПС «КонсультантПлюс».

только с векселем, но и с банковской гарантией. Показательно, что в международных спорах по аккредитивам выносятся решения на основе прецедентов и судебных решений, возникших при рассмотрении споров по банковским гарантиям, и наоборот»¹⁶.

В завершение анализа современных тенденций использования гарантий в экономическом обороте следует упомянуть, что судебными решениями в отношении гарантий, как и любого иного платежа, **может применяться запрет**. Решением ФАС МО от 17 марта 2009 г. по делу № КГ-А40/1400-09 по требованию истца был введен такой запрет в качестве меры по обеспечению иска по делу. По данному делу ООО «Корес Инвест» обратилась в арбитражный суд с иском к Акционерному коммерческому Сберегательному банку Российской Федерации о признании недействительной части сделки — банковской гарантии в отношении перечня документов, которые должны быть приложены к требованию бенефициара.



Библиография

Affaki G. Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. ICC, 2011. P. 20.

Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions. Kluwer Law International, 2004. P. 277. Paris-New York.

Аникина О.В., Городнянская В.В. Обеспечение обязательства независимой гарантией: возможности текущего регулирования, новеллы ГК РФ. // Закон. 2013. № 10 // СПС «КонсультантПлюс».

Батлер У.Э., Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в российском и белорусском праве // Законодательство и экономика. 2004. № 2 // СПС «Гарант».

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 1997.

Витрянский В.В. Банковская гарантия // Хозяйство и право. 1998. № 10. С. 12.

Вишневецкий А.А. Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 39–48.

Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: Статут, 2004 // СПС «КонсультантПлюс».

Джамалова Г.Г. Банковские гарантии в различных ситуациях хозяйственно-финансовой деятельности // Нормативные акты для бухгалтера. № 16. Август 2011 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в международном банковском праве // Банковское право. 2000. № 3. С. 67–76.

Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в международном банковском праве: современные тенденции регулирования // Законодательство и экономика. 2010. № 5. С. 46–70.

Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право. 1996. № 3. С. 119.

Кузнецова Л.В. Банковская гарантия: миф о независимости // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 7–13.

Новоселова Л.А. Комментарий к информационному письму Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27 “Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии” (Наиболее актуальные вопросы предпринимательской деятельности. Комментарии судебной практики ВАС РФ. / отв. ред. Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова). М., 2000 // СПС «ГАРАНТ».

Попов И.С. Независимая гарантия: проект ГК РФ и концепции иностранных юрисдикций // Международные банковские операции. 2012. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См.: Вишневецкий А.А. Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 39–48. См. также: Affaki G. Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. ICC, 2011. P. 20.

Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Выпуск 3. М.: Статут, 2008. // СПС «КонсультантПлюс».

Романова М.В. Типы банковских гарантий // Налоговый вестник. № 3. Март 2008 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Свит Ю.П. О применении банковской гарантии в гражданском обороте // Законы России: опыт, анализ, практика. № 12. Декабрь 2006 г. С. 57–62.

Петров Д.А. Оформление банковской гарантии в свете правоприменительной практики // Юридическая работа в кредитной организации. № 1. Январь-март 2010 г. // СПС «Гарант».

Demanding Payment under Bank Guarantee: Trends in Russian and International Judicial Practice



Oksana Oleynik

Professor, Head of the Department of Entrepreneurial Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20, Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ooleynik@hse.ru



Abstract

Demand of payment and the payment under bank guarantees is an integral part of legal relations related to securing obligations in Russia and under international practice. It is emphasized that the call on payment occurs very seldom, but the possibility to obtain payment has an essential impact on security function. The analysis of judicial practice as to securing obligations in Russia and abroad shows different trends and represents a variety of elements determining the possibility of payment. The possibility of payment is determined by the actions of beneficiary who should prepare the documents properly for the payment. The payer on its behalf analyzes their content and studies the balance the secured and principal obligation. This is one of the key questions determining the performance of payment under bank guarantee. On the basis of Russian judicial practice, the author concluded that two opposite trends are emerging. In private law obligations, bank guarantees get more independent from secured obligation. Some courts even consider that bank guarantees secure a certain type of principal's obligation, in particular customs payments for a certain period independent of any specific agreement. In private law, judicial practice is opposite, i.e. judges require a strict correlation between guarantee obligations and secured legal arrangement. In any case, the possibility to pay is determined by a correct reference to the secured obligation. Afterwards, the paper examines relevant to payments elements such as form of demand, reasons to default etc. The circumstances affecting payments include: legal status of subject claiming the demand and the authorities of the party. The article examines the cases when during the guarantees the status changes and the authorities of the party are determined erroneously. Besides, the performance of payment depends on the documents confirming violation of the obligation by the debtor. The problems examined in the paper include the issues of the ban on payment etc.



Keywords

Bank guarantee, payment on guarantees, a payment ratio with the secured obligation, place of presenting demand, terms of presenting demand, grounds to refuse payment.

Citation: Oleynik O. (2014) Demanding Payment under Bank Guarantee: Trends in Russian and International Judicial Practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 75–89. (in Russian)



References

Affaki G. (2011) Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758.ICC.

Bank Guarantees in International Trade. The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions. Kluwer Law International, 2004. Paris, New York.

- Anikina O.V., Gorodnyanskaya V.V. (2013) Obespechenie obyazatel'stva nezavisimoy garantii: vozmozhnosti tekushchego regulirovaniya, novelly GK RF [Securing Obligations with Bank Guarantees: Tools of Current Regulation]. *Zakon*, no 10. SPS Konsul'tantPlyus.
- Batler U.E., Erplyeva N.Yu. (2004) Bankovskie garantii v rossiyskom i belorusskom prave [Bank Guarantees in Russian and Belorussian Law] *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 2. SPS Garant.
- Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (1997) Dogovornoe pravo. Kniga pervaya: Obshchie polozheniya [Contract law. Book 1. General Provisions]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Vitryanskiy V.V. (1998) Bankovskaya garantiya [Bank Guarantee]. *Khozyaystvo i pravo*, no 10.
- Vishnevskiy A.A. (2013) Nedobrosovestnost' kak isklyuchenie iz printsipa nezavisimosti akkreditiva v zarubezhnom bankovskom prave [Negligence as an Exception to the Principle of Independent Bill of Credit in Foreign Banking Law]. *Vestnik VAS RF*, no 1.
- Gongalo B.M. (2004) Uchenie ob obespechenii obyazatel'stv [Theory of Securing Obligations]. Moscow: Statut. (in Russian)
- Dzhamalova G.G. (2011) Bankovskie garantii v razlichnykh situatsiyakh khozyaystvenno-finansovoy deyatel'nosti [Bank Guarantees in Business and Finance Activities]. *Normativnye akty dlya bukhaltera*, no 16.
- Erplyeva N.Yu. (2000) Bankovskie garantii v mezhdunarodnom bankovskom prave [Bank Guarantees in International Banking Law]. *Bankovskoe pravo*, no 3.
- Erplyeva N.Yu. (2010) Bankovskie garantii v mezhdunarodnom bankovskom prave: sovremennye tendentsii regulirovaniya [Bank Guarantee in International Bank Law: Current Trends in Regulation]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 5, pp. 46–70.
- Efimova L.G. (1996) Bankovskaya garantiya: ponyatie i prakticheskaya primenimost' [Bank Guarantee: Concept and Application]. *Khozyaystvo i pravo*, no 3.
- Kuznetsova L.V. (2008) Bankovskaya garantiya: mif o nezavisimosti [Bank Guarantee: Myth of Independence]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 2.
- Novoselova L.A. (2009) Kommentarii k informatsionnomu pis'mu Prezidiuma VAS RF ot 15 yanvarya 1998 g. N 27 "Obzor praktiki razresheniya sporov, svyazannykh s primeneniem norm Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii o bankovskoy garantii" [Commentaries to Information Letter of RF VAS Presidium of January 15, 1998, no 27 Review of the Practice of Dispute Resolution related to the application of RF Banking Guarantee Code] L.A. Novoselova, M.A. Rozhkova (eds.) *Naibolee aktual'nye voprosy predprinimatel'skoy deyatel'nosti. Kommentarii sudebnoy praktiki VAS RF [Topical Issues of Entrepreneurship. Judicial Practice Commentaries of RF VAS]. — Sistema GARANT.*
- Petrov D.A. (2010) Oformlenie bankovskoy garantii v svete pravoprimenitel'noy praktiki [Issuing Bank Guarantee in Law Enforcement Practice]. *Yuridicheskaya rabota v kreditnoy organizatsii*, no 1. SPS Garant.
- Popov I.S. (2012) Nezavisimaya garantiya: projekt GK RF i kontseptsii inostrannykh yurisdiksiy [Independent Guarantee. RF Civil Code project and the Conceptions of Foreign Investments]. *Mezhdunarodnye bankovskie operatsii*, no 4.
- (2008) *Praktika rassmotreniya kommercheskikh sporov: Analiz i kommentarii postanovleniy Plenuma i obzorov Prezidiuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii. Vypusk 3.* Moscow: Statut.
- Romanova M.V. (2008) Tipy bankovskikh garantiy [Types of Bank Guarantees]. *Nalogovyy vestnik*, no 3.
- Svit Yu.P. (2006) O primeneni bankovskoy garantii v grazhdanskom oborote [On Applying Bank Guarantee in Civil Transactions]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 12.