

Обзор круглого стола «Банковская гарантия: актуальные проблемы банковской и судебной практики»

Аннотация. В статье рассмотрены основные доклады участников круглого стола «Банковская гарантия: актуальные проблемы банковской и судебной практики», состоявшегося 26 мая 2017 г. в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА). В докладах были освещены актуальные проблемы банковской практики, возникающие при работе с банковскими гарантиями, в частности с электронной формой гарантии; неопределенность понятия «представление требований к гаранту»; ответственность банка при приостановлении платежа по гарантии; прекращение независимой гарантии.

Ключевые слова: круглый стол, банковская гарантия, контргарантия, электронная форма, представление требований, сроки, приостановление платежа, прекращение гарантии.

DOI: 10.17803/1994-1471.2017.83.10.204-213

Кафедрой банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (далее — Университет) 26 мая 2017 г. был проведен круглый стол на тему: «Банковская гарантия: актуальные проблемы банковской и судебной практики».

Поводом для проведения круглого стола послужила назревшая потребность совместного комплексного обсуждения представителями науки и банковскими юристами не только теоретических, но и практических проблем применения законодательства о независимых гарантиях в целом и банковских гарантиях в частности. Обсуждение проводилось с учетом действующего российского законодательства,

нормативных правовых актов Банка России, практики их применения, а также зарубежного опыта. Целью проводимого обсуждения является обобщение правовых проблем работы с гарантиями в банковской практике.

В работе круглого стола приняли участие как представители научного сообщества (сотрудники кафедры банковского права Университета и кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова), так и представители Банка России и ведущих банков Москвы.

Модератор круглого стола **Людмила Георгиевна Ефимова**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой банковского права Университета приветственным словом открыла работу круглого стола.

© Михеева И. Е., 2017

* *Михеева Ирина Евгеньевна*, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ya.miheeva@yandex.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Участники круглого стола активно обсуждали наиболее актуальные проблемы, возникающие в банковской практике при работе с банковскими гарантиями, тонкости и недостатки правового регулирования и проблемы применения банками законодательства о банковских гарантиях в свете сложившейся судебной практики.

В рамках круглого стола были представлены доклады участников, обозначим лишь некоторые из них.

Т. Ивашкова, начальник исполнительной дирекции отдела документарных операций и торгового финансирования АО «Райффайзенбанк» выступила с докладом об использовании электронной формы гарантий в системе государственных закупок, перспективах развития, в котором отметила, что российское законодательство позволяет в настоящее время выдавать независимые гарантии в форме электронного сообщения (далее также — электронная гарантия, электронная форма гарантии), несмотря на то, что еще не так давно в судах возникали споры о действительности таких гарантий. Данный спор был разрешен Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 23.03.2012 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий», в котором суд указал, что «требования статьи 368 ГК РФ о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ)»¹. После внесения в 2015 г. изменений в ГК РФ возможность выдачи независимой гарантии в электронной форме получила закрепление на законодательном уровне. Вместе с тем, учитывая, что речь идет об обмене документами в банковской сфере, выдача гарантий в электронной форме должна сопровождаться надежной системой аутентификации документов в соответствии с требованиями Федерального закона от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи»².

В последние несколько лет в России электронная форма широко практикуется для выпуска гарантий по системе SWIFT при реализации сделок международной торговли. Системой SWIFT проводится непрерывная работа по адаптации сообщений под требования по обмену документами на всех этапах жизненного цикла гарантии, от выпуска до выставления требования или отказа от прав. В 2018 г. планируется внедрение новых стандартов сообщений.

В портфеле большинства российских банков «международные» гарантии не занимают существенной доли, подавляющее большинство гарантий выпускается для обеспечения внутрироссийских сделок. Использование системы SWIFT имеет объективные ограничения, обусловленные отсутствием необходимых знаний иностранных языков, дополнительными комиссиями банков, отсутствием четкого понимания последствий применения некоторых форматов сообщений (например, MT769 для отказа от прав). Сложилась практика, когда банки выдают гарантии на бумажном носителе, после этого в связи с обращением бенефициара также подтверждают выдачу гарантии по системе SWIFT.

Для развития рынка банковских гарантий в электронной форме в России требуются решения, адаптированные для российского рынка, учитывающие в том числе имеющиеся возможности по идентификации документов со стороны всех участников сделки (использование квалифицированной электронной подписи, соответствующей ГОСТ).

Первым положительным опытом применения электронных гарантий в пользу государственных органов в нашей стране было внедрение электронных гарантий для Федеральной таможенной службы (ФТС России) в соответствии с п. 3 ст. 141 Федерального закона от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»³, предусматривающем, что банковская гарантия представляется в таможенный орган в пись-

¹ См.: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23.03.2012 № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». П. 3 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2012. № 5.

² СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

³ СЗ РФ. 2010. № 48. Ст. 6252.

менной форме на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного усиленной квалифицированной электронной подписью лица, обладающего правом от имени банка, иной кредитной организации подписывать банковские гарантии. Взаимодействие между таможенными органами и банками осуществляется при посредничестве Банка России (ранее был опыт внедрения электронного обмена в целях валютного контроля) с учетом требований положения Банка России от 27.05.2016 № 545-П⁴. При передаче сообщений используется усиленная квалифицированная электронная подпись руководителя банка, а также специальные программы шифрования сообщений. В апреле 2017 г. выпущены первые гарантии в форме электронного документа. Преимущество таких гарантий: электронное подтверждение факта успешной доставки гарантии либо отказа в принятии, сокращенные сроки рассмотрения гарантий (1 день вместо 5), отсутствие необходимости представлять вместе с гарантией пакет документов, подтверждающих полномочия лица, подписавшего гарантию. Таможенный орган может направить в банк уведомление об отказе от прав по банковской гарантии в электронном виде. Пока не предусмотрены возможность изменения гарантии и выставление требования по гарантии в электронной форме.

В определенных случаях электронный обмен при выдаче гарантий осуществляется и при работе с налоговыми органами. Банк не может выдать для налогового органа гарантию путем направления электронного сообщения, но может направить электронное уведомление о выдаче гарантии. В данном случае обмен электронными сообщениями осуществляется через организации, специализирующиеся на ЭДО. Разработаны форматы при выставлении требований. Представляется целесообразным предусмотреть в НК РФ (ст. 176.1) либо в приказе ФНС России от 25.10.2010 № ММВ-

7-3/515@⁵ возможность выдачи электронных гарантий, поскольку необходимая для этого инфраструктура уже сформировалась.

В докладе также подчеркнуто, что с целью расширения рынка банковских гарантий актуален переход на электронные формы гарантий в сфере государственных закупок, осуществляемых в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁶ (далее — Закон № 44-ФЗ). Выпуск производится на бумажном носителе, но банки обязаны размещать информацию и копию гарантии на сайте госзакупок.

По мнению докладчика, условиями перехода на электронный обмен документами при выдаче банковских гарантий являются:

- а) изменение действующего законодательства и подзаконных актов, направленное на выстраивание четких и прозрачных процессов взаимодействия между участниками отношений, а именно:— доработка требований к банковской гарантии, предусмотренных ст. 45 Закона № 44-ФЗ (например, уточнение требований к содержанию банковской гарантии и устранение некорректных положений, в том числе об отлагательном условии);— дополнение ст. 45 Закона № 44-ФЗ положениями, предусматривающими возможность (или обязанность) банков выпускать гарантии в электронной форме (вместо обязанности размещать копии гарантий в открытом доступе на сайте госзакупок), устанавливающих обязанность заказчика осуществлять электронный документооборот с гарантом на всех этапах жизненного цикла гарантии (например, при отказе от прав, смене бенефициара и т.п.); — закрепление в нормативных актах (например, в постановлении Правительства РФ от 08.11.2013 № 1005 «О банковских

⁴ Положение Банка России от 27.05.2016 № 545-П «О порядке передачи банками, иными кредитными организациями в таможенные органы, а также таможенными органами в банки, иные кредитные организации электронных документов, подписанных усиленной квалифицированной электронной подписью, и информации в электронном виде в связи с выдачей банковских гарантий уплаты таможенных пошлин, налогов» // Вестник Банка России. 22.06.2016. № 58.

⁵ Приказ ФНС России от 25.10.2010 № ММВ-7-3/515@ «Об утверждении Порядка уведомления банком налогового органа о факте выдачи банковской гарантии» // Российская газета. 16.03.2011.

⁶ СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

гарантиях, используемых для целей Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»⁷⁾ форматов электронных сообщений взаимодействия при выпуске электронных гарантий;

- б) создание технической базы (на основе имеющихся систем, в том числе личного кабинета на сайте госзакупок) или на новой платформе (например, на базе распределенного реестра и создания соответствующего облачного хранилища).

Переход на электронные гарантии в сфере государственных закупок позволил бы существенно снизить издержки участников, которые в конечном счете оплачиваются за счет бюджета, решить проблему распространения поддельных гарантий, ускорить процесс заключения контрактов.

В заключение докладчик отметила, что целесообразно было бы изучить опыт Республики Казахстан, где электронные гарантии в сфере госзакупок были внедрены более года назад.

С. Коловоротная, начальник кредитно-правового отдела Договорного управления Юридического департамента, АО «ЮниКредит Банк» в своем выступлении рассмотрела проблемы применения п. 2 ст. 374 ГК РФ о представлении требования бенефициара к гаранту до окончания срока действия независимой гарантии. Докладчик отметила, что, поскольку в законе не определено, что понимается под «представлением требований», на практике возникает множество спорных ситуаций.

Прежде всего, как указано в докладе, эти проблемы обусловлены различным пониманием норм ГК РФ о сроках, подлежащих применению к рассматриваемой ситуации. Вопрос об определении срока представления требования по гарантии важен, поскольку согласно п. 1 ст. 376 ГК РФ гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование или приложенные к нему документы представлены гаранту по окончании срока действия независимой гарантии.

Судебная практика относительно сроков представления бенефициаром требования по гарантии сформировалась противоречивая. Отдельные суды применяют к спорным правоотношениям положения ст. 165.1 ГК РФ, согласно которой заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывают гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. В то же время другие суды применяют положения ст. 194 ГК РФ, согласно которой, если срок установлен для совершения какого-либо действия, оно может быть выполнено до 24 часов последнего дня срока.

Верховный Суд РФ в отношении конкретного дела указал, что «в рассматриваемом деле суды апелляционной и кассационной инстанций округа применили статью 165.1 Кодекса в правильном толковании, указав, что она не регулирует срок представления требования по банковской гарантии, который считается соблюденным бенефициаром в случае направления им требования о платеже по гарантии по почте в пределах срока действия гарантии. Толкование банком представления требования как вручения его гаранту в пределах срока банковской гарантии не основано на законе, его судебном применении и условиях рассматриваемой гарантии»⁸⁾. Суд основывался на положениях ст. 431 ГК РФ, в которой предусмотрено, что с учетом диспозитивного характера положений гражданского законодательства вывод о наличии у бенефициара обязанности по вручению требования банку может быть сделан лишь в случае прямого указания на это обстоятельство в законе или в условиях банковской гарантии. Расширительное толкование понятия «представление», указал суд, как синонима понятия «вручение» недопустимо.

В докладе приведены и другие примеры различного применения судами п. 2 ст. 374 ГК РФ.

Так, Арбитражный суд Волго-Вятского округа при рассмотрении дела отметил: «Суды правомерно установили, что требование бенефици-

⁷⁾ СЗ РФ. 2013. № 46. Ст. 5947.

⁸⁾ Определение Верховного Суда РФ от 17.05.2017 № 307-ЭС17-4458 по делу № А56-6478/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

ара об уплате денежной суммы по банковской гарантии представляет собой юридически значимое сообщение, которое подпадает под действие п. 1 ст. 165.1 ГК РФ. При этом термин “представить” означает — доставить в нужное место, т.е. непосредственное вручение получателю (в данном случае — гаранту) каких-либо предметов или документов (в данном случае — письменного требования бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии)»⁹.

Также докладчиком упомянуты судебные споры по срокам представления требований по гарантии, стороной в которых являлся АО «ЮниКредит Банк». Суть спора состояла в том, что банк, ссылаясь на измененные дополнением условия гарантии, отказал в возмещении по требованию, направленному по почте. В тексте гарантии стороны предусмотрели, что свои требования по банковской гарантии бенефициар обязан направить в установленный в гарантии срок, при этом условий о необходимости получения гарантом соответствующего требования в установленный в гарантии срок, гарантия не содержит. Как указал суд, «ответчиком не представлены доказательства согласия бенефициара с изменением № 5 к банковской гарантии, в которой определялся новый порядок представления требования по банковской гарантии, следовательно, данное изменение не должно затрагивать прав и обязанностей бенефициара».

Докладчиком сделан вывод о том, что последствием различного толкования понятия «представление требований по гарантии» являются следующие риски для банка-гаранта:

- отказ принципала в возмещении сумм, выплаченных по гарантии (ст. 379 ГК РФ) при исполнении гарантом требования, полученного за пределами срока действия гарантии;
- взыскание принципалом убытков с гаранта при отказе банка выпустить новую гарантию в рамках открытой документарной линии из-за невозможности «высвободить лимит» в дату окончания срока действия гарантии, требование по которой не получено в пределах срока гарантии;

- ответственность гаранта перед бенефициаром по ст. 395 ГК РФ;
- вероятность превышения кредитного лимита, одобренного на клиента (с учетом требований Банка России).

В заключение было высказано предложение о необходимости внесения изменений в ГК РФ, заменив в п. 2 ст. 374 ГК РФ слово «представлено» на «получено» применительно к требованию по гарантии.

Далее с докладом выступила **Ю. Пиотрович**, начальник отдела судебной защиты управления правового обеспечения Юридического департамента АО «ЮниКредит Банк», рассмотревшая отдельные вопросы предъявления бенефициаром требований по гарантии в свете судебной практики и последствия приостановления исполнения требования по гарантии.

Докладчиком отмечено, что, по мнению судов, гарант не вправе отказать в выплате по гарантии при наличии следующих нарушений со стороны бенефициара:

- допущение в требовании технических и прочих ошибок;
- отсутствие в приложении к требованию всех необходимых документов или наличие ряда недостатков в приложенных документах.

Данный вывод основан на позиции суда, который указал, что гарант не должен применять формальный подход при оценке требования о платеже, неточности и технические ошибки в требовании гаранта не могут влиять на его решение о выплате¹⁰.

Кроме того, как пояснялось в докладе, судом сделан вывод о том, что банк, имеющий возражения относительно тех сумм, которые он гарантировал, должен точно определять их природу в гарантии (пример: гарантия возврата аванса, суммы за выполнение конкретного этапа работы).

Также докладчиком была рассмотрена практика применения последствий для гаранта при приостановлении платежа по гарантии. Гарант имеет право приостановить платеж на срок до семи дней в случаях, предусмотренных в п. 2. ст. 376 ГК РФ.

⁹ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 07.03.2017 № Ф01-90/2017 по делу № А82-13156/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26.05.2016 № 09АП-18801/2016-ГК по делу № А40-222710/15 // СПС «КонсультантПлюс».

Однако реализация гарантом данного права влечет для него неблагоприятные последствия, т.е. возможность привлечения его к ответственности по ст. 395 ГК РФ. Так, по мнению судов, «данное право не препятствует бенефициару взыскать с гаранта, который просрочил выплату по требованию, проценты за пользование в порядке ст. 395 ГК РФ, начисленные с даты получения гарантом письменного требования¹¹.

Уплата таких процентов может быть возложена на принципала, если приостановление платежа по требованию была вызвана возражениями принципала.

Далее Ю. Пиотрович проанализировала ограничение принципа независимости гарантии положениями ст. 375.1 ГК РФ, предусматривающей, что бенефициар обязан возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие того, что представленные им документы являлись недостоверными либо предъявленное требование являлось необоснованным.

Данное правило, по нашему мнению, предусматривает возможность гаранта получить возмещение по гарантии от бенефициара в случаях, когда обеспечиваемое обязательство исполнено должником, а требование по гарантии не должно было быть предъявлено гаранту. Такое право является преимуществом для гаранта, особенно в случае банкротства принципала.

Схема реализуется следующим образом:

- гарант выплачивает сумму по требованию бенефициара;
- принципал (должник) обращается с иском к бенефициару (кредитору) по основному обязательству в суд, который устанавливает, что должником исполнены обязательства перед кредитором в полном объеме и, следовательно, бенефициар необоснованно получил исполнение по гарантии;
- суд в таком случае, основываясь на мнении, указанном в экспертизе, выносит решение в пользу принципала;
- гарант предъявляет требование к бенефициару в соответствии со ст. 375.1 ГК РФ.

При этом докладчиком отмечено, что, к сожалению, суды не всегда привлекают к участию

в таких делах гарантов, что может существенно снижать эффективность применения положений ст. 375.1 ГК РФ.

Докладчиком высказано мнение, что в том случае, когда принципал не произвел выплату гаранту, у гаранта должно возникать право требования к бенефициару в порядке ст. 375.1 ГК РФ о возмещении убытков. Если же принципал произвел выплату по гарантии, то такое право возникает у него. Учитывая отсутствие практики судов о применении ст. 375.1 ГК РФ, предлагается дать соответствующие разъяснения Верховным Судом РФ.

Работу круглого стола продолжила **О. Казаченок**, доцент Волгоградского государственного университета, которая в своем докладе раскрыла специальные отраслевые требования к банковской гарантии с учетом нормативных актов и судебной практики.

Российским гражданским законодательством установлены единые правила для банковской гарантии как вида независимой гарантии, в то же время существуют обеспечиваемые обязательства, для которых в силу их специфики законодатель предусмотрел особые требования, такие, например, как статус гаранта, существенные условия гарантии, ее содержание.

Наиболее распространенными сферами применения банковской гарантии являются контрактная система в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и налоговые правоотношения, в которых гарантом могут выступать исключительно банки, включенные в Перечень банков, имеющих право давать банковские гарантии в сфере налогообложения, размещенный на сайте Министерства финансов РФ.

В таможенной системе также ведется реестр лиц, которые могут выдавать банковские гарантии, но в него помимо банков могут быть включены иные кредитные или страховые организации.

ГК РФ не содержит специальных правил об ответственности гаранта за просрочку исполнения обязательств по выплате денежных сумм по гарантии, однако при применении банковской гарантии в сфере госзакупок и таможен-

¹¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.05.2017 № 09АП-14262/2017 по делу № А40-171513/16 // СПС «КонсультантПлюс».

ной сфере установлены специальные нормы, предусматривающие в качестве обязательного условия банковской гарантии выплату пени в размере 0,1 % от денежной суммы, подлежащей уплате, за каждый день просрочки гарантом исполнения своих обязательств.

Во многих случаях законодатель предусматривает рамки, ограничивающие требования бенефициара к банковской гарантии, которые он может предъявлять.

При этом специальные отраслевые нормы, регулирующие банковскую гарантию, как правило, содержат лишь основные требования к ее предмету и содержанию, оставляя более детальную проработку возникших спорных ситуаций в судебной практике.

Так, в сфере госзакупок многочисленные вопросы возникают при определении порядка исчисления сроков банковской гарантии¹² и формулировки основного обязательства, отражаемого в банковской гарантии¹³, при том, что неуказание в банковской гарантии всех условий обязательства, обеспеченного гарантией, не всегда является основанием для ее оспаривания¹⁴.

Применение банковской гарантии как способа обеспечения обязательств в отдельных видах деятельности, например в туристическом бизнесе, хотя и предусмотрено законом, но на практике практически не применяется в связи с тем, что прописанные в законе условия не совместимы с институтом банковской гарантии, в частности указание на то, что обеспечение по банковской гарантии выплачивается при прекращении туроператором деятельности, полностью исключает для гаранта возможность применения механизма регресса к принципалу.

М. Хадеева, руководитель направления правового сопровождения методологии кредитования и торгового финансирования Правовой

дирекции Публичного акционерного общества «Росгосстрах Банк», аспирантка кафедры банковского права Университета выступила с докладом о прекращении независимой гарантии: некоторых проблемах и путях их решения. Она отметила, что на практике банки регулярно сталкиваются с определенными проблемами, связанными с прекращением обязательств по независимой гарантии, одной из которых является возможность прекращения действия гарантии по основаниям, не предусмотренным ст. 378 ГК РФ.

Развивая эту мысль, докладчиком был обозначен ряд вопросов, таких как:

- требуется ли прямое указание в гарантии на прекращение обязательств по ней при наступлении данного обстоятельства?
- правомерно ли предусматривать (любые) иные основания, которые не предусмотрены ст. 378 ГК РФ?
- применяются ли общие основания для прекращения независимой гарантии, предусмотренные гл. 26 ГК РФ?

Ответ на последний вопрос представляется наиболее простым, по мнению докладчика. В доктрине давно сформировано мнение по вопросу применения общих оснований, предусмотренных ГК РФ для прекращения обязательств по независимой гарантии. Специальные правила о прекращении гарантии включают в себя некоторые общие основания прекращения гражданско-правового обязательства. Так, например, уплата гарантом бенефициару суммы, на которую выдана гарантия, означает надлежащее исполнение обязательства, что признается общим основанием прекращения всякого обязательства (п. 1 ст. 408 ГК РФ); отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательства может быть приравнен к прощению долга (ст. 415 ГК РФ)¹⁵.

¹² См., например: определение Верховного Суда РФ от 25.07.2016 № 307-КГ16-8505 по делу № А56-25036/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ См., например: определение Верховного Суда РФ от 15.04.2016 № 307-КГ16-2364 по делу № А56-71478/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ См., например: постановление Арбитражного суда Московской области от 13.07.2016 № Ф05-9371/2016 по делу № А40-149497/15 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ См.: Залог, банковская гарантия и другие способы обеспечения исполнения обязательств : Постатейный комментарий главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Б. М. Гонгалов, П. В. Крашенинникова. М. : Статут, 2010.

Относительно остальных ранее поставленных вопросов (может ли гарант включать в текст независимой гарантии условия для ее прекращения, не предусмотренные ст. 378 ГК РФ), необходимо отметить, что сформированная судебная практика по данному вопросу отсутствует.

При этом в целом допускается изменение условий, предусмотренных законом для односторонней сделки, которые прямо не указаны в качестве императивных или диспозитивных. Это подтверждается в п. 4 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»¹⁶.

Следуя этой логике, гарант и бенефициар вправе договориться о прекращении обязательств по независимой гарантии по основаниям, прямо не перечисленным в п. 1 ст. 378 ГК РФ. Данный тезис находит свое подтверждение в пп. 4 п. 1 ст. 378 ГК РФ, где прямо указано, что обязательство по независимой гарантии может прекращаться при наличии соответствующего соглашения гаранта с бенефициаром. При этом закон не запрещает заключить такое соглашение до предоставления независимой гарантии и включить в ее текст основания для прекращения, предусмотренные соглашением между бенефициаром и гарантом, но при этом прямо не перечисленные в ст. 378 ГК РФ.

Но что же делать, когда гарантия уже выдана и отсутствует возможность дополнительно урегулировать вопрос о ее прекращении с бенефициаром, а у гаранта имеются документы, позволяющие, согласно условиям выданной гарантии, уменьшить размер обязательств по ней до нуля?

Пункт 4 ст. 368 ГК РФ допускает наличие условия об уменьшении или увеличении суммы гарантии при наступлении определенного срока или определенного события. То есть закон прямо допускает включение в независимую гарантию отменительного условия (п. 2 ст. 157 ГК РФ), которое влечет снижение обязательств по гарантии до нулевого значения и, как следствие, ее прекращение. При этом в целях

устранения каких-либо сомнений относительно судьбы выданной гарантии рекомендуется включать в ее текст прямое указание на прекращение при снижении обязательств до нулевого значения.

В заключение докладчик отметила, что выводы о допустимости применения тех или иных правовых конструкций не подкреплены реальными примерами судебной практики. Учитывая, что свобода в определении некоторых условий сделок неоправданно ограничивается судом, участники гражданского оборота будут с осторожностью смотреть на включение в независимую гарантию «нетрадиционных» условий для ее прекращения до тех пор, пока законодатель прямо не выскажется относительно приемлемости или недопустимости такого изменения. При этом в Унифицированных правилах для гарантий по требованию, включая типовые формы (URDG) № 758 (ред. 2010 г.) (далее — Унифицированные правила)¹⁷ предусмотрено, что действие независимой гарантии прекращается, «если не осталось суммы, которая может быть по ней выплачена». Представляется целесообразным включение аналогичного положения в ГК РФ.

В завершение круглого стола выступила **И. Михеева**, доцент, заместитель заведующего кафедрой банковского права Университета с докладом, в котором рассмотрела проблемы определения правовой природы контргарантии и обязанного перед гарантом лица, разрешение которых имеет важное практическое значение.

Докладчик напомнила, что непрямая гарантия является одним из наиболее востребованных способов обеспечения исполнения обязательств, используемым кредитными организациями в международной практике. Российскими банками данный инструмент используется недостаточно широко и в большей степени дочерними банками иностранных банков.

В то же время российским законодательством и подзаконными актами вопросы применения контргарантий не урегулированы. Изменения, внесенные в гл. 23 ГК РФ «Обеспечение исполнения обязательств», не затро-

¹⁶ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Унифицированные правила для гарантий по требованию, включая типовые формы (URDG 758). Редакция 2010 года (публикация Международной торговой палаты № 758) // СПС «КонсультантПлюс».

нули институт контргарантии. Таким образом, регулирование контргарантий осуществляется только Унифицированными правилами.

Докладчик пояснила, что, исходя из определения контргарантии, указанного в Унифицированных правилах, ее предметом является обязательство контргаранта, предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования по контргарантии. В этом смысле контргарантия является способом обеспечения исполнения обязательств, аналогичным гарантии. Вместе с тем в рекомендуемой форме контргарантии (приложение к Унифицированным правилам) также содержится следующий текст, предусматривающий поручение контргаранта последующему контргаранту/гаранту выдать контргарантию/гарантию: «Пожалуйста, выдайте под нашу ответственность вашу гарантию в пользу бенефициара согласно следующему тексту...».

Представляется, что поручение о выдаче контргарантии является обеспечиваемым обязательством.

Выяснение правовой природы контргарантии является важным, поскольку необходимо ответить на вопрос о возможности предъявления гарантом и предшествующим контргарантом требований к контргаранту, с которым у них отсутствуют договорные отношения. Докладчиком сделан вывод о том, что к контргарантии должны применяться правила о смешанных договорах, а именно: гарантии и договора поручения.

Далее был раскрыт вопрос об определении обязанного по контргарантии лица. С одной стороны, исходя из обеспечительной функции контргарантии, мы видим, что обязанным перед последующим контргарантом/гарантом является контргарант. В то же время согласно Унифицированным правилам инструктирующей стороной (принципалом) является сторона, отличная от контргаранта, которая дает инструкции на выдачу гарантии или контргарантии и является ответственной за возмещение гаранту, а в случае контргарантии — контргаранту. Инструктирующая сторона может как являться, так и не являться аппликантом (сторона, обязательство которой по основной сделке обеспечивается гарантией).

По российскому праву принципал также может не являться обязанным по обеспечиваемому обязательству лицом. Таким образом, мы

видим, что перед последующим контргарантом и гарантом могут нести ответственность как предшествующий контргарант, так и инструктирующая сторона (принципал), соответственно, предъявление требований возможно к обоим из указанных лиц. В то же время определение ответственного лица с целью оценки рисков не следует полностью отождествлять с возможной ответственностью по обязательству.

Для определения ответственного лица перед последующими контргарантами и гарантом с целью выполнения требований Банка России необходимо ответить на следующие вопросы: от имени кого, за чей счет дается поручение последующему контргаранту о выдаче контргарантии, а также у кого возникают обязанности в результате данного поручения.

Из определения контргарантии, указанного в Унифицированных правилах, следует, что возникающее в рамках контргарантии обязательство является обязательством контргаранта, и поэтому в данном случае более уместным было бы применение положений гл. 51 ГК РФ, предусматривающей совершение комиссионером сделок от своего имени, но за счет комитента. При такой сделке права и обязанности возникают у комиссионера, т.е. в данном случае у банка-контргаранта.

Такое толкование соответствует международной практике и представляется более приемлемым, так как позволяет кредитным организациям (последующим контргарантам и гарантам) по контргарантии, включающей в себя две различные сделки, в качестве должника рассматривать одно лицо — контргаранта.

Докладчиком отмечено, что в соответствии с Унифицированными правилами инструктирующая сторона (принципал) является ответственной перед контргарантом и гарантом, из чего следует, что последующий контргарант и гарант в случае невыплаты по какой-либо причине (банкротство) требования по контргарантии имеют право предъявить требование к инструктирующей стороне (контргаранту).

Также в работе круглого стола приняли участие и выступили с докладами **В. Федянин**, начальник отдела правового обеспечения кредитных и документарных услуг АО «Росбанк», на тему «Правовые проблемы понятия принципала и изменение суммы банковской гарантии», **И. Москалева**, начальник Департамента правового сопровождения деятельности ПАО «Транс-

КапиталБанк», с докладом «Порядок рассмотрения требования по банковской гарантии: предмет, сроки и основания»; **И. Чебыкина**, директор Департамента по правовому обслуживанию корпоративного, розничного и инвестиционного бизнеса ПАО «Банк «ФК Откры-

тие»», с докладом «Возврат оригинала гарантии банку как основание прекращения гарантии», **Д. Алексеева**, доктор юридических наук, профессор кафедры банковского права Университета с докладом об актуальных проблемах судебной практики по банковским гарантиям.

Материал поступил в редакцию 30 мая 2017 г.

THE OVERVIEW OF THE ROUND TABLE "BANK GUARANTEE: CURRENT PROBLEMS OF THE BANKING AND JUDICIAL PRACTICE"

MIKHEEVA Irina Evgenevna — PhD in Law, Associate Professor, Deputy Head of the Department of Banking Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ya.miheeva@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

Abstract. *The article considers the basic reports of the participants of the round table "Bank Guarantee: Current Problems of the Banking and Judicial Practice", held on May 26, 2017 at Kutafin Moscow State Law University (MSAL). The reports highlighted the topical problems of the banking practices that occur when working with bank guarantees, in particular with the electronic form of guarantee; the uncertainty of the concept of "submission requirements" to the guarantor; the liability of the bank in case of suspension of payment under guarantee; cessation of independent guarantee.*

Keywords: *round table, bank guarantee, counter, electronic form, submission requirements, deadlines, suspension of payment, cessation of the guarantee.*