

Содержание:

Введение

Актуальность нашего исследования объясняется необходимостью совершенствования современного законодательства о банковской гарантии и практики его применения судами, также пересмотром укоренившихся в цивилистике взглядов на правовую природу банковской гарантии.

Несмотря на детальность норм, закрепленных в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ), тем не менее, ряд положений, закрепленных в §6 главы 23 [Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // Справочно-правовая система (далее – СПС) «Консультант-плюс», 2019], вызывает некоторые сомнения, поэтому некоторые нормы, на наш взгляд, не могут считаться достаточными. Нельзя не коснуться и вопросов по процессуальным отношениям, возникающим в спорах судебных рассмотрений, вытекающих из отношений по банковской гарантии.

Стоит отметить, что отечественной цивилистикой не выработаны общенаучные подходы к определению правовой природы института банковской гарантии. Одна часть российских ученых склоняет нас к тому, банковская гарантия является вполне самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств. При этом главным признаком банковской гарантии, который его отличает, является независимость обязательства гаранта от обязательств (ст. 370 ГК РФ). В связи с этим банковская гарантия позиционирует с поручительством. Другая часть цивилистов предпочитают видеть в банковской гарантии обязательство дополнительное или по-научному акцессорное по отношению к основному. Однако они не приходят к умозаключению, что банковская гарантия является разновидностью поручительства. Есть и совершенно другие мнения. Так некоторые ученые отрицают обеспечительный характер банковской гарантии.

Таким образом, актуальность темы настоящей работы очевидна и не вызывает сомнений.

Целью данного исследования является выявление особенностей юридической природы банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств.

Постановка указанной цели определяет необходимость решения следующих задач исследования:

- кратко рассмотреть историю возникновения банковской гарантии в российском законодательстве;
- определить понятие гарантии, а также выяснить виды банковской гарантии;
- выяснить правовые особенности независимой (банковской) гарантии.

Объектом работы выступают общественные отношения, складывающиеся в процессе банковской гарантии.

Предметом изучения являются нормы гражданского законодательства, а также других законодательных актов, затрагивающие проблемы банковской гарантии.

Информационную базу работы составили нормы российского гражданского законодательства, федеральные законы, правоприменительные акты судов РФ, относящиеся к рассматриваемой проблеме.

Важным и необходимым источником по нашему исследованию явился Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) в части первой [Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Несколько статей данного кодекса (с 368 по 379) конкретно рассматривают изучаемую нами проблему.

Немало новшеств в ГК РФ по исследуемым статьям внес федеральный закон №42 от 8 марта 2015 г. [Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» от 08.03.2015 № 42-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2015 г. – №10. – Ст. 1412].

Весьма важным является международный опыт в проблеме нормативного регулирования банковской гарантии. Поэтому нельзя было обойти вниманием и такие международные источники по изучаемой проблеме. Это Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах [Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. –

М.: БЕК, – 1997], Унифицированные правила по договорным гарантиям [Унифицированные правила по договорным гарантиям [рус., англ.] (Публикация Международной торговой палаты №325) (с изм. и доп. 1978 г.) // СПС «Консультант-плюс», 2019], Унифицированные правила для гарантий по первому требованию [Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (редакция 1992 г., публикация МТП №458) // СПС «Консультант-плюс», 2019]

В работах В.А. Климентьева [Климентьев В.А. Некоторые вопросы истории банковской гарантии / В.А. Климентьев // Пробелы в российском законодательстве. – 2011. – №1. – С.119 – 124] весьма доступным языком показана история развития банковской гарантии в России, в том числе ее переход в независимую гарантию.

Работа состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованных источников.

Глава.1 История возникновения банковской гарантии в российском законодательстве

Принято считать, что банковская гарантия – это достаточно новый в России способ обеспечения исполнения обязательств, введенный впервые в 1994 г. в первой части ГК РФ [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Однако существует множество мнений и доказательств различных отечественных авторов относительно периода появления и развития банковской гарантии в России.

Многие ученые придерживаются мнения, что первые упоминания о банковской гарантии появились намного раньше. Так согласно, части 2 статьи 186 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. устанавливалась возможность обеспечения исполнения обязательств между социалистическими организациями гарантией [Байгушева Ю.В. Банковская гарантия. Дис. канд. юр. наук:, 2008. 12.00.03. – Ярославль, 2008. – С.28]. Она представляла собой самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств, который отличался от поручительства

субъективным составом участников, а самое главное, у гаранта отсутствовало право регресса к должнику. Необходимо отметить, что гарантия, того времени, как самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств, служила, исключительно, учетной формой соблюдения расчетных интересов сторон и, следовательно, имела ограниченную сферу применения.

Институт гарантии применялся в отношениях между государственными организациями [Байгушева Ю.В. Банковская гарантия. Дис. канд. юр. наук., 2008. 12.00.03. – Ярославль, 2008. – С.28]. Государственный банк выдавал кредит предприятию, которое также являлось государственным, а гарантом выступал вышестоящий государственный орган. В случае если государственное предприятие нарушало свои обязательства, вышестоящий орган должен был выплатить денежные средства вместо предприятия, но права регресса не возникало, из-за того, что в условиях административно-командной экономики, в этом не было необходимости, так как все имущество предприятий принадлежало государству.

В результате проведения реформ в сфере экономики, с целью перевода предприятий из государственной собственности на хозяйственный расчет, в Основах гражданского законодательства Союза ССР от 31 мая 1991 г., гарантия утратила свою самостоятельность и была полностью отождествлена с поручительством, согласно пункту 6 статьи 68. Термин «гарантия» стал употребляться для обозначения договора поручительства. Ответственность поручителя была субсидиарной, во всех случаях, кроме предусмотренных законом или договором, тогда ответственность могла быть и солидарной. Главным отличием от ГК РСФСР 1964 г. было то, что у исполнившего основное обязательство поручителя, в любом случае, возникало право регресса к должнику [Витрянский В.В. Банковская гарантия / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – № 10. – С.3–4].

Рассмотрев эти два периода можно сделать вывод о том, что до 1994 г. были упоминания о гарантии, но чаще всего ее отождествляли с поручительством и их свойства были похожи. А с 1991 г. гарантия стала частью поручительства, и не было речи о том, что гарантия может быть самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств.

Банковская гарантия, которая была введена в 1994 г. в первую главу Гражданского кодекса РФ, являлась полностью самостоятельным и новым способом обеспечения исполнения обязательств, который отличался от предыдущей гарантии, отождествленной с поручительством должнику [Витрянский В.В. Банковская

гарантия / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – № 10. – С.4]. Эту точку зрения поддерживает большинство исследователей должнику [Витрянский В.В. Банковская гарантия / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – № 10. – С.5].

Следует отметить, что институт банковской гарантии активно применялся и применяется в международном обороте. Но до 1978 г. специальных норм о гарантии не было в гражданских кодексах зарубежных государств, регулирование осуществлялось в основном обычаями делового оборота.

В 1978 г. Международной палатой были изданы «Унифицированные правила по договорным гарантиям» [Унифицированные правила по договорным гарантиям [рус., англ.] (Публикация Международной торговой палаты №325) (с изм. и доп. 1978 г.) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Это была первая, и успешная, попытка систематизировать существующие в международной практике обычаи применения гарантии. Эти правила применялись к любой гарантии, поручительству и подобному обязательству, в том случае, если стороны согласились на подчинение конкретной гарантии, этим Правилам, и если в самой гарантии была специальная оговорка об этом.

Если эти Правила противоречили положениям права страны участника или участников сделки, применимого к гарантиям, от которого стороны в любом случае не могли отступить, приоритет отдавался нормам национального права [Унифицированные правила по договорным гарантиям [рус., англ.] (Публикация Международной торговой палаты №325) (с изм. и доп. 1978 г.) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Главной особенностью Унифицированных правил 1978 г. была защита интересов гаранта от недобросовестного поведения бенефициара [Унифицированные правила по договорным гарантиям [рус., англ.] (Публикация Международной торговой палаты №325) (с изм. и доп. 1978 г.) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Для недопущения злоупотреблений при требовании платежей по гарантиям и уравнивания интересов сторон Международная Торговая палата в апреле 1992 г. издала «Унифицированные правила для гарантий по первому требованию». Суть в регулировании гарантии по первому требованию заключается в том, что гарант обязан выплатить бенефициару денежную сумму после предоставления бенефициаром письменного требования об уплате. И этого будет достаточно для произведения выплаты. Это очень удобно для бенефициара, так как ему не надо предварительно обращаться в юрисдикционные органы для осуществления своего

права требования по гарантии. Международный оборот товаров и услуг развивался и расширялся, следовательно, необходимо было максимально ускорить исполнение контрактов и ускорить и реализацию способов обеспечения исполнения обязательств по этим контрактам, при ненадлежащим их исполнении [Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (редакция 1992 г., публикация МТП №458) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В соответствии с вышеуказанными Правилами были разработаны нормы гражданского законодательства по институту гарантии. По своему существу банковская гарантия по российскому законодательству – это аналог гарантии по первому требованию в соответствии с Правилами 1992 г. Также необходимо отметить, что при разработке ГК РФ был учтен не только международный опыт, но и были приняты во внимание особенности отечественного хозяйственного оборота, именно это, как отмечают многие ученые, делает банковскую гарантию самобытным институтом российского гражданского права. С одной стороны, в ГК РФ не были включены некоторые положения Правил 1992 г., с другой стороны в ГК РФ появились нормы, аналогов которым, не было в Правилах 1992 г. [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Во-первых, необходимо отметить самое главное различие по международному и гражданскому законодательству – подходы к определению круга субъектов. Согласно правилам 1992 г., а именно, пункту «а» статьи 2, гарантом может выступать банк, страховая компания или любое другое юридическое лицо [Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (редакция 1992 г., публикация МТП №458) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. А из определения, приведенного в статье 368 ГК РФ 1994 г. отмечено, что гарантом может быть только ограниченное число субъектов – кредитное учреждение либо страховая организация [Колесник Г., Зубарева О. Существенные условия соглашения о предоставлении банковской гарантии / Г. Колесник, О. Зубарева // Хозяйство и право. – 2001. – № 9. – С.47]. В трудах отечественных специалистов существует мнение о том, что в ГК РФ 1994 г., необоснованно ограничен круг субъектов по банковской гарантии, что «гарантия должна стать общедоступной правовой конструкцией, а не оставаться только специальной банковской сделкой». Необходимо заметить, что такое изменение существовало не только в законодательстве РФ, но и в законодательстве других стран. До недавнего времени, во Франции операциями по предоставлению банковских гарантий могли заниматься только банки [Буркова А.Ю. Договор о выдаче банковской гарантии и

его обеспечение / А.Ю. Буркова // Банковское право. – 2007. – №1. – С.39]. Позже к кредитным организациям добавились страховые компании и Общества взаимного страхования.

Во-вторых, несомненным отличием является то, что в Правилах 1992 г. раздел о существенных условиях банковской гарантии является наиболее проработанным и детальным, по сравнению с ГК 1994 г. В третьей статье Правил к существенным условиям банковской гарантии относятся: наименования гаранта, принципала и бенефициара, указание на основное обязательство, срок сумма гарантии и другое [Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (редакция 1992 г., публикация МТП №458) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Следовательно, можно сделать вывод о том, что при принятии первой части ГК РФ 1994 г. был введен абсолютно новый для России способ обеспечения исполнения обязательств, а именно – банковская гарантия.

Стоит отметить, что международное регулирование банковских гарантий динамично и постоянно изменяется и развивается. Так 11 декабря 1995 г. Генеральной Ассамблеей ООН была принята Конвенция ООН «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах» [Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997]. Цель этой конвенции состоит в унификации международных правовых норм, касающихся гарантии и резервных аккредитивов. Ее смыслом является содействие использованию совместно гарантий и резервных аккредитивов там, где традиционно использовался только один из этих способов. Конвенция призвана способствовать укреплению общих основных признаков и принципов гарантий и резервных аккредитивов.

По своей сути содержание Конвенции соответствует Правилам 1992 г., но также дополняется путем регулирования вопросов, не включенных в сферу действия Правил 1992 г.

Конвенция ООН регулирует вопросы, связанные с мошенничеством и злоупотреблением при предъявлении бенефициаром требования платежа, а также способы правовой защиты в таких случаях [Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997].

Основное внимание Конвенции уделяется отношениям между гарантом и бенефициаром, так как независимая гарантия это обязательство в пользу бенефициара, между тем отношения гаранта и принципала не входят в сферу правового регулирования Конвенции [Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997].

В соответствии с первой статьей Конвенции ООН в некоторых конкретных случаях сторонам предоставляется возможность полностью исключить применение Конвенции в пользу применения другого права. Даже если положения Конвенции применимы, основу ее регулирования составляют диспозитивные нормы, благодаря которым стороны имеют большие возможности для исключения или преобразования положений Конвенции.

Необходимо отметить, что в соответствии со статьей 4, сфера применения Конвенции ограничивается обязательствами, которые имеют международный характер [Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997].

С 8 марта 2015 г. в ГК РФ вместо банковской гарантии появилось понятие «независимая гарантия», а правовое регулирование этого института стало заметно более подробным.

Главными отличиями являются:

Во-первых, в соответствии с ГК РФ 1994 г., гарантом могли быть: банк, иное кредитное учреждение или страхования организация, в соответствии с внесенными изменениями теперь гарантом может выступать банки, иные кредитные организации и другие коммерческие организации. Страховые компании, также могут быть гарантом, в соответствии с поправками, они относятся к другим коммерческим организациям.

Во-вторых, установлены обязательные требования к содержанию гарантии.

В соответствии со ст. 368 ГК РФ в независимой гарантии должны содержаться следующие сведения: дата выдачи, все участники гарантии, включая бенефициара, обеспечиваемое гарантией обязательство, сумма и срок действия гарантии, а

также обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Денежная сумма необязательно должна быть фиксированная. Главное, чтобы условия гарантии позволяли установить сумму, подлежащую выплате на момент исполнения обязательства гарантом.

Существенные условия гарантии были выработаны преимущественно судебной практикой. Так в соответствии с пунктом 2 постановления Пленума от 23.03.2012 №14 [Постановление Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 №14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» // СПС «Консультант-плюс», 2019] и пунктом 2 информационного письма Президиума от 15.01.98 №27 [Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019] Высший Арбитражный суд РФ считал, что обязательно указывать в гарантии срок ее выдачи и обязательство, которое она обеспечивает. Однако нижестоящие суды относили к обязательным и другие условия, такие как сумма гарантии и данные принципала (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.06.12 по делу № А58-6074/09 [Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.06.12 по делу № А58-6074/09 // СПС «Консультант-плюс», 2019]). Благодаря внесенным изменениям, четкий перечень существенных условий, снижает риск признания независимой гарантии недействительной.

В-третьих, расширено понятие о независимости гарантии от основных обязательств. Пунктом 1 ст. 368 и ст. 370 ГК РФ установлено, что обязательство гаранта уплатить денежную сумму не зависит от действительности обязательства, обеспечиваемого гарантией. У гаранта нет прав выдвигать возражения, которые основаны на обеспечиваемом обязательстве или на иных обязательствах, против требования бенефициара. Гарант не имеет права предъявлять к зачету бенефициару требование, уступленное принципалом. Однако, это можно изменить если отметить в самой гарантии или в соглашении между гарантом и принципалом [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. До внесения поправок, эти вопросы не регулировались законом.

В-четвертых, более детально прописаны положения об отзыве и изменении гарантии, установлено право гаранта приостановить платеж. Требование бенефициара проверяется гарантом на соответствие условиям гарантии. Гарант оценивает приложенные к нему документы по внешним признакам. Основания для

отказа в выплате остались неизменными, но стали изложены более детально. Гарант может отказать в выплате, если требование принципала или проложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии или они предъявлены по окончании срока гарантии. Нововведением является основание для приостановления гарантом платежа сроком до семи дней [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Гарант может воспользоваться этим основанием, если есть основания полагать, что:

- обстоятельство, на случай которого гарантия обеспечивала интересы принципала, не наступило;
- предоставленные ему документы недостоверны;
- основное обязательство недействительно или исполнение по этому обязательству уже принято принципалом без рекламаций.

Если в срок приостановки платежа обстоятельства, указанные выше не подтвердятся, то гарант должен исполнить требования принципала (п. 3 ст. 375, ст. 376 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В-пятых, установлены правила передачи прав по гарантии. В том случае, если в условиях гарантии прописана передача бенефициаром права требования к гаранту, эта передача возможна только с согласия гаранта, если в тексте гарантии не предусмотрено иное. Передача бенефициаром прав по независимой гарантии другому лицу допускается, если одновременно происходит уступка права по основному обязательству этому же лицу [Крапивина П.М., Жданова Н.В. Анализ истории возникновения банковской гарантии // Научно-аналитический экономический журнал. – 2017. – №5 (16). – С.10].

В-шестых, изменен срок вступления гарантии в силу и установлен срок рассмотрения требования бенефициара. Гарантия вступает в силу с момента ее передачи гарантом, если в гарантии не предусмотрено иное. Гарант обязан рассмотреть требования бенефициара и приложенные к нему документы в срок до пяти дней со дня, следующего за днем получения требования [Крапивина П.М., Жданова Н.В. Анализ истории возникновения банковской гарантии // Научно-аналитический экономический журнал. – 2017. – №5 (16). – С.10].

В-седьмых, введена ответственность бенефициара. Если требование бенефициара было необоснованным или предоставленные им документы были недостоверными, то он обязан возместить гаранту или принципалу убытки, причиненные из-за этого.

В-седьмых, введено новое основание для прекращения гарантии. Теперь допускается прекращение гарантии по соглашению бенефициара и гаранта.

Завершая анализ истории возникновения банковской гарантии в российском законодательстве и международного опыта ее применения, необходимо отметить, что институт гарантии существует в международном обороте и внутреннем обороте зарубежных государств достаточно давно, поэтому при разработке российских внутренних правил о банковской гарантии были учтены передовые на тот момент тенденции развития правового регулирования гарантий. Вместе с тем российский законодатель не просто скопировал международный опыт, но и учел особенности внутреннего правового регулирования.

Глава.2 Понятие и виды банковской гарантии

Согласно ст. 368 ГК РФ в силу банковской (независимой) гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) [Принципал (от латинского *principalis* (англ. *principal*)) – 1. в широком смысле глава, хозяин, начальник; 2. в праве основной, главный должник в обязательстве; лицо, от имени которого действует агент, представитель] обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) [Бенефициар – лицо, в пользу которого совершается платеж, аккредитив, или получатель по страховому полису] определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства.

Отметим, что в силу того, что банковская гарантия является нововведением, заимствованным из римского и международного права, в определении этого понятия законодатель использует иностранные юридические термины, широко применяемые в международной практике.

Положения указанных правил, сложившихся в международной банковской и коммерческой практике в качестве правовых обычаев, легли в основу института банковской гарантии в российском законодательстве. Вместе с тем в российском гражданском праве имеется ряд норм, существенно отличающихся от норм вышеуказанных правил, что делает банковскую гарантию самобытным институтом российского гражданского права.

В научной литературе имеют место иные оценки банковской гарантии.

По мнению одних авторов, банковская гарантия представляется неким результатом развития института гарантии, имевшегося в гражданском законодательстве советского периода. Между тем, гарантия по ГК РСФСР 1964 г. (ст. 210) представляла собой разновидность поручительства, приспособленную к административно – командной системе управления экономических отношений [Антропцева И.О. Банковская гарантия как банковская операция и способ обеспечения исполнения обязательств / И.О. Антропцева // Банковское право. – 2010. – №1. – С.30 – 32].

Но такое сравнение некорректно. Банковская гарантия не может быть квалифицирована как разновидность поручительства. И это прямо подчеркнуто в постановлении Президиума Высшего арбитражного суда [Постановление Президиума ВАС РФ № 5121/96 от 25.02.97 г. // Вестник ВАС РФ. – 1997. – №6].

По мнению второй группы авторов, с учётом того, что основанием к привлечению гаранта к уплате бенефициару денежной суммы является так называемый гарантийный случай (т.е. перечень нарушений, с наступлением которых появляется основание для предъявления требования по уплате определенной денежной суммы), имеет место черты сходства между банковской гарантией и договором страхования. Но наличие договора страхования не всегда подчинено цели обеспечения исполнения другого обязательства, например, кредитного договора. Договор страхования представляет собой самостоятельный договор, почему и выделен законодателем в отдельную главу ГК РФ (гл. 48) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Кредитор страхователя лишь тогда получает дополнительное обеспечение по этому договору, когда в нем он указан как выгодоприобретатель, а неисполнение (ненадлежащее исполнение) должником возложенного на него обязательства включено в круг страховых рисков.

Другую, крайнюю позицию занимает Е.А. Павлодский, считающий, что банковская гарантия вовсе не является способом обеспечения исполнения обязательств; по его мнению, «отнесение банковской гарантии к способам обеспечения исполнения обязательств имеет не больше оснований, чем, например, страхование риска невозврата заемных средств» [Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством / Е.А. Павлодский // Закон. – 1995. – № 5. – С.25].

Если идти в сравнении дальше, то можно найти определенное сходство банковской гарантии и переводного векселя, отмечая, что оно носит лишь внешний характер. И все же анализ банковской гарантии должен осуществляться исходя из содержания конкретных правовых норм, включенных в текст ГК РФ. И поэтому следует исходить из того, что банковская гарантия и в международном коммерческом обороте, и в действующем российском гражданском законодательстве отнесена к способам обеспечения исполнения обязательств. К такому же выводу пришли в своих работах профессор М.И. Брагинский и профессор В.В. Витрянский [Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия. Комментарии к новому ГК РФ / Брагинский М.И. – М.: Изд-во Центра деловой информ. еженедельника «Экономика и жизнь», 1995. – С.74; Витрянский В.В. Банковская гарантия / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – №10. – С.4 – 5].

Только в действующем ГК РФ банковская (независимая) гарантия приобрела для себя привычный в мировой практике «самостоятельный характер» как отдельный способ обеспечения исполнения обязательств [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Хотя, в российских правовых нормах, регулирующих правоотношения относительно банковской (независимой) гарантии, есть некоторые принципиальные отличия от международных документов.

Одной из особенностей банковских (независимых) гарантий заключается в том, что правовое регулирование данного института цивилистики имеет диспозитивную черту. В некоторых статьях ГК РФ правила применяются, если договором не установлено иное [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Можно утверждать, что высокая степень диспозитивности правового регулирования, выражающаяся в незначительном количестве прямых предписаний и отсутствии запретов, снижает эффективность реализации правовых норм и придает им в значительной степени декларативный характер.

Банковской (независимой) гарантии присущи две основные функции:

- содействия надлежащему исполнению обязательства, в обеспечение которого выдана банковская (независимая) гарантия;
- гарантии возмещения убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства, в обеспечение которого выдана банковская (независимая) гарантия.

По своей юридической конструкции банковская (независимая) гарантия не связана с предварительным выделением имущества как, например, некоторые виды залога или задаток. Она относится к способам обеспечения исполнения обязательств, не являющимся одновременно и мерами юридической ответственности как, например, неустойка [Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 12.01.2018)].

Банковская гарантия – единственный способ обеспечения исполнения обязательств, не зависящий от основного обязательства, это ее принципиальное отличие от остальных способов. Она относится к способам обеспечения, предусматривающим привлечение третьего лица к обеспечению обязательства, имущество которого наряду с имуществом должника может служить удовлетворением требований кредитора, и вместе с тем применяется независимо от основного обязательства [Уварова Л.Ф. Применение банковских гарантий в российской и международной практике / Л.Ф. Уварова // Журнал правовых и экономических исследований. – 2013. – № 2. – С.125].

Рассмотрим наиболее общую классификацию банковских гарантий.

В зависимости от того, имеет гарант право отозвать выданную гарантию или нет, банковские гарантии можно разделить на отзывные и безотзывные.

По общему правилу надлежащим образом выданная банковская (независимая) гарантия не может быть отозвана или изменена гарантом, если в ней не предусмотрено иное (ст. 371 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. В качестве основания для отзыва гарантии не могут использоваться ссылки на неисполнение или ненадлежащее исполнение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия. Условие же о том, что банковская гарантия может быть отозвана при надлежащем исполнении принципалом основного обязательства, правомерно.

Право на отзыв гарантии может быть безусловным или зависит от наступления определенных условий (например, признания принципала неплатёжеспособным, изменения содержания обеспечиваемого обязательства). Право на отзыв гарантии должно соответствовать условиям соглашения принципала и гаранта о выдаче банковской гарантии. Если гарант, обладающий правом отзыва, реализует его, то с момента получения бенефициаром письменного сообщения гаранта об отзыве гарантии обязательства гаранта, вытекающие из неё, прекращаются. Но если гарант не использовал право на отзыв гарантии, а бенефициар предъявил к нему требование об исполнении обязательства, вытекающего из банковской гарантии, то гарант не имеет права её отозвать, так как его право на отзыв пресекается фактом предъявления требования бенефициаром. Отзыв гарантом гарантии, выданной на условиях безотзывности, юридически ничтожен и не прекращает обязательства гаранта по ней [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Затем, в зависимости от оснований реализации платежей по банковским гарантиям они могут подразделяться на условные и гарантии по первому требованию (или безусловные) [Сирик Н. Банковская гарантия как механизм / Н. Сирик // Хозяйство и право. – 2008. – №7. – С.69].

Условная банковская гарантия предполагает, что требования бенефициара к гаранту подлежат удовлетворению только в том случае, если бенефициар предоставит судебное решение или иное доказательство ненадлежащего выполнения принципалом своих договорных обязательств. ГК РФ (ст. 374) воспринял наиболее удобную в практическом отношении форму – гарантию по первому требованию, по которой гарант производит платеж против простого требования бенефициара без представления судебного решения, вынесенного против принципала, или иного доказательства, свидетельствующего о ненадлежащем исполнении. При этом гарант вправе отказать в удовлетворении требований бенефициара, если они не отвечают гарантии или пропущен срок гарантии, о чем гарант предупреждает кредитора [Сирик Н. Банковская гарантия как механизм / Н. Сирик // Хозяйство и право. – 2008. – №7. – С.70 – 71].

В зависимости от того, имеет или не имеет бенефициар право передавать другому лицу требования к гаранту, предусмотренные в банковской гарантии, банковские гарантии подразделяются на передаваемые и непередаваемые. По общему правилу право требования к гаранту, принадлежащее бенефициару по независимой (банковской) гарантии, не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное (ст. 372 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ

(ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Передача права требования по банковской гарантии подчиняется нормам гл. 24 ГК РФ об уступке права требования (цессии).

Условия и порядок передачи бенефициаром права требования должны быть оговорены в самой банковской гарантии. Включение в банковскую гарантию условия о возможности передачи бенефициаром права требования третьему лицу должно быть оговорено в соглашении гаранта с принципалом. Если гарантия вопреки соглашению гаранта с принципалом выдаётся бенефициару с правом передачи требования из неё третьему лицу, то гарант теряет право регрессного требования к принципалу, а сама банковская гарантия приобретает абстрактный характер [Банковская гарантия по российскому законодательству / Рассказова Н.Ю. – М.: Статут, 2005. – С.59].

Возможно и другое деление банковской гарантии. Так, Т.В. Богачева [Гражданское право. Часть первая. Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М., 2012. – С.496], приводят следующее деление: на прямую и контргарантию. При прямой гарантии гарант принимает на себя обязательство непосредственно перед бенефициаром. Контргарантия применяется в случае, когда бенефициар не считает достаточной гарантию выданную банком, обслуживающим принципала. И, в связи с этим, просит принципала предоставить ему гарантию более известного банка. Тогда банк принципала может обратиться к такому банку, с просьбой выдать банковскую гарантию за своего клиента, а сам выдает этому банку – контргарантию, служащую обеспечением.

Эта классификация учитывает теоретический подход по делению видов банковской гарантии по различным основаниям. Также можно привести ряд других классификаций видов банковской гарантии. Рассмотрим, например, классификацию, предлагаемую консультантом юридического отдела Ассоциации российских банков, кандидата юридических наук Л.Г. Ефимовой [Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 22.03.2019)].

Указанный автор подходит к интересующему нас правовому институту с точки зрения зарубежного хозяйственного оборота, учитывают его пригодность и распространенность [Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 22.03.2019)].

1. Гарантия исполнения контракта (она предусматривает выплату гарантийной суммы в случае нарушения принципалом контракта). Примерная форма составления этой гарантии предусмотрена прецедентами в международной практике. Если, например, подрядчик (не будучи освобожденным от выполнения контракта в соответствии с пунктом контракта или законодательным решением, или решением суда) нарушает контракт (или не выполняет своих обязательств по нему), то поручитель (в российском праве – гарант) возмещает доверителю (или его представителям) все потери, издержки, затраты, которые могут возлагаться на него по причине невыполнения обязательства подрядчиком (принципалом). Определение размера потерь возлагается на независимую сторону (торговый эксперт, инженер), и это решение окончательно. Причем право на гарантию не зависит от изменений в основном контракте.

2. Тендерная гарантия (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, если принципал, выигравший тендер, откажется от заключения договора подряда).

3. Гарантия по возврату платежей (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, осуществляющему предоплату принципалу, если последний не выполнит своих договорных обязательств по поставке продукции, выполнению работ, оказанию услуг).

4. Резервный аккредитив (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, если принципал по каким-либо причинам не выставит аккредитив, а бенефициар предоставит все документы, необходимые для получения денег) [Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 22.03.2019)].

Мы вынуждены констатировать тот факт, что существующие общественные отношения, связанные с указанным институтом развиваются гораздо быстрее, чем находят свое надлежащее правовое регулирование со стороны отечественных законодателей. Практика идет по пути совершенствования законодательства, нормы которого регулируют применение подобных гарантий. Как следствие, в связи с отсутствием надлежащего правового урегулирования – проблема банковской или независимой гарантии и по сей день остается актуальной для научного исследования.

Подытоживая, данную главу мы пришли к следующим выводам.

Согласно ст. 368 ГК РФ в силу банковской (независимой) гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В действующем ГК РФ банковская гарантия приобрела для себя привычный в мировой практике «самостоятельный характер» как отдельный способ обеспечения исполнения обязательств. Одной из особенностей банковских гарантий заключается в том, что правовое регулирование данного института цивилистики имеет диспозитивную черту. В некоторых статьях ГК РФ правила применяются, если договором не установлено иное.

В данное время существует в цивилистике следующие виды гарантий банка:

- 1) отзывные и безотзывные;
- 2) гарантии по первому требованию (то есть безусловные) и условные;
- 3) непередаваемые и передаваемые.

Некоторые цивилисты, в частности, Т.В. Богачева [Гражданское право. Часть первая. Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М., 2012. – С.496] делит банковскую гарантию на прямую и контргарантию, а Л.Г. Ефимова [Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 22.03.2019)] на гарантию исполнения контракта (предусматривающая в случае нарушения контракта принципалом выплату гарантийной суммы), тендерную гарантию (в данном случае, если выигравший тендер принципал отказался от заключения договора подряда, тогда бенефициару выплачивается гарантийная сумма), гарантию по возврату платежей (бенефициару, который сделал предоплату принципалу, но принципал не исполнит обязательства по поставке продукции, предусмотренные договором, тогда ему (бенефициару) полагается гарантийная сумма) и резервный аккредитив (в случае не выставления аккредитива принципалом, тогда предоставивший в полном объеме документацию, нужную для получения денег бенефициар получит гарантийную сумму).

Глава.3 Правовые особенности независимой (банковской) гарантии

Одним из востребованных способов обеспечения исполнения обязательств должника в банковской практике является гарантия. В связи с внесенными изменениями ФЗ от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ [Федеральный закон (далее – ФЗ) «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» от 08.03.2015 № 42-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ). – 2015 г. – №10. – Ст. 1412] в ГК РФ появился институт независимой гарантии. Следует отметить, что регулирование независимой гарантии максимально приближено к требованиям Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах [Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997]. В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации [Концепция развития гражданского законодательства РФ (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. – 2009. – №11] справедливо отмечается, что оставление института банковской гарантии в прежней редакции создавало затруднения в международной торговой практике.

Обозначение независимой гарантии в качестве абсолютно нового инструмента было бы не совсем верным, поскольку ГК РФ и до этого предусматривал в качестве способа обеспечения обязательств банковскую гарантию. Законодатель сохранил институт «банковской гарантии», который теперь можно рассматривать как вид независимой гарантии.

Существенные изменения затронули понятие «гарант». Ранее гарантом могли выступать банки, НКО и страховые организации (ст. 368 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Согласно действующей редакции гарантом могут быть как банки и НКО, так и другие коммерческие организации (абз. 1 п. 3 ст. 368 ГК РФ). Также в абз. 2 п. 3 ст.

368 ГК РФ указано, что в случае выдачи независимой гарантии лицами, не указанными в абз. 1 этого же пункта, к таким правоотношениям будут применяться правила о договоре поручительства (здесь говорится, в частности, о выдаче гарантии некоммерческой организацией) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Изменилось требование к лицу, которое может выступать бенефициаром. В ранее действующей редакции ГК РФ бенефициар являлся кредитором принципала (ст. 368 ГК РФ). То есть бенефициар по гарантии и кредитор принципала по основному обязательству всегда совпадают в одном лице.

В редакции ФЗ от 08.03.2015 № 42-ФЗ под бенефициаром понимается третье лицо, указанное принципалом (п. 1 ст. 368 ГК РФ) [ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» от 08.03.2015 № 42-ФЗ // СЗ РФ. – 2015 г. – №10. – Ст. 1412].

Таким образом, можно допустить ситуацию, когда к банку с просьбой о выдаче гарантии кредитору дочернего общества будет обращаться материнская компания. В данном случае гарантом выступает банк, принципалом — материнская компания, бенефициаром — кредитор дочернего общества.

Следует согласиться с В.А. Беловым, который отмечает, что абз. 14 и 15 ст. 2 ГК РФ разделяет единую у нас и в Конвенции ООН фигуру принципала на аппликанта — должника по тому самому обязательству, которое предполагается обеспечить с помощью гарантии, и инструктирующую сторону — контрагента, по договоренности с которым гарант выдает гарантию. Аппликant может совпадать в одном лице с инструктирующей стороной, а эта последняя — с аппликантом, но они могут быть представлены и разными лицами [Белов В.А. Независимая гарантия в измененном ГК РФ и актах источника международного торгового права / В.А. Белов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2015. – № 4. – С.72].

Внесенные в ГК РФ изменения, на наш взгляд, предусматривают подобное регулирование теперь и в российском законодательстве.

Дополнены положения относительно формы гарантии. Требование к письменной форме гарантии, предусмотренное ст. 368 ГК РФ, осталось неизменным (п. 2 ст. 368 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Относительно формы банковской гарантии Пленум ВАС РФ высказал следующую позицию: письменная форма банковской гарантии будет считаться соблюденной при совершении односторонней сделки путем направления должником кредиторю по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего документа посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку. В качестве примера в этом же акте приводится выдача гарантии в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ). Суды должны учитывать, что даже несоблюдение простой письменной формы банковской гарантии не влечет ее недействительности; заинтересованные лица вправе приводить письменные и другие доказательства, подтверждающие сделку и ее условия (п. 1 ст. 162 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

ГК РФ в редакции ФЗ от 08.03.2015 № 42-ФЗ, вступившей в силу с 01.06.2015 г., учтены указанные разъяснения ВАС РФ: п. 2 ст. 434 ГК РФ предусматривает, что договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Электронным документом, передаваемым по каналам связи, признается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических либо аналогичных средств, включая обмен информацией в электронной форме и электронную почту.

Главным остается вопрос идентификации лица, от которого поступил электронный документ.

Изменилось требование к последствиям заключения соглашения гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия (соглашение о выдаче гарантии). В ранее действующей редакции для гаранта в силу ст. 379 ГК РФ заключение такого соглашения было фактически обязательным, поскольку согласно п. 1 указанной статьи право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещение сумм, уплаченных бенефициару по банковской

гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия. В ином случае гарант лишался возможности предъявления регрессного требования к принципалу [Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения / О. Олейник // Хозяйство и право. – 1996. – №1. – С.66].

Судебная практика в дальнейшем дала разъяснения, что при отсутствии такого соглашения гарант мог потребовать от принципала уплаченных сумм как неосновательное обогащение. При этом отсутствие такого соглашения не может повлиять на права бенефициара. Как указано в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 отсутствие письменного соглашения между принципалом и гарантом не влечет недействительности гарантийного обязательства гаранта перед бенефициаром [Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм ГК РФ о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В действующей редакции ГК РФ правило об основаниях требования гаранта к принципалу изменилось: по общему правилу гарант имеет право потребовать возмещения от принципала уплаченных бенефициару сумм и при отсутствии такого соглашения. Так, согласно ст. 379 ГК РФ принципал обязан возместить гаранту выплаченные в соответствии с условиями независимой гарантии денежные суммы, если соглашением о выдаче гарантии не предусмотрено иное. Гарант не вправе требовать от принципала возмещения денежных сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями независимой гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, за исключением случаев, если соглашением гаранта с принципалом предусмотрено иное, либо принципал дал согласие на платеж по гарантии [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Вместе с тем следует отметить, что для гаранта заключение соглашения является, по нашему мнению, важным, поскольку в соглашении стороны могут урегулировать вопросы уплаты комиссии за выдачу банковской гарантии, учитывая, что ее уплата не является обязательной по ГК РФ. Можно также в этом соглашении предусмотреть обеспечение исполнения обязательств принципала перед гарантом (например, залог, поручительство третьего лица и т.д.).

Значительно изменились требования к существенным условиям гарантии. В ранее действующей редакции ГК РФ напрямую не выделял существенные условия

банковской гарантии. При этом, исходя из общих требований ГК РФ, в гарантии должен быть указан предмет, сумма гарантии, условия, при наступлении которых должна осуществляться выплата по гарантии. В то же время отсутствие в гарантии указания на бенефициара, которому она выдана, не являлось основанием для признания гарантии недействительной [Кульков М., Курмаев Р. Банковская гарантия – фикция или реальный способ обеспечения обязательств? / М. Кульков, Р. Курмаев // Рынок ценных бумаг. – 2008. – № 10. – С.71]. Также в п. 2 Информационного письма ВАС содержится положение, согласно которому при отсутствии в документах, содержащих гарантийное обязательство, указаний о сроке, на который оно выдано, гарантийного обязательства не возникает [Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм ГК РФ о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Таким образом, вопрос о существенных условиях ранее разрешался на уровне судебной практики.

В редакции же ФЗ от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ п. 4 ст. 368 ГК РФ устанавливает требования к содержанию независимой гарантии, и положения данного пункта можно рассматривать как существенные условия гарантии, в случае несоблюдения которых сделка будет признана незаключенной. Существенными теперь являются: дата выдачи; принципал; бенефициар; гарант; основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией; денежная сумма, подлежащая выплате, или порядок ее определения; срок действия гарантии; обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии [ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» от 08.03.2015 № 42-ФЗ // СЗ РФ. – 2015 г. – №10. – Ст. 1412].

Изменения затронули также нормы о предмете гарантии. В ранее действующей редакции предметом гарантии могли выступать исключительно денежные средства (ст. 368 ГК РФ) [Кульков М., Курмаев Р. Банковская гарантия – фикция или реальный способ обеспечения обязательств? / М. Кульков, Р. Курмаев // Рынок ценных бумаг. – 2008. – № 10. – С.71 – 72].

Действующая же редакция в качестве предмета гарантии помимо денежных средств в п. 5 ст. 368 ГК РФ вводит и иные объекты: вместо денежных средств передаче подлежат акции, облигации или вещи, определенные родовыми признаками, если иное не вытекает из существа отношений [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Можно сделать вывод, что введены так называемые «квази гарантии».

Следует уделить особое внимание изменениям относительно независимости гарантии от основного обязательства. В пункте 1 статьи 369 ГК РФ ранее действовавшей редакции выделена обеспечительная функция банковской гарантии, а в ст. 370 ГК РФ закреплено, что обязательство по банковской гарантии независимо от основного обязательства, даже если в гарантии есть ссылка на это обязательство. Также в пункте 5 Информационного письма ВАС №27 говорится, что обязательство гаранта перед бенефициаром подлежит исполнению по требованию бенефициара без предварительного предъявления требования к принципалу об исполнении основного обязательства, если иное не определено в гарантии [Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм ГК РФ о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Независимость банковской гарантии от обеспечиваемого обязательства также проявлялась и в том, что согласно п. 2 ст. 376 ГК РФ, если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно, он должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом [Кульков М., Курмаев Р. Банковская гарантия – фикция или реальный способ обеспечения обязательств? / М. Кульков, Р. Курмаев // Рынок ценных бумаг. – 2008. – № 10. – С.72].

Несмотря на наличие такого положения в ГК РФ, судебная практика рассматривала данное положение с точки зрения добросовестности действий бенефициара. Так, в пункте 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 было указано, что при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, судом может быть отказано в удовлетворении требований бенефициара, квалифицируя такое требование как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) [Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм ГК РФ о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В действующей редакции ГК РФ нет указания на обеспечительную функцию гарантии. Законодатель установил практическую независимость гарантии от обеспечиваемого обязательства, несмотря на то, что институт независимой гарантии включен в главу ГК РФ «Обеспечение исполнения обязательств», что подтверждается следующим:

1. Статья 370 ГК РФ дополнена указанием на независимость гарантии не только от основного обязательства, а также независимость от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в гарантии содержится ссылка на них.
2. Вводится запрет гаранта выдвигать против требований бенефициара возражения, вытекающие из основного обязательства, в обеспечение исполнения которого независимая гарантия выдана, а также из какого-либо иного обязательства, в том числе из соглашения о выдаче независимой гарантии, и в своих возражениях против требования бенефициара об исполнении независимой гарантии не вправе ссылаться на обстоятельства, не указанные в гарантии (п. 2 ст. 370 ГК РФ).
3. Гарант не вправе предъявлять бенефициару к зачету требование, уступленное гаранту принципалом, если иное не предусмотрено независимой гарантией или соглашением гаранта с бенефициаром (п. 3 ст. 370 ГК РФ). Независимость гарантии выносится в определение.
4. По истечении срока, предусмотренного п. 2 настоящей статьи, при отсутствии оснований для отказа в удовлетворении требования бенефициара (п. 1 настоящей статьи) гарант обязан произвести платеж по гарантии (п. 5 ст. 376 ГК РФ).
5. Следует обратить внимание на то, что название ст. 379 ГК РФ изменено: нет указания на «регрессность» требования гаранта к принципалу [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

По мнению В.А. Белова, такое условие более соответствует установленной в ст. 370 ГК РФ независимости гарантии от иных обязательств, в том числе от основного обязательства, поскольку регрессные обязательства являются обратными обязательствами, возникающими при исполнении основных обязательств [Белов В.А. Независимая гарантия в измененном Гражданском кодексе Российской Федерации и актах источниках международного торгового права / В.А. Белов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2015. – № 4. – С.73].

Изменилось правило о возмездности гарантии. По ранее действующей редакции ГК РФ за выдачу гарантии принципал уплачивал гаранту вознаграждение (п. 2 ст. 369 ГК РФ) [Кульков М., Курмаев Р. Банковская гарантия – фикция или реальный способ обеспечения обязательств? / М. Кульков, Р. Курмаев // Рынок ценных бумаг. – 2008. – № 10. – С.72 – 73].

Согласно ГК РФ в редакции ФЗ от 08.03.2015 г. №42-ФЗ о вознаграждении ничего не говорится, следовательно, гарантия может быть выдана на безвозмездной основе, без уплаты комиссии [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Изменены положения относительно отзыва и изменения гарантии. В ранее действующей редакции ГК РФ было закреплено правило, согласно которому банковская гарантия не могла быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное (ст. 371 ГК РФ). Про изменение гарантии ничего не говорилось [Кульков М., Курмаев Р. Банковская гарантия – фикция или реальный способ обеспечения обязательств? / М. Кульков, Р. Курмаев // Рынок ценных бумаг. – 2008. – № 10. – С.73].

Согласно действующей редакции ГК РФ независимая гарантия не может быть отозвана или изменена, если в ней не предусмотрено иное (п. 1 ст. 371 ГК РФ). В пункте 2 этой же статьи говорится, что отзыв или изменение производится в форме, в которой выдана гарантия, если иное не предусмотрено гарантией. В пункте 3 говорится, что обязательство гаранта считается измененным или прекращенным с момента получения гарантом согласия бенефициара на это [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В пунктах 2, 3 статьи 8 Конвенции ООН о независимых гарантиях этот вопрос урегулирован иначе: если иное не оговорено в обязательстве или иным образом не согласовано между гарантом/эмитентом и бенефициаром, обязательство считается измененным с момента выдачи изменения, если бенефициар заранее дал на него разрешение (п. 2); если иное не оговорено в обязательстве или иным образом не согласовано между гарантом/эмитентом и бенефициаром, тогда как бенефициар заранее не дал разрешение на какое-либо изменение, обязательство считается измененным, только когда гарант/эмитент получит уведомление о согласии бенефициара на изменение в форме, указанной в п. 2 ст. 7 данной Конвенции (п. 3). В данном случае имеется возможность дачи предварительного согласия бенефициара на изменение гарантии, а в российском законодательстве нет

[Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997].

По-иному регулируется передача прав по гарантии. В ранее действующей редакции ГК РФ принадлежащее бенефициару право требования к гаранту не могло быть передано третьему лицу, если в гарантии не предусмотрено иное (ст. 372 ГК РФ) [Климентьев В.А. Некоторые вопросы истории банковской гарантии / В.А. Климентьев // Пробелы в российском законодательстве. – 2011. – №1. – С.123].

В действующей редакции ГК РФ указанное правило дополнено положением о возможности передачи бенефициаром прав по независимой гарантии другому лицу при условии одновременной уступки тому же лицу прав по основному обязательству (абз. 2 п. 1 ст. 372 ГК РФ). Если гарантией предусмотрена передача права требования бенефициара, то она допускается лишь с согласия гаранта, если в гарантии не предусмотрено иное (п. 2 ст. 372 ГК РФ) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Возникает вопрос о необходимости дополнения ст. 372 ГК РФ п. 2, учитывая, что данное положение закреплено в Концепции. Кроме того, положение п. 2 ст. 372 ГК РФ по своему содержанию вступает в некое противоречие с другими положениями, которые направлены на усиление независимости гарантии от основного обязательства. На наш взгляд, абз. 2 п. 1 ст. 372 ГК РФ — это корабль, который плывет против течения.

В отношении ст. 371, 372 ГК РФ следует обратить внимание на изменение их названий. Раньше они назывались «безотзывность банковской гарантии», «непередаваемость прав по банковской гарантии», а теперь «отзыв и изменение независимой гарантии», «передача прав по независимой гарантии». От изменения названия, может, смысл и не меняется, но дело в том, что если раньше отзыв и передача прав рассматривались в качестве исключения из общего правила, то теперь это регламентированная законом своеобразная альтернатива.

Изменено положение о вступлении гарантии в силу. В ранее действующей редакции ГК РФ было предусмотрено, что гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если иное не предусмотрено в гарантии (ст. 373 ГК РФ). При этом возникали вопросы относительно момента выдачи гарантии [Климентьев В.А. Некоторые вопросы истории банковской гарантии / В.А. Климентьев // Пробелы в

российском законодательстве. – 2011. – №1. – С.123 – 124].

В действующей редакции ГК РФ данный вопрос, на наш взгляд, с точки зрения юридической техники решен лучше: гарантия вступает в силу с момента ее отправки (передачи) гарантом, если иное не предусмотрено в гарантии (ст. 373 ГК РФ) (иное может быть предусмотрено в гарантии, например, с даты предоставления займа, кредита, с даты письменного акцепта гарантом требований бенефициара и т.п.) [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

На наш взгляд, отправкой (передачей), как указано в п. 1 ст. 7 Конвенции ООН о независимых гарантиях [Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997], необходимо считать тот момент, когда гарантия покидает сферу контроля соответствующего гаранта. Думаю, что данное изменение можно считать практически полезным.

Изменения относительно предъявления и рассмотрения требований бенефициара. В ранее действовавшей редакции ГК РФ (ст. 374) было предусмотрено, что в требовании к гаранту об уплате денежной суммы или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия. Данным требованием подчеркивалась определенная связь банковской гарантии с основным обязательством. Кроме того, в п. 2 указанной статьи был предусмотрен тот факт, что гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (п. 2 ст. 375 ГК РФ) [Климентьев В.А. Некоторые вопросы истории банковской гарантии / В.А. Климентьев // Пробелы в российском законодательстве. – 2011. – №1. – С.124].

В ГК РФ в редакции ФЗ от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ предусмотрено, что в требовании к гаранту об оплате денежной суммы или в приложении к нему бенефициар должен указать обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии (п. 1 ст. 374 ГК РФ). Здесь уже нет намека на связь независимой гарантии с основным обязательством. Кроме того, законодатель установил конкретный срок, в течение которого необходимо рассмотреть требование, — 5 дней со дня, следующего за днем предъявления требования (однако законом предусмотрена

возможность увеличить этот срок в гарантии до 30 дней), и необходимость платежа по этому требованию, если требование признано им надлежащим (п. 2 ст. 375 ГК РФ). Также в п. 3 говорится, что гарант проверяет соответствие требования бенефициара условиям независимой гарантии, а также оценивает по внешним признакам приложенные к нему документы [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Только непонятно, про какие именно внешние признаки здесь говорится.

Изменились положения относительно отказа гаранта в удовлетворении требований бенефициара. В ранее действующей редакции ГК РФ об отказе в удовлетворении требований бенефициара гарант уведомляет его немедленно (абз. 2 п. 1 ст. 376 ГК РФ). При этом отсутствовало указание конкретного срока. Согласно п. 2 ст. 376 ГК РФ полученное гарантом повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом [Жураховский А.С. К вопросу об особенностях содержания правоотношений, возникающих из банковской гарантии / А.С. Жураховский // Вестник МГОУ. Серия «Юриспруденция». – 2012. – №1. – С.34 – 39].

Данное положение подчеркивало независимость банковской гарантии от основного обязательства, однако создавало также и почву для злоупотреблений со стороны недобросовестного бенефициара, который пожелает получить удовлетворение как от основного должника — принципала, так и от гаранта.

Полагаем, суды не могли не понимать возможности подобных злоупотреблений, поэтому в п. 4 Информационного письма ВАС от 15.01.1998 г. и появилось положение, согласно которому при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, судом может быть отказано в удовлетворении требований бенефициара, квалифицируя такое требование как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) [Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм ГК РФ о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019].

На наш взгляд, судебной практикой этот вопрос был разрешен лучше, чем законодателем.

В ГК РФ в редакции ФЗ от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ установлен пятидневный срок уведомления бенефициара об отказе в удовлетворении его требований и необходимость указания причины отказа, чего ранее не было (п. 1 ст. 376 ГК РФ)

[ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019]. Данный срок может быть увеличен до тридцати дней. Основания отказа остались прежними.

Новеллой является введение возможности приостановления гарантом платежа на срок до семи дней при наступлении указанных в п. 2 ст. 376 ГК РФ обстоятельств, после чего, разумеется, если не будут обнаружены основания для отказа в удовлетворении требований бенефициара, необходимо произвести платеж. Также при приостановлении платежа гарант обязан уведомить об этом принципала и бенефициара с указанием причин и срока приостановления. Однако для ограничения злоупотреблений со стороны гаранта в п. 4 ст. 376 ГК РФ установлено, что гарант несет ответственность перед бенефициаром и принципалом за необоснованное приостановление платежа [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Наиболее важным представляется вопрос относительно срока действия гарантии и срока предъявления требований по гарантии. Следует отметить, что ни в предыдущей редакции, ни в новой ГК РФ законодатель не разграничивает срок действия гарантии и срок предъявления требований по гарантии, тогда как данные понятия не являются тождественными по своей природе. Особенно важным стало такое разграничение в связи с определением в новой редакции срока, который предоставляется гаранту для рассмотрения требований бенефициара и произведения платежа, который равен пяти дням (можно в гарантии увеличить, но не более, чем до 30 дней), а также с учетом положений ст. 165.1 ГК РФ [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Разграничение данных понятий является важным, поскольку позволяет разрешить спорные ситуации, связанные с предъявлением требований бенефициара к гаранту, например, когда требование предъявляется в пределах срока действия гарантии, но платеж проводится за пределами этого срока, в частности, в случае, если требование о платеже предъявляется в последний день срока действия гарантии, и гарант может рассматривать это требование в срок от 5 до 30 дней. В таком случае платеж, либо отказ в платеже осуществляется за сроком действия гарантии.

Относительно данной ситуации В.А. Белов высказал следующее мнение: «...Требование бенефициара к гаранту необходимо заявлять в пределах срока действия гарантии, сокращенного на предельный (максимальный) срок

рассмотрения требования (5 дней или иной до 30 дней, который указан в гарантии)» [Белов В.А. Независимая гарантия в измененном ГК РФ и актах источниках международного торгового права / В.А. Белов // Вестник экономического правосудия РФ. – 2015. – № 4. – С.76 – 77]. Поскольку нормативно закреплено только требование к «сроку действия гарантии» (п. 4 ст. 368, п. 2 ст. 374 ГК РФ), представляется, что предложенное В.А. Беловым определение срока для предъявления требования бенефициара будет ограничивать такой срок на предельный срок рассмотрения требования гарантом.

При таком подходе, по нашему мнению, тяжесть неурегулированности данного вопроса ложится только на бенефициара, что нарушает принцип равноправия.

Не менее важным является ответ на вопрос относительно определения момента надлежащего предъявления требования к гаранту с целью признания такого требования, поступившим гаранту в пределах срока действия гарантии, поскольку согласно п. 1 ст. 376 ГК РФ основанием для отказа гаранта бенефициару в удовлетворении его требования является предъявление требования или приложенных к нему документов гаранту по окончании срока действия независимой гарантии [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Решение данного вопроса не является однозначным, поскольку существуют различные мнения и судебная практика.

Первая позиция основана на том, что соблюдением срока действия гарантии признают направление требования бенефициаром гаранту путем сдачи в отделение связи требования бенефициара, что обусловлено положением п. 1 ст. 194 ГК РФ, предусматривающей, что действие, ограниченное сроком, может быть совершено в последний день срока до 24 часов последнего дня срока. В пункте 2 этой же статьи закреплено, что письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Судебная практика в большинстве случаев поддерживает данный вывод, так, например, в постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2015 №18АП-5005/2015 по делу № А47-8770/2014 суд, анализируя положение ст. 194 ГК РФ и ссылаясь на п. 20 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35, п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.11.2001 №15, Постановление

Пленума ВАС от 15.11.2001 №18, пришел к выводу о том, что закон связывает наступление правовых последствий с обращением участников гражданского оборота именно в организацию связи [Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2015 №18АП-5005/2015 по делу №47-8770/2014 // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Вместе с тем существует также и иная позиция: так, с учетом изменений, вступивших в силу с 01.09.2013 г., ГК РФ был дополнен ст. 165.1, предусматривающей, что заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Так, в одном из своих постановлений Арбитражный суд Московского округа указал, что применение положений ст. 194 ГК РФ к спорным правоотношениям по банковской гарантии не мотивировано, хотя указанная статья определяет порядок совершения действий в последний день срока, а на подобное обстоятельство ни одно из участвующих в деле лиц не ссылалось. Кроме того, при наличии указанных в названной статье обстоятельств она могла бы являться общей нормой по отношению к специальной ст. 165.1 ГК РФ, поскольку ст. 194 ГК РФ не определяет порядок доставки юридически значимых сообщений, выделенных законом в отдельную категорию.

В связи с приведенным примером представляется, что к отношениям по представлению требований по банковской гарантии в течение срока действия гарантии следует применять специальную норму ст. 165.1 ГК РФ, а не общую норму ст. 194 ГК РФ [Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.08.2015 № Ф05-10157/2015 по делу № А40-195682/14 // СПС «Консультант-плюс», 2019].

Вместе с тем следует учитывать, что данное правило не является императивным и согласно п. 2 указанной статьи иное правило в отношении срока предъявления требования по гарантии может быть предусмотрено законом, условиями сделки, обычаем или практикой, установившейся во взаимоотношениях сторон [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-

плюс», 2019].

Таким образом, с целью исключения спорных ситуаций принципалу необходимо вручить требование гаранту в срок действия гарантии либо в случае территориальной отдаленности гаранта и бенефициара предусмотреть возможность направления требования в электронном формате, либо возможность определения иного срока предъявления требования путем согласования его в тексте гарантии

Введены положения об ответственности бенефициара. В ранее действовавшей редакции ГК РФ норма об ответственности бенефициара перед гарантом отсутствовала. Согласно действующей редакции ГК РФ бенефициар обязан возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие того, что представленные им документы были недостоверными либо предъявленное требование — необоснованным (ст. 375.1 ГК РФ). Данное положение введено ФЗ от 08.03.2015 №42-ФЗ [ФЗ «О внесении изменений в часть первую ГК РФ» от 08.03.2015 № 42-ФЗ // СЗ РФ. – 2015 г. – №10. –Ст. 1412].

Дополнена норма относительно прекращения гарантии. Основания для прекращения гарантии, которые были указаны в ранее действующей редакции ГК РФ, частично претерпели изменения, а именно два последних основания, указанных в п. 1 ст. 378 ГК РФ [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В ГК РФ в редакции ФЗ от 08.03.2015 № 42-ФЗ предусмотрены новые основания прекращения гарантии:

1. Бенефициар может отказаться от прав по гарантии и без возврата самой гарантии гаранту.
2. Прекращение обязательства по гарантии на основании соглашения гаранта с бенефициаром [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс», 2019].

В новой редакции ГК РФ (абз. 1 п. 2 ст. 378 ГК РФ) также предусмотрена возможность указания в гарантии или соглашении между гарантом и бенефициаром на необходимость возврата гарантии гаранту для прекращения обязательств по гарантии. Однако такая возможность установлена для третьего и четвертого оснований прекращения гарантии, указанных в п. 1 ст. 378 ГК РФ [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-

плюс», 2019].

Исходя из проведенного анализа, можно сделать вывод о том, что положения Концепции развития гражданского законодательства РФ поэтапно реализуются. Институт банковской гарантии существовал в части первой ГК РФ с момента его принятия. Внесенные изменения приблизили отечественное регулирование института гарантии к требованиям Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, что позволит минимизировать проблемы в международной торговой практике с участием российских компаний. Несмотря на значительные изменения, внесенные в институт независимой гарантии, которые должны привести к положительному эффекту, не можем не обратить внимание на то, что некоторые важные вопросы остались не урегулированными. В частности, следует отметить, что российским законодательством не предусмотрен институт контргарантий, который, как отмечает И.Е. Михеева, является одним из наиболее востребованных способов обеспечения исполнения обязательств, применяемых кредитными организациями при осуществлении банковских операций.

Заключение

Как показал анализ истории возникновения банковской гарантии в российском законодательстве и международного опыта ее применения, необходимо отметить, что институт гарантии существует в международном обороте и внутреннем обороте зарубежных государств достаточно давно, поэтому при разработке российских внутренних правил о банковской гарантии были учтены передовые на тот момент тенденции развития правового регулирования гарантий. Вместе с тем российский законодатель не просто скопировал международный опыт, но и учел особенности внутреннего правового регулирования.

Согласно ст. 368 ГК РФ в силу банковской (независимой) гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства [ГК РФ (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // СПС «Консультант-плюс»,

2019].

В действующем ГК РФ банковская гарантия приобрела для себя привычный в мировой практике «самостоятельный характер» как отдельный способ обеспечения исполнения обязательств. Одной из особенностей банковских гарантий заключается в том, что правовое регулирование данного института цивилистики имеет диспозитивную черту. В некоторых статьях ГК РФ правила применяются, если договором не установлено иное.

В данное время существует в цивилистике следующие виды гарантий банка: 1) отзывные и безотзывные; 2) гарантии по первому требованию (то есть безусловные) и условные; 3) непередаваемые и передаваемые.

1. Некоторые цивилисты, в частности, Т.В. Богачева [Гражданское право. Часть первая. Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М., 2012. С.496] делит банковскую гарантию на прямую и контргарантию, а Л.Г. Ефимова [Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 22.03.2019)] на гарантию исполнения контракта (предусматривающая в случае нарушения контракта принципалом выплату гарантийной суммы), тендерную гарантию (в данном случае, если выигравший тендер принципал отказался от заключения договора подряда, тогда бенефициару выплачивается гарантийная сумма), гарантию по возврату платежей (бенефициару, который сделал предоплату принципалу, но принципал не исполнит обязательства по поставке продукции, предусмотренные договором, тогда ему (бенефициару) полагается гарантийная сумма) и резервный аккредитив (в случае не выставления аккредитива принципалом, тогда предоставивший в полном объеме документацию, нужную для получения денег бенефициар получит гарантийную сумму).

Исходя из анализа данного нами в третьей главе, можно сделать вывод о том, что положения Концепции развития гражданского законодательства РФ поэтапно реализуются. Институт банковской гарантии существовал в части первой ГК РФ с момента его принятия. Внесенные изменения приблизили отечественное регулирование института гарантии к требованиям Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, что позволит минимизировать проблемы в международной торговой практике с участием российских компаний. Несмотря на значительные изменения, внесенные в институт независимой гарантии, которые

должны привести к положительному эффекту, не можем не обратить внимание на то, что некоторые важные вопросы остались не урегулированными. В частности, следует отметить, что российским законодательством не предусмотрен институт контргарантий, который, является одним из наиболее востребованных способов обеспечения исполнения обязательств, применяемых кредитными организациями при осуществлении банковских операций.

Список использованных источников

Законодательные и нормативно-правовые акты:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // Справочно-правовая система (далее – СПС) «Консультант-плюс-2019».
2. Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» от 08.03.2015 № 42-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2015 г. – №10. –Ст. 1412.
3. Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН). Россия не участвует // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, – 1997.
4. Унифицированные правила по договорным гарантиям [рус., англ.] (Публикация Международной торговой палаты №325) (с изм. и доп. 1978 г.) // СПС «Консультант-плюс», 2019.
5. Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (редакция 1992 г., публикация МТП №458) // СПС «Консультант-плюс», 2019.
6. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2009. – №11.

Научная литература и материалы периодической печати:

1. Антропцева И.О. Банковская гарантия как банковская операция и способ обеспечения исполнения обязательств / И.О. Антропцева // Банковское право. – 2010. – №1. – С.30 – 32.

2. Байгушева Ю.В. Банковская гарантия. Дис. канд. юр. наук., 2008. 12.00.03. – Ярославль, 2008. – 162 с.
3. Банковская гарантия по российскому законодательству / Рассказова Н.Ю. – М.: Статут, 2005. – 171 с.
4. Белов В.А. Независимая гарантия в измененном Гражданском кодексе Российской Федерации и актах источника международного торгового права / В.А. Белов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2015. – № 4. – С.71 – 89.
5. Буркова А.Ю. Договор о выдаче банковской гарантии и его обеспечение / А.Ю. Буркова // Банковское право. – 2007. – №1. – С.39 – 41.
6. Витрянский В.В. Банковская гарантия / В.В. Витрянский // Хозяйство и право. – 1998. – № 10. – С.3–13.
7. Гражданское право. Часть первая. Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М., 2012. – 536 с.
8. Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость [Электронный ресурс] / Л.Г. Ефимова. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/8648/> (Дата обращения: 22.03.2019).
9. Жураховский А.С. К вопросу об особенностях содержания правоотношений, возникающих из банковской гарантии А/ А.С. Жураховский // Вестник МГОУ. Серия «Юриспруденция». – 2012. – №1. – С.34 – 39.
10. Климентьев В.А. Некоторые вопросы истории банковской гарантии / В.А. Климентьев // Пробелы в российском законодательстве. – 2011. – №1. – С.119 – 124.
11. Колесник Г., Зубарева О. Существенные условия соглашения о предоставлении банковской гарантии / Г. Колесник, О. Зубарева // Хозяйство и право. – 2001. – № 9. – С.47.
12. Крапивина П.М., Жданова Н.В. Анализ истории возникновения банковской гарантии / П.М. Крапивина, Н.В. Жданова // Научно-аналитический экономический журнал. – 2017. – №5 (16). – С.10.
13. Кульков М., Курмаев Р. Банковская гарантия – фикция или реальный способ обеспечения обязательств? / М. Кульков, Р. Курмаев// Рынок ценных бумаг. – 2008. – № 10. – С.71 – 73.
14. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия. Комментарии к новому ГК РФ / Брагинский М.И. - М.: Изд-во Центра деловой информ. еженедельника «Экономика и жизнь», 1995. – 127 с.

15. Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения / О. Олейник // Хозяйство и право. – 1996. – №1. – С.64 – 72.
16. Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством / Е.А. Павлодский // Закон. – 1995. – № 5. – С.25 – 28.
17. Сирик Н. Банковская гарантия как механизм / Н. Сирик // Хозяйство и право. – 2008. – №7. – С.69 – 74.
18. Уварова Л.Ф. Применение банковских гарантий в российской и международной практике / Л.Ф. Уварова // Журнал правовых и экономических исследований. – 2013. – № 2. – С.125 – 130.

Практические материалы:

1. Постановление Президиума ВАС РФ № 5121/96 от 25.02.97 г. «Банк, выдавший банковскую гарантию, должен произвести по ней выплаты кредита и процентов за заемщика независимо от целевого использования кредита последним, поскольку банковская гарантия не зависит от основного обязательства» // Вестник ВАС РФ. – 1997. – №6.
2. Постановление Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 №14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий» // СПС «Консультант-плюс», 2019.
3. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 №27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии» // СПС «Консультант-плюс», 2019.
4. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.08.2015 № Ф05-10157/2015 по делу № А40-195682/14 // СПС «Консультант-плюс», 2019.
5. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.06.12 по делу № А58-6074/09 // СПС «Консультант-плюс», 2019.
6. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2015 №18АП-5005/2015 по делу №47-8770/2014 // СПС «Консультант-плюс», 2019.