

Независимые гарантии в англо-американской системе права

Аннотация. Современная независимая (банковская) гарантия зародилась на практике, а затем была воспринята законодательством различных стран. В Англии существует два вида гарантий. Во-первых, это гарантия исполнения обязательств, или гарантия в узком смысле (suretyship, или поручительство). Во-вторых, это гарантия возмещения убытков (Indemnity). Сходные виды гарантий существуют и в американском праве. Американский подход к пониманию правовой природы банковской гарантии базируется на двух теоретических основаниях. Во-первых, с точки зрения американских судов, отличительной чертой независимой гарантии является ее сходство с институтом документарного аккредитива. Во-вторых, американским судам принадлежит идея о разграничении договора поручительства и гарантии по требованию. В результате исторического развития концепция независимой гарантии, которая сформировалась в международной торговле, во многом находилась под влиянием американского банковского законодательства в связи с расширением торговых отношений со странами континентальной Европы.

Ключевые слова: банк; независимая гарантия; банковская гарантия; поручительство в английском и американском праве; англо-американская система права; суд; прецедент; США; Англия; закон.

Для цитирования: Канхуш Дж. Независимые гарантии в англо-американской системе права // Актуальные проблемы российского права. — 2022. — Т. 17. — № 3. — С. 188–197. — DOI: 10.17803/1994-1471.2022.136.3.188-197.

Independent Guarantees in the Anglo-American System of Law

Jalal Kankhush, Assistant Professor, Department of Commercial Law, University of Damascus, Syria;
Postgraduate Student, Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
jalalkanhoush@yahoo.com

Abstract. The modern independent (bank) guarantee originated in practice, and then was adopted by the legislation of various countries. There are two types of guarantees in England. Firstly, it is a guarantee of performance of obligations, or a guarantee in the narrow sense (suretyship). Secondly, it is a guarantee of indemnification (Indemnity). Similar types of guarantees exist in American law. The American approach to understanding the legal nature of a bank guarantee is based on two theoretical foundations. First, from the point of view of American courts,

© Канхуш Дж., 2022

* Канхуш Дж. Канхуш, ассистент кафедры коммерческого права университета Дамаска, Сирия, аспирант кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
jalalkanhoush@yahoo.com

the distinguishing feature of an independent guarantee is its similarity to the institution of a documentary letter of credit. Secondly, the American courts came up with the idea of distinguishing between a contract of guarantee and a guarantee on demand. As a result of historical development, the concept of an independent guarantee, which was formed in international trade, was largely influenced by American banking legislation in connection with the expansion of trade relations with the countries of continental Europe.

Keywords: bank; independent guarantee; bank guarantee; guarantee in English and American law; Anglo-American system of law; Court; precedent; USA; England; law.

Cite as: Kankush J. Nezavisimye garantii v anglo-amerikanskoy sisteme prava [Independent Guarantees in the Anglo-American System of Law]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2022;17(3):188-197. DOI: 10.17803/1994-1471.2022.136.3.188-197. (In Russ., abstract in Eng.).

В отличие от континентальной системы права (к которой относится и российское право), правовое регулирование общественных отношений в англо-американской правовой системе основывается главным образом на применении судебных прецедентов. Это относится также к банковским гарантиям, поскольку в Англии нет законодательного акта, регулирующего независимые гарантии. Английские суды утверждают, что банки должны быть свободны в исполнении своих обязательств по договорам банковских гарантий. Однако в США суды должны учитывать положения торгового кодекса 1987 г. (The Uniform Commercial Code, UCC), применимые к банковским гарантиям. Положения этого кодекса должны быть включены в каждый договор банковской гарантии¹.

В связи с указанными особенностями правового регулирования анализ развития института независимой гарантии в английском и американском праве сводится главным образом к исследованию большого числа сложных

и противоречивых прецедентов. Такой подход неприменим для российского института независимой гарантии (368–379 ГК РФ), где как такового прецедента нет². В то же время существенная часть новелл российского законодательства, регламентирующего независимую гарантию³, обоснованно называется экспертами «простым (но облегчающим жизнь) воплощением здравого смысла», который «ранее восторжествовал в судебной практике»⁴.

Представляется, что практически все изменения действующего законодательства любой страны так или иначе направлены на решение проблем, возникающих на практике, и прежде всего — в судебной практике. Поэтому изучение судебных прецедентов в англо-американском праве позволит не только лучше понять институт независимой гарантии в Российской Федерации в силу использования сравнительно-правового метода познания, но и сделать необходимые предложения по совершенствованию российского права.

¹ Richard O. The Rise of Modern American Contract Law. Chapter 2. USA, 2015. P. 57–61.

² Указанный вопрос является предметом оживленной дискуссии, выходящей за рамки предмета настоящего исследования, и поэтому затрагивается лишь в той части, которая ему соответствует (Силаева О. С. Судебный прецедент как источник права в России // Вестник Челябинского государственного университета. Серия «Право». 2011. № 19 (234). С. 13–18 ; Брежнев В. Э. Судебный прецедент в России: полемика и предложения // Научные проблемы гуманитарных исследований. 2011. № 9. С. 249–253 ; Кива-Хамзина Ю. Л. Судебный прецедент — самостоятельный источник права в России // Экономика и политика. 2014. № 1 (2). С. 124–125).

³ См., например, последние изменения, внесенные в § 6 гл. 23 ГК РФ Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁴ В данном случае речь идет о появившейся возможности прекращения гарантии по соглашению гаранта с бенефициаром (см.: Лисаченко А. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств после 1 июня 2015 г. // URL: https://regforum.ru/posts/1674_ot_bankovskoy_k_nezavisimoy/ (дата обращения: 29.07.2020)).

В настоящее время в Англии существуют два вида гарантий, которые появились в связи с рассмотрением Палатой лордов в 1874 г. в апелляционном порядке дела *Lakeman v. Mountstephen*⁵. С того момента в Англии начали применяться два основных вида гарантий.

Во-первых, это гарантия исполнения обязательств, или гарантия в узком смысле (*suretyship*, или поручительство). Она квалифицируется как условный платеж, который обязан платить гарант, если не заплатит принципал. Поэтому гарантийное обязательство гаранта не подлежит исполнению, пока принципал не откажется от платежа⁶. Гарантия исполнения обязательств может оформляться договором или облигацией.

Во-вторых, это гарантия возмещения убытков (*Indemnity*), которая применяется в случае частичного неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспечиваемого обязательства⁷. Гарантия возмещения убытков может оформляться договором или облигацией.

В отличие от гарантии возмещения убытков (*indemnity*), гарантия исполнения обязательств (*suretyship*), как и договор поручительства в российском праве, порождает акцессорное обязательство поручителя. Однако, в отличие от российского права, ответственность поручителя всегда будет носить субсидиарный характер.

Напротив, гарантия возмещения убытков, порождает независимое обязательство поручителя, аналогично тому, как это предусмотрено, например, в п. 1 ст. 368 ГК РФ.

Таким образом, гарантия исполнения обязательств (*suretyship*) является способом обеспечения исполнения обязательств, аналогичным договору поручительства в российском праве, а гарантия возмещения убытков (*indemnity*) — аналогична независимой гарантии.

Сходные виды гарантий существуют и в американском праве.

В 1894 г. Конгресс США принял специальный закон, в соответствии с которым гарантийные облигации стали обязательными по всем проектам, финансируемым из федерального бюджета.

В 1908 г. была учреждена Ассоциация поручителей Америки, ныне известная как Ассоциация поручительства и верности Америки (*The Surety & Fidelity Association of America, SFAA*). Она входит в национальную Ассоциацию Лиц, Предоставляющих Поручительские Облигации (*the National Association of Surety Bond Producers, NASBP*). Эта организация занималась регулированием отрасли, содействием общественному пониманию и доверию к институтам поручительства, а также использовалась как площадка для обсуждения проблем, представляющих общий интерес для ее членов⁸.

В настоящее время SFAA стала лицензированной рейтинговой и консультативной организацией во всех штатах. Она также назначается государственными страховыми департаментами в качестве статистического агента для отчетности о достоверности поручительства.

В целом SFAA создавалась как ассоциация, состоящая из компаний, которые выпускали большинство гарантий в США, где в 1935 г. был принят действующий до сих пор закон Миллера, который обязывает использовать поручительские облигации (*surety bond*) по проектам, финансируемым из федерального бюджета⁹.

Особенностью права США является возможность применения аккредитива в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, несмотря на то, что аккредитив изначально был предусмотрен для достижения иных целей. Речь идет о резервных аккредитивах, которые появились в середине XIX в. в части штатов США, где банки не могли по законам этих штатов быть гарантами либо поручителями, обеспечивающими исполнение обязательств за третьих лиц.

⁵ *Lakeman v. Mountstephen* (1874) LR 7 HL 17.

⁶ *Benjamin J. Financial Law*. OUP, 2007. Chapter 4.2.

⁷ *Benjamin J. Opt. cit.*

⁸ SIO. URL: http://suretyinfo.org/?page_id=573.

⁹ 40 U.S.C. §§ 3131–3134 (formerly 40 U.S.C. §§ 270a–270d). Bonds of contractors of public buildings or works. Cornell Law School // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/40/3131> (дата обращения: 29.07.2020).

В случае нарушения указанного правила в этих штатах у банка могла быть отозвана лицензия.

Учитывая, что у банков штатов всегда существовала потребность в использовании гарантий, а закон это запрещал, банки начали использовать обычный платежный аккредитив по другому назначению — с целью обеспечения исполнения обязательств. В результате появился новый способ обеспечения исполнения обязательств, который стали называть резервным аккредитивом¹⁰. Несмотря на отсутствие специального закона, американские банки до сих пор проводят такие операции, опираясь на судебную практику.

Первые споры по банковским гарантиям повсеместно были связаны с попытками принципалов защитить свои интересы, исходя из правил о поручительстве. Однако суды усматривали в нетрадиционных текстах гарантий нечто принципиально отличное от поручительства¹¹.

Классическим примером спора, возникшего из гарантии по требованию (или независимой гарантии) стало прецедентное дело *Edward Owen Engineering LTD vs Barclays Bank International LTD*¹², которое было разрешено в Великобритании в апелляционном суде в 1976 г. Истец (английская инженерная компания) должен был поставить строительные конструкции ливийской государственной компании. Поставщик обеспечил исполнение договора банковской гарантией, выданной Umma Bank (Ливия), аффилированным с английским Barclays Bank.

Принципалом по указанной гарантии являлся истец, обязавшийся перед Barclays Bank, который должен был возместить возможные расходы банка-гаранта в связи с исполнением гарантии.

По условиям обеспечиваемого договора покупатель выставил в пользу поставщика безотзывный аккредитив, который, однако, открыт не был, вследствие чего продавец не поставил товар. В свою очередь, покупатель потребовал выплат от Umma Bank, который, в соответствии с гарантией, переадресовал это требование Barclays Bank.

Принципал подал иск в расчете обязать Barclays Bank не платить по гарантии. Для решения возникшего спора суд сосредоточился на изучении текстов тех обязательств, которыми обменялись стороны.

В соответствии с гарантийными обязательствами Umma Bank сумма гарантии подлежала переводу покупателю-бенефициару по первому его требованию, которое должно быть направлено исполняющему банку в пределах срока действия гарантии. В гарантии Barclays Bank было четко указано, что банк будет платить «по требованию, без доказательств и условий».

В результате суд сделал вывод, что банки взяли на себя особые обязательства, которые не сводимы к обычному поручительству. В ходе судебных заседаний судом была принята за основу правовая позиция одного из судей — лорда Т. Деннинга¹³. Он утверждал, что банк,

¹⁰ Ерпылева Н. Ю. Гарантийные операции банков в международном банковском праве // Международные банковские операции. 2005. № 6.

¹¹ Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. М.: Статут, 2005. С. 171.

¹² *Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank International Ltd* [1978] QB 159 at [171].

Дело рассматривалось в Палате лордов в 1978 г. под председательством лорда Деннинга. Применимое право — право Англии и Уэльса.

¹³ Маргарет Тэтчер называла Т. Деннинга (1899–1999), «вероятно, величайшим английским судьей современности». За свою 38-летнюю карьеру он способствовал внесению существенных изменений в общее право. Несмотря на то что многие из его решений были отменены Палатой лордов, некоторые из них были подтверждены парламентом, который в соответствии с ними принимал статуты. Т. Деннинг высоко ценился обществом и прессой как «народный судья», выступающий в защиту прав личности. В то же время он принимал и весьма спорные решения, критиковал прецедентное право, обосновывал приоритет целесообразности над законностью (*Burrell Ian Lord Denning, the century's greatest judge, dies at 100* // *The Independent*. 1999. 6 March).

выдавший гарантию, должен ее исполнять по требованию, в точном соответствии с ее содержанием. Ни гарантия, ни ее условия никак не связаны с отношениями продавца и покупателя. Поэтому вопрос об исполнении или о неисполнении обеспечиваемых договорных обязательств в данном случае не должен рассматриваться вообще, так как банк не может вникать в предмет основного договора, а тем более выяснять, кто нарушил договор. Банк просто исполняет свое обязательство — платит по требованию, точно так, как это записано в гарантии, не вникая в доказательства и условия. Исключением могла бы быть лишь доказанность заведомого обмана, т.е. банк должен был быть осведомлен о мошеннической сделке или соответствующем поведении, тогда он мог бы отказаться от платежа¹⁴.

Примечательно, что председательствующий на процессе лорд Деннинг отметил, что «банки редко, если вообще когда-либо, будут в состоянии знать, является ли требование честным или нет. Во всяком случае, они не смогут доказать, что это нечестно. Так что им придется заплатить»¹⁵. В результате сформировался прецедент, в соответствии с которым банковские гарантии были признаны особым видом обеспечения исполнения обязательства, а также появился принцип независимости обязательства гаранта от обеспечиваемого обязательства.

Одной из важных правовых особенностей независимых гарантий по законодательству США является упрощенный порядок взыскания платежей. В этом смысле представляет интерес дело *Hotel 71 Mezz Lender LLC v Falor*, по которому был вынесен судебный приказ об удовлетворении ходатайства истца о вынесении судебного

решения в порядке упрощенного производства для обеспечения гарантии платежа.

Примечательно, что в данном случае суд дал отрицательную характеристику ответчику, опытному инвестору, который профессионально занимался операциями с недвижимостью в Чикаго. Гарантия была выдана в качестве обеспечения обязательства произвести реконструкцию одного из объектов этой недвижимости. Как указал суд, ответчик был обязан проявить обычное усердие в понимании условий соглашения, во исполнение которого была выдана независимая гарантия. Не проверив всех обстоятельств, как указал суд, нельзя уклониться от своего обязательства гаранта, заявляя о незнании условий договора гарантии. Рассмотренное дело не единственное.

С начала 1990-х гг. американские суды обращают все более пристальное внимание на имеющиеся факты незнания некоторыми участниками спора содержания независимых гарантий¹⁶. Например, в деле *Фридман против Файв* (*Friedman v Fife*)¹⁷ суд указал, что при наличии договора гарантии нет необходимости проводить дознание и давать какие-то показания, необходимо просто прочесть и понять гарантию. Поэтому, независимо от пояснений, а также опечаток (были выявлены на странице с подписями в упомянутом выше деле *Hotel 71 Mezz Lender LLC v Falor* 2009 NY), гарантия оплаты остается действительной, законной и обязательной, что подтверждает обширная судебная практика¹⁸.

Интенсивный рост числа судебных решений по независимым гарантиям, выдаваемым банками (банковские гарантии), наблюдался в США в период последнего мирового финансового кризиса 2008–2010 гг.

¹⁴ *Harris Ch., Evans Davies J. Bonds and Guarantees* // Global Arbitration Review. URL: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1145208/bonds-and-guarantees> (дата обращения: 05.09.2020).

¹⁵ Цит. по: *Edward Owen engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd*: CA 1978 // URL: <https://swarb.co.uk/edward-owen-engineering-ltd-v-barclays-bank-international-ltd-ca-1978/> (дата обращения: 05.09.2020).

¹⁶ *Chemical Bank v Geronimo Auto Parts Corp.*, 225 AD2d 461, 462 [1996]; *Chemical Bank v Masters*, 176 AD2d 591, 592 [1991].

¹⁷ См.: *Friedman v Fife*, 262 AD2d 167, 168 [1999].

¹⁸ *Center v Hampton Affiliates*, 66 NY2d 782, 784 [1985]; *Cromer Fin. LTD. v Berger*, 245 F Supp 2d 552, 560 [SD NY 2003].

Примечательно, что апелляционный суд (штат Нью-Йорк), как и многие другие американские суды, констатировал начало «распада мировых финансовых рынков» еще в 2007 г., когда банки и страховые компании все еще активно выдавали гарантии. Однако уже в этот период появились первые попытки ухода гарантов от ответственности по своим обязательствам. Например, в жалобе истцов (страхователей) по спору со страховой корпорацией MBIA (MBIA Insurance) было указано, что реструктуризация портфеля финансовых продуктов ответчика, которую одобрил надзорный орган (суперинтендант штата), является мошеннической. Истцы сделали такой вывод, поскольку MBIA Insurance оказалась неспособной выполнить свои обязательства по условиям их полисов и страхованию финансовых гарантий по причине недостаточной капитализации, которая появилась в результате проведенной реструктуризации¹⁹.

До реструктуризации портфеля финансовых продуктов MBIA Inc., базирующаяся в Коннектикуте, предоставляла многие виды страховых услуг, и в частности — независимые (финансовые) гарантии. Все свои дела MBIA Inc. вела через свою дочернюю компанию MBIA Insurance, которая базировалась в штате Иллинойс. По условиям своих полисов, MBIA Insurance обязывалась производить выплаты страхователю, если должник допустит дефолт по соответствующему финансовому инструменту. К концу 2008 г. у MBIA сформировался портфель полисов с номинальной суммой 1 786,7 млрд, треть которого состояла из полисов структурированного финансирования (233 млрд долл. в номинальном выражении); остальные две трети — из полисов муниципальных облигаций (553,7 млрд долл. в номинальном выражении). Таким образом, к этому времени страховая компания полностью специализировалась на выдаче независимых финансовых гарантий, практически полностью отказавшись от классических страховых продуктов.

В 2007–2008 гг. состояние рынка недвижимости резко ухудшилось, что усилило риски

по финансовыми продуктам, связанным с недвижимостью, и в частности по финансовым гарантиям. В результате риск привлечения MBIA Insurance к ответственности по выданным ею полисам и гарантиям серьезно возрос. В 2008 г., реагируя на кризис, MBIA Inc. начала процесс реструктуризации портфеля своих финансовых продуктов после серии неудачных попыток улучшить свое финансовое положение другими методами. Например, в мае 2008 г. MBIA Inc. еще рассматривала вопрос о вливании 1 900 млн собственных денежных средств в свои дочерние компании с целью поддержки рейтингов MBIA Insurance, однако эти усилия не дали результата. Поэтому страховая компания MBIA Insurance приняла решение отделить портфель муниципальных облигаций от портфеля независимых гарантий, который стал «токсичным». По сути, смысл реструктуризации портфеля был в том, чтобы «сбросить» с себя все обязательства по независимым гарантиям. Однако по законодательству США реструктуризация портфеля финансовых продуктов могла производиться только после одобрения надзорного органа.

Поэтому MBIA Insurance в соответствии с законом «О страховании» обратилась в надзорный орган (заявление ex parte суперинтенданту) с подробным описанием ряда предлагаемых сделок по реструктуризации, которые в дальнейшем непрерывно дополнялись и изменялись. Однако скрытая цель таких сделок оставалась прежней — разделить единый портфель предоставленных компанией финансовых продуктов на два, чтобы избавиться от того, который стал «токсичным».

Далее MBIA Insurance объявила и распределила дивиденды (1,147 млрд долл.), которые были выплачены MBIA Inc. Затем MBIA Insurance выкупила примерно одну треть своего основного капитала из MBIA Inc., уплатив MBIA Inc. еще примерно 1 938 млн наличными и ценными бумагами, а также передала все выпущенные и находящиеся в обращении акции MBIA Illinois. Затем MBIA Inc. перечислила денежные сред-

¹⁹ ABN AMRO Bank, N.V. v MBIA Inc. / 2011 NY Slip Op 05542 [17 NY3d 208]. <https://casetext.com/case/abn-amro-bank-v-mbia-inc-124-ny-6-28-2011> (дата обращения: 05.09.2020).

ства, полученные от распределения дивидендов, а также денежные средства, ценные бумаги и акции MBIA Illinois, полученные в связи с погашением акций, в компанию MuniCo Holdings Inc. (MuniCo), стопроцентную дочернюю компанию MBIA Inc. После этого MuniCo должна была капитализировать MBIA Illinois, которая перестала быть дочерней компанией MBIA Insurance. В результате совершенных ею сделок MBIA Insurance вывели из своего капитала активы на сумму 2,085 млрд. долл.

MBIA Illinois и MBIA Insurance заключили ряд сделок, в соответствии с которыми MBIA Illinois приняла обязательство «перестраховывать все страховые полисы и финансовые гарантии, проданные или перестрахованные MBIA Insurance». Это позволяло владельцам полисов муниципальных облигаций подавать претензии непосредственно в MBIA Illinois, а также в MBIA Insurance. В качестве встречного предложения MBIA Insurance перечислила около 13,66 млрд компании MBIA Illinois. Большая часть этих средств представляла собой «чистый незаработанный резерв премий... связанный с политикой муниципальных облигаций». Таким образом, активы MBIA Insurance постепенно выводились в сектор более надежных в период кризиса муниципальных облигаций, тогда как портфель финансовых гарантий постепенно «оголялся» и в нем оставались в основном обещания.

Интересна позиция надзорного органа по данному делу. Суперинтендант одобрил предложенную выплату дивидендов от MBIA Insurance к MBIA Inc., ссылаясь на формальное соответствие закону «О страховании» (§ 4105 (a)), который требовал, чтобы MBIA Insurance «сохранил достаточный излишек для обеспечения своих обязательств». Затем суперинтендант одобрил предложенный выкуп акций, заключив в соответствии с законом «О страховании» (§ 1411 (d)), что он был «разумным и справедливым». Что касается описанной выше перестраховочной деятельности MBIA Illinois, то суперинтендант не осудил ее, сославшись опять же на закон «О страховании» (§§ 1308, 1505 и 6906). В своем

письме суперинтендант неоднократно подчеркивал, что его мнение основывается на «представлениях, содержащихся в документах и обращениях MBIA Insurance».

После того как суперинтендант выдал свое одобрение, реструктуризация портфеля финансовых продуктов была завершена. На следующий день MBIA Inc. публично объявила, что ей удалось отделить свой портфель полисов муниципальных облигаций от портфеля полисов структурированного финансирования путем реструктуризации портфеля своей основной страховой дочерней компании MBIA Insurance.

На этом этапе сложившаяся ситуация стала понятной клиентам рассматриваемых страховых организаций. Поэтому уже в мае 2009 г. клиенты возбудили дело в Верховном суде штата Нью-Йорк, обвинив страховые компании в мошеннических сделках, но не по закону «О страховании», а по нью-йоркскому законодательству о должниках и кредиторах. Истцы настаивали на нарушении гарантийных обязательств, злоупотреблении корпоративным законодательством и неосновательном обогащении страховых компаний.

Истцы утверждали, что менеджеры страховой компании мошенническим образом лишили MBIA Insurance приблизительно 5 млрд долл. — в наличных суммах и ценных бумагах. В результате реструктуризации портфеля финансовых продуктов MBIA Insurance фактически не получила никакого вознаграждения за переданные ею активы. Истцы также утверждали, что эти мошеннические действия должны привести к возникновению у них потенциальных миллиардных убытков, поскольку MBIA Insurance в настоящее время критически недокапитализирована и неплатежеспособна.

Ответчики ходатайствовали об отклонении жалобы, со ссылкой на позицию надзорного органа (суперинтенданта), который одобрил реструктуризацию. Иными словами, ответчики предложили истцам судиться не с ними, а с надзорным органом. В ответ на это истцы подали иск на основании ст. 78 Закона штата Нью-Йорк «О страховании»²⁰ в Верховный суд штата. Ист-

²⁰ 2010 NY Slip Op. 17 NY3d at [221] 50238 [U].

цы добивались отмены решения суперинтенданта, заявляя, что сделки, одобренные им, недействительны²¹.

Верховный суд штата посчитал, что одобренная Страховым департаментом (надзорным органом) реструктуризация портфеля финансовых продуктов не освобождает ответчиков от последующего исполнения требований законодательства. Суд указал, что «суперинтендант не был приглашен компанией для изучения вопроса о том, намеревались ли ответчики обмануть страхователей», т.е. он действовал добросовестно. Затем Верховный суд штата оценил юридическую обоснованность жалобы и установил, что истцы надлежащим образом доказали основание своего иска в соответствии с законодательством о должниках и кредиторах. Таким образом, ситуация в Верховном суде штата сложилась не в пользу ответчиков.

В апелляционном суде двое судей частично не согласились с решением Верховного суда штата Нью-Йорк, в результате чего оно было отменено и удовлетворено ходатайство ответчиков об отклонении жалобы истцов²². В результате большинство судей высказало мнение о том, что единственным средством правовой защиты, имеющимся в распоряжении истцов, является процедура, предусмотренная ст. 78 Закона штата Нью-Йорк «О страховании». Речь шла об оспаривании решения суперинтенданта (надзорного органа). Несмотря на такую позицию, большинство судей апелляционного суда все же признало позицию истцов о нарушении контракта страховыми компаниями, руководствуясь Пактом о добросовестности и добросовестных сделках. Суд принял во внимание достаточность доводов истцов о том, что MBIA Insurance мошеннически передала миллиарды долларов своих активов MBIA Inc., существенно снизив свою платежеспособность, в том числе по независимым гарантиям.

Приведенное дело о независимых гарантиях, выдаваемых страховыми институтами, позволяет сделать несколько выводов.

Во-первых, институт независимых гарантий может успешно использоваться только в стабильных экономических условиях, когда гарантии востребованы лишь небольшой частью общества. Как показал опыт мирового кризиса 2008–2010 гг., с началом масштабного кризиса этот институт фактически перестает функционировать.

Во-вторых, уход от гарантийных обязательств в период кризиса может быть произведен с использованием внешне корректной административной процедуры, которая, однако, оказывается полезной лишь для страховой организации, но не для ее контрагентов.

В-третьих, существуют отработанные механизмы реструктуризации портфеля обязательств, которые позволяют освободиться от «токсичного» гарантийного портфеля.

В-четвертых, гарант, которому в условиях кризиса становится невыгодно исполнять гарантийные обязательства, имеет возможность ссылаться на альтернативное законодательство, а также переводить дело в сферу административной юстиции, в форму спора с надзорным органом, который одобрил антикризисные действия.

Несмотря на указанные проблемы, институт независимой гарантии по-прежнему остается наиболее востребованным способом обеспечения исполнения обязательств в США.

Исходя из изложенного, обоснован вывод, что американский подход к пониманию правовой природы банковской гарантии базируется на двух теоретических основаниях.

Во-первых, с точки зрения американских судов отличительной чертой независимой гарантии является ее сходство с институтом документарного аккредитива. Отделившись от резервного аккредитива, независимая гарантия все же сохранила с ним общие родовые черты. Например, в деле *Marubeni Hong Kong and South China Limited v The Mongolian Government*²³ суд указал, что гарантии по требованию (performance bonds, performance guarantees, demand bonds) являются специальными формами безотзывных инструментов, используемыми в основном в банковской сфере для

²¹ ABN Amro Bank N. V. v MBIA Inc., 26 Misc 3d 1223[A], 2010 NY Slip Op 50238[U] [Sup Ct, NY County 2010].

²² ABN AMRO Bank, N. V. v MBIA Inc., 81 AD3d 237, 248 [1st Dept 2011].

²³ *Marubeni Hong Kong and South China Ltd. v. Government of Mongolia* [2004] 2 Lloyd's rep. 198.

клиентов банков. Они принимаются судами как эквивалент безотзывных аккредитивов.

Во-вторых, английским и американским судам принадлежит идея о разграничении договора поручительства и гарантии по требованию. В результате исторического развития концепция независимой гарантии, которая сформировалась в международной торговле, во многом находилась под влиянием американского банковского законодательства в связи с расширением торговых отношений со странами континентальной Европы.

Однако принятие американской и английской терминологии банками континентальной Европы привело к определенной путанице в понятиях. На практике был разработан хорошо известный тип личной защиты — дополнительная гарантия, называемая поручительством (Guarantee, standby letter of credit, performance bond, Advance payment Guarantee, Bid Bond), хотя термины «гарантия» (guarantee) и «гарантийное письмо» (letter of guarantee) также используются в коммерческой и банковской практике.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Брежнев В. Э. Судебный прецедент в России: полемика и предложения // Научные проблемы гуманитарных исследований. — 2011. — № 9. — С. 249–253.
2. Ерпылева Н. Ю. Гарантийные операции банков в международном банковском праве // Международные банковские операции. — 2005. — № 6. — С. 26–45.
3. Кива-Хамзина Ю. Л. Судебный прецедент — самостоятельный источник права в России // Экономика и политика. — 2014. — № 1 (2). — С. 124–125.
4. Климентьев В. А. Некоторые вопросы истории банковской гарантии // Пробелы в российском законодательстве. — 2018. — № 1. — URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/nekotorye-voprosy-istorii-bankovskoy-garantii>.
5. Лисаченко А. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств после 1 июня 2015 года // URL: https://regforum.ru/posts/1674_ot_bankovskoy_k_nezavisimoy/ (дата обращения: 29.07.2020).
6. Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. — М.: Статут, 2005.
7. Силаева О. С. Судебный прецедент как источник права в России // Вестник Челябинского государственного университета. Серия «Право». — 2011. — № 19 (234). — С. 13–18.
8. Richard R. O. The Rise of Modern American Contract Law. Chapter 2. — USA, 2015.
9. Thorburn K. S. Bankruptcy auctions: costs, debt recovery, and firm survival // Journal of Financial Economics. — 2000. — Т. 58. — № 3. — P. 337–368.

Материал поступил в редакцию 4 августа 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Brezhnev V. E. Sudebnyj precedent v Rossii: polemika i predlozheniya // Nauchnye problemy gumanitarnyh issledovanij. — 2011. — № 9. — S. 249–253.
2. Erpyleva N. Yu. Garantijnye operacii bankov v mezhdunarodnom bankovskom prave // Mezhdunarodnye bankovskie operacii. — 2005. — № 6. — S. 26–45.
3. Kiva-Hamzina Yu. L. Sudebnyj precedent — samostoyatel'nyj istochnik prava v Rossii // Ekonomika i politika. — 2014. — № 1 (2). — S. 124–125.
4. Kliment'ev V. A. Nekotorye voprosy istorii bankovskoj garantii // Probely v rossijskom zakonodatel'stve. — 2018. — № 1. — URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/nekotorye-voprosy-istorii-bankovskoy-garantii>.

5. Lisachenko A. Bankovskaya garantiya kak sposob obespecheniya ispolneniya obyazatel'stv posle 1 iyunya 2015 goda // URL: https://regforum.ru/posts/1674_ot_bankovskoy___k_nezavisimoy/ (data obrashcheniya: 29.07.2020).
6. Rasskazova N. Yu. Bankovskaya garantiya po rossijskomu zakonodateľstvu. — M. : Statut, 2005.
7. Silaeva O. S. Sudebnyj precedent kak istochnik prava v Rossii // Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Pravo». — 2011. — № 11 (234). — S. 13–18.
8. Richard R. O. The Rise of Modern American Contract Law. Chapter 2. — USA, 2015.
9. Thorburn K. S. Bankruptcy auctions: costs, debt recovery, and firm survival // Journal of Financial Economics. — 2000. — T. 58. — № 3. — P. 337–368.