



ВОПРОСЫ ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

DOI: <https://doi.org/10.15688/lc.jvolsu.2018.4.12>

UDC 341.22:339.7.012

LBC 67.911.221.3

Submitted: 12.08.2018

Accepted: 22.10.2018

LEGAL NATURE OF AN INDEPENDENT (BANK) GUARANTEE

Lyudmila G. Efimova

Moscow State Legal University named after O.E. Kutafin, Moscow, Russian Federation

Introduction: in the present article the author reconsiders a view of the legal nature of an independent (bank) guarantee taking into account the changes made in § the 6th chapter 23 of the Civil Code of the Russian Federation, change of positions of jurisprudence, and generalization of doctrinal disputes again. **Methods:** the methods of comparative legal analysis of the normative material and other methods which are traditional for the theory of criminal law are used in the study. As a **result** of the carried-out analysis the author has drawn several theoretical conclusions.

First, the author proves that the independent (bank) guarantee can be both the unilateral transaction, and the contract depending on requirements of the legislation and desire of the parties. Further limits of independence of a guarantee of the provided obligation are defined by the author. In particular, the problem of collecting the full sum of an independent (bank) guarantee at partial execution of the main obligation is subjected to the analysis or in case of payment of a penalty and/or losses by the main debtor in favor of the beneficiary.

Secondly, the author draws a conclusion about that, the obligation of the guarantor is abstract, and the transaction on issue of the bank guarantee is causal.

Thirdly, the author believes that the obligation of the guarantor can be a liability, or not have monetary character depending on an execution subject (the money or things determined by patrimonial signs).

Fourthly, the author believes that the counterguarantee represents the extradition treaty of the bank guarantee according to which the issuing bank gives an assignment to the executing bank on its own behalf to undertake according to the bank guarantee before the beneficiary and also assumes liability to refund all expenses of the executing bank connected with it. Taking into account stated, the specified contract on provision of a guarantee (counterguarantee), can be qualified as a kind of the commission agreement. **Conclusions:** the author has drawn a conclusion that the mechanism of a counterguarantee includes several contracts on provision of a guarantee: between the principal and issuing bank and between issuing bank and the executing bank.

Key words: independent guarantee, bank guarantee, counterguarantee, legal nature.

Citation. Efimova L.G. Legal Nature of an Independent (Bank) Guarantee. *Legal Concept*, 2018, vol. 17, no. 4, pp. 85-95. DOI: <https://doi.org/10.15688/lc.jvolsu.2018.4.12>

УДК 341.22:339.7.012

ББК 67.911.221.3

Дата получения статьи: 12.08.2018

Дата принятия статьи: 22.10.2018

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА НЕЗАВИСИМОЙ (БАНКОВСКОЙ) ГАРАНТИИ

Людмила Георгиевна Ефимова

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА),
г. Москва, Российская Федерация

Введение: в настоящей статье автор вновь пересматривает взгляд на правовую природу независимой (банковской) гарантии с учетом изменений, внесенных в § 6 главы 23 ГК РФ, изменения позиций судебной практики и обобщения доктринальных споров. **Методы:** методологическую основу данного исследования составляют совокупность методов научного познания, среди которых основное место занимают методы системности, анализа и сравнительно-правовой. **Результаты:** в результате проведенного анализа автором сделано несколько теоретических выводов.

Во-первых, автор доказывает, что независимая (банковская) гарантия может быть как односторонней сделкой, так и договором, – в зависимости от требований законодательства и желания сторон. Далее автором определяются пределы независимости гарантии от обеспечиваемого обязательства. В частности, подвергнута анализу проблема взыскания полной суммы независимой (банковской) гарантии при частичном исполнении основного обязательства или в случае выплаты неустойки и/или убытков основным должником в пользу бенефициара.

Во-вторых, автор делает вывод о том, обязательство гаранта является абстрактным, а сделка по выдаче банковской гарантии является каузальной.

В-третьих, автор полагает, что обязательство гаранта может быть денежным обязательством либо не иметь денежного характера, – в зависимости от предмета исполнения (деньги или вещи, определенные родовыми признаками).

В-четвертых, автор полагает, что контргарантия представляет собой договор о выдаче банковской гарантии, в соответствии с которым банк-эмитент дает поручение исполняющему банку от своего имени обязаться по банковской гарантии перед бенефициаром, а также принимает на себя обязательство возместить все связанные с этим расходы исполняющего банка. С учетом изложенного указанный договор о предоставлении гарантии (контргарантия) может быть квалифицирован как разновидность договора комиссии.

Выводы: автор сделал вывод, что механизм контргарантии включает несколько договоров о предоставлении гарантии: между принципалом и банком-эмитентом и между банком-эмитентом и исполняющим банком.

Ключевые слова: независимая гарантия, банковская гарантия, контргарантия, правовая природа.

Цитирование. Ефимова Л. Г. Правовая природа независимой (банковской) гарантии // Legal Concept = Правовая парадигма. – 2018. – Т. 17, № 4. – С. 85–95. – DOI: <https://doi.org/10.15688/lc.jvolsu.2018.4.12>

По своей юридической природе гарантия является *одним из личных способов обеспечения исполнения обязательств*, который предоставляет кредитору по основному обязательству дополнительного должника – гаранта.

Однако в отличие от других способов обеспечения исполнения обязательств, в том числе от поручительства, который также является личным способом обеспечения исполнения обязательств, независимая гарантия обладает рядом дополнительных особенностей, которые нуждаются в специальном рассмотрении.

Из определения независимой гарантии, содержащегося в ст. 368 ГК РФ, усматривается, что по общему правилу *гарантия является односторонним обязательством гаранта*.

По мнению Н.Ю. Рассказовой, банковскую гарантию следует признать самостоятельным видом односторонних обязательств [12, с. 62].

С данным выводом трудно спорить. Однако он не дает ответа на очень дискуссион-

ный вопрос о природе юридического факта, в результате которого возникает указанное обязательство гаранта. Исследователи разошлись во мнениях, является ли сделка по выдаче банковской гарантии односторонней сделкой или договором гарантии.

В литературе существуют две точки зрения на правовую природу банковской гарантии.

Существует точка зрения о том, что банковская гарантия как по российскому законодательству, так и согласно Унифицированным правилам для гарантий по первому требованию представляет собой договор между гарантом и бенефициаром [5]. Причем письменное обязательство гаранта рассматривается Н.Ю. Ерпылевой как оферта, а молчание бенефициара как акцепт.

Указанную точку зрения поддержала Ю.В. Байгушева [2, с. 85–96]. Обосновывая такую точку зрения, она попросила учитывать следующие обстоятельства.

Во-первых, по мнению указанного автора, банковская гарантия направлена на обогащение имущества бенефициара и, стало быть,

является предоставлением. Обогащение гарантом имущества бенефициара возможно только по соглашению сторон.

Во-вторых, по своей правовой природе банковская гарантия однотипна поручительству в том смысле, что и поручительство, и банковская гарантия относятся к личным способам обеспечения исполнения обязательства. Поручительство сконструировано российским законодательством в виде договора (ст. 361 ГК РФ). Следовательно, и банковская гарантия не может быть ничем иным, как двусторонней сделкой.

В-третьих, гарантия была названа договором в Федеральном законе «О финансовой аренде (лизинге)» [2, с. 88–89].

Приведенная аргументация не доказывает, что банковская гарантия является договором. Она показывает, что автор фактически допускает смешение понятий: обязательства гаранта, субъектами которого являются гарант и бенефициар, и сделку по выпуску гарантии, которая чаще всего имеет односторонний характер. Гарантия как договор по Федеральному закону «О финансовой аренде (лизинге)» имеет специальный характер. Схожесть гарантии с поручительством вообще ничего не доказывает, учитывая, что это разные способы обеспечения исполнения обязательств. Следовательно, вывод о том, что гарантия – односторонняя сделка, а поручительство – договор, всегда можно объяснить их правовыми особенностями.

Аргументация Н.Ю. Ерпылевой также не может быть признана обоснованной. Пункт 2 ст. 438 ГК РФ устанавливает, что молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, обычая или из прежних деловых отношений сторон.

Применительно к независимой (банковской) гарантии ГК РФ такой нормы не предусматривает. Скорее наоборот. В ст. 371 ГК РФ сформулирован принцип безотзывности банковской гарантии, если иное не предусмотрено в ней самой. Если бы банковская сделка представляла собой договор, то приведенная норма была бы бессмысленной, учитывая, что расторжение договора подчиняется общему правилу ст. 450 ГК РФ и возможно либо по соглашению сторон, либо по решению суда. Таким образом, вряд ли справедливо рассмат-

ривать молчание бенефициара как акцепт гаранта. Вероятно, следует сделать вывод, что его воля безразлична для возникновения обязательства гаранта. Таким образом, гарантию следует рассматривать как одностороннее обязательство гаранта, которое возникает в результате совершенной им односторонней сделки – выдачи гарантии. Аналогичная точка зрения имеется в литературе [1, с. 10].

Контргарантия также рассматривается в литературе как односторонняя сделка [8]¹. Арбитражная практика в основном исходит из одностороннего характера банковской гарантии. Например, такая точка зрения была высказана в пункте 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий».

Анализ законодательства, изданного после появления в части первой Гражданского кодекса РФ института банковской гарантии, позволяет сделать вывод о том, что независимая (банковская) гарантия может быть как односторонней сделкой, так и договором, в зависимости от требований законодательства и желания сторон.

Все зависит от того, придают ли законодатель либо субъекты гарантийного обязательства какое-либо правовое значение воле бенефициара. Если его воля имеет правовое значение, то гарантия – договор, если нет – односторонняя сделка.

По общему правилу, для возникновения гарантийного обязательства не требуется направления в адрес гаранта извещения (акцепта) о принятии бенефициаром гарантии, если иное прямо не предусмотрено в тексте гарантийного обязательства. В соответствии со ст. 373 ГК РФ банковская гарантия вступает в силу со дня ее отправки (передачи) гарантом, если в гарантии не предусмотрено иное [9].

Однако из процитированной нормы также следует, что в гарантии может быть предусмотрено «иное», например, условие о том, что гарантия вступает в силу только в результате акцепта бенефициаром полученной им гарантии. В этом случае **гарантия должна считаться договором** между гарантом и бенефициаром, который упомянут в п. 2 ст. 368 ГК РФ.

Аналогичные правила могут быть предусмотрены федеральным законом для специальных случаев использования банковских гарантий.

Например, в соответствии с ч. 5 и 6 ст. 45 Закона № 44-ФЗ заказчик вправе отказать в принятии банковской гарантии, если:

1) отсутствует информация о банковской гарантии в реестрах банковских гарантий или в Едином федеральном реестре сведений о фактах деятельности юридических лиц;

2) содержание банковской гарантии не соответствует требованиям ч. 2 и 3 ст. 45 Закона № 44-ФЗ;

3) банковская гарантия не соответствует требованиям, содержащимся в извещении об осуществлении закупки, документации о закупке, проекте контракта, который заключается с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

Учитывая, что воля заказчика (бенефициара) имеет правовое значение и закон предоставил ему возможность отказать от принятия банковской гарантии, обоснован вывод, что в данном случае банковская гарантия возникает в результате заключения договора между бенефициаром и гарантом².

Таким образом, независимая гарантия может быть квалифицирована как:

– односторонняя сделка – по умолчанию, либо

– договор между гарантом и бенефициаром – в случаях, прямо предусмотренных в самой гарантии или в специальной норме закона.

В отличие от договора поручительства, банковская гарантия не носит акцессорный характер.

Выдача гарантии порождает самостоятельное, независимое обязательство гаранта.

Из § 6 главы 23 ГК РФ следует, что действие гарантии не зависит от следующих видов обязательств:

а) от действительности обеспечиваемого обязательства (п. 1 ст. 368 ГК РФ);

б) от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана (п. 1 ст. 370 ГК РФ). Поэтому «неуказание в банковской гарантии всех условий обязательства, обеспеченного гарантией, не является основанием для ее оспаривания» (п. 1 Постанов-

ления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий»);

в) от отношений между принципалом и гарантом (п. 1 ст. 369 ГК РФ), то есть от договора о выдаче независимой гарантии;

г) от каких-либо других обязательств, даже, если в независимой гарантии содержатся ссылки на них (п. 1 ст. 370 ГК РФ).

Независимость банковской гарантии от обеспечиваемого обязательства, по мнению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, проявляется в том, что основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству. Суть этого правила состоит в том, что от основного обязательства не зависит предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром, причем в отношениях между ними. Это правило не может быть опровергнуто даже положением о том, что бенефициар в своем требовании к гаранту должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства: указанная обязанность бенефициара носит сугубо формальный характер, поскольку относится, скорее, к оформлению письменного требования, но никак не к существу отношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром [3, с. 478–479].

Независимость банковской гарантии от обеспечиваемого обязательства может, в частности, выражаться в том, что недействительность основного договора не приводит автоматически к недействительности банковской гарантии. Принцип независимости банковской гарантии был применен Президиумом Высшего арбитражного суда при рассмотрении спора между коммерческим банком «Кредо Банк» (гарант) и коммерческим банком «Аскания Траст» (бенефициар). Из материалов дела следовало, гарант не оплатил требование бенефициара, сославшись на то, что принципал не дал безусловного отказа от выполнения обязательств по возврату кредита, а лишь сообщил о невозможности погашения ссуды в срок и просил о пролонгации кредитного договора. Поскольку гарант денежную

сумму бенефициару не перечислил, последний 09.12.95 обратился к нотариусу с просьбой о совершении исполнительной надписи о взыскании задолженности с гаранта в бесспорном порядке. Оценку обстоятельствам, свидетельствующим о нарушении имущественных прав истца в результате нотариальных действий, дал суд апелляционной инстанции, признав, что бенефициар выполнил условия банковской гарантии, предъявил требование об уплате денежной суммы в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. Сам факт просьбы принципала о пролонгации кредитного договора подтверждает невозможность возврата в срок ссуды и процентов за ее использование и, соответственно, означает отказ заемщика от своевременного выполнения своего обязательства по погашению кредита. При таких обстоятельствах на основании статей 368, 370 ГК РФ гарант безусловно обязан был уплатить кредитору принципала денежную сумму независимо от основного обязательства, и постановление апелляционной инстанции соответствует нормам материального права [11, с. 51–52].

Принцип самостоятельности, независимости банковской гарантии от обеспечиваемого обязательства в некоторых случаях носит относительный характер.

В результате изучения ряда судебных дел было установлено, что истец – бенефициар, получивший в той или иной форме исполнение от принципала, предъявляет затем требование к гаранту и требует исполнения в полной сумме, ссылаясь на независимость банковской гарантии.

Нередко суды признают законность требований истца. Такая правовая позиция судов была высказана, например, в Постановлениях ФАС Московского округа от 22.07.2014 по делу № А40-124830/13-19-958 и от 25.07.2013 по делу № А40-115468/12-58-1110, а также в Постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 14.11.2013 по делу № А29-9423/2012.

Из приведенных выше судебных актов следует, что государственный заказчик (бенефициар) имеет право взыскать всю сумму банковской гарантии с банка-гаранта, не приводя никаких расчетов, доказывающих ее обоснованность. Более того, суды считают, что государственный заказчик имеет право на

одновременное взыскание как суммы неустойки с исполнителя по контракту, так и суммы банковской гарантии с банка-гаранта. При этом снижение суммы неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение государственного контракта по статье 333 ГК РФ не рассматривается судами как обстоятельство, частично освобождающее банк-гарант от ответственности по банковской гарантии.

Суды пришли к выводу о том, что исполнение обязательств исполнителем по государственному контракту и гарантом по банковской гарантии не является неосновательным обогащением заказчика, а также не приводит к удвоению ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение государственного контракта.

Представляется, что указанная практика судов связана с неверным толкованием и применением законодательства о банковской гарантии.

В соответствии с пунктом 1 статьи 329 ГК РФ неустойка и банковская гарантия являются способами обеспечения исполнения обязательства, которые предполагают стимулирование должника на выполнение взятого на себя обязательства должным образом. Кредитор имеет право возместить свои потери, возникшие в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своего обязательства.

Одновременное взыскание суммы банковской гарантии и суммы убытков и неустойки с основного должника приводит не только к восстановлению экономического положения кредитора, существовавшего до момента неисполнения должником своего обязательства, но также влечет неосновательное обогащение кредитора. Указанные последствия никак не согласуются с компенсационным характером способов обеспечения исполнения обязательства.

Представляется, что решение поставленной проблемы нуждается в сбалансированном подходе, который зависит от ряда факторов.

1. В случае надлежащего исполнения обеспечиваемого договора необоснованность требования о взыскании сумм по банковской гарантии очевидна. В свое время этот вопрос уже был рассмотрен в пункте 4 Обзора практики разрешения споров, связанных с приме-

нением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии, сообщенном Информационным письмом ВАС России от 15 января 1998 г. № 27.

Судебная практика отходит от принципа независимости банковской гарантии при наличии доказательств прекращения основного обязательства в связи с его надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту. В этом случае судом может быть отказано в удовлетворении требования бенефициара (ст. 10 ГК РФ) [10]. Последовательное соблюдение принципа независимости банковской гарантии должно было бы привести к удовлетворению таких исков без выяснения состояния обеспечиваемого обязательства. Вместе с тем, несмотря на высказанную критику, позицию арбитражных судов следует признать обоснованной с практической точки зрения: удовлетворение требований бенефициара в рассматриваемом случае могло бы породить серию ответных исков: гаранта к принципалу (из договора о предоставлении гарантии); принципала к бенефициару (из неосновательного обогащения), что вряд ли удобно.

2. Если принципал-должник по обеспечиваемому договору не выполнил свое обязательство, однако в полном объеме возместил кредитору-бенефициару возникшие у него убытки, то взыскание с гаранта полной суммы по банковской гарантии в указанном случае приведет к неосновательному обогащению бенефициара (двойной платеж).

Указанная ситуация почти ничем не отличается от случая, описанного в пункте 4 Информационного письма № 27 по следующим причинам [10].

Независимость банковской гарантии от основного обязательства и от иных обязательств объясняет право бенефициара предъявить требование по гарантии тогда, когда обеспечиваемый договор недействителен или прекращен, а обязательство не выполнено. В этом случае гарантия, являясь способом обеспечения исполнения обязательств, должна помочь бенефициару-кредитору возместить понесенные им убытки по основному обязательству.

Однако независимость банковской гарантии не должна использоваться для получения

двойного исполнения в ситуации, когда бенефициар уже получил от принципала исполнение по основному обязательству, даже в иной форме.

При неисполнении обязательства и невозможности принудить должника к его реальному исполнению обязательство о передаче товара, выполнении работ, оказании услуг трансформируется в обязательство о возмещении убытков.

Следовательно, при полном возмещении убытков должником следует сделать вывод о прекращении основного обязательства. В этом случае обеспечительная цель гарантии не может быть реализована.

На основании изложенного допустим вывод, что при попытке взыскания бенефициаром сумм по банковской гарантии в указанном случае ему должно быть отказано на основании статьи 10 ГК РФ.

3. Если принципал-должник по обеспечиваемому договору, не выполнивший основное обязательство, уплатил кредитору неустойку (законную или договорную) либо возместил часть понесенных им убытков, то сумма банковской гарантии вместе с платежом принципала превысит сумму возникших у бенефициара убытков. Поэтому взыскание полной суммы по банковской гарантии в этом случае является необоснованным.

На основании изложенного под независимостью гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств (в отличие от акцессорности) следует понимать отсутствие правовой связи между недействительностью или прекращением обеспечиваемого (или иного другого) обязательства и юридической судьбой обязательства гаранта. Иными словами, недействительность или прекращение основного (обеспечиваемого) или иного другого обязательства не приводит соответственно к недействительности или прекращению обязательства из гарантии.

Причины независимости банковской гарантии от обеспечиваемого обязательства недостаточно исследованы в литературе.

Для выяснения этого вопроса представляется необходимым сначала обосновать вывод об абстрактности или каузальности сделки по выдаче гарантии и гарантийного обязательства.

Под целью сделки (*causa*) предлагается понимать тот непосредственный правовой результат, который рассчитывают получить стороны, заключающие эту сделку. В каузальных сделках цели сделок находят свое выражение в волеизъявлении сторон (в реквизитах подписанного ими документа), а также в диспозиции соответствующих норм. В абстрактных сделках цель сделки не может быть выявлена из ее реквизитов. Например, из текста векселя не ясно, для достижения какой правовой цели он выдан.

Цель независимой гарантии ясно определяется не только из волеизъявления сторон, но и из редакции п. 1 ст. 368 ГК РФ. Независимая гарантия заключается с целью обеспечения исполнения обязательств принципала. Таким образом, **независимая гарантия – каузальная сделка.**

Каузальным обязательством следует считать такое обязательство, в состав которого входит основание обязательства в виде дополнительного элемента наряду с субъектами, объектом и содержанием. Соответственно, при отсутствии (отпадении) или недействительности основания каузального обязательства оно не возникает или прекращается.

Основываясь на теории Евгения Годэмэ, под основанием обязательства предлагается понимать встречное предоставление, полученное обязанным лицом, либо обязательство, в котором обязанное лицо является кредитором. Понятие «основание обязательства» позволяет объяснить, почему возникает обязанность должника совершить те или иные действия (бездействие) во исполнение каузальной сделки [4, с. 118–146].

Абстрактным обязательством следует считать такое обязательство, в составе которого отсутствует основание. Элементами этого обязательства являются только субъекты, объект и содержание. Основание абстрактного обязательства (как причина, по которой оно дано) существует, однако его отсутствие (отпадение) или недействительность не влияют на юридическую силу этого обязательства.

Руководствуясь указанным теоретическим подходом, делаем следующий вывод. Выдача независимой гарантии порождает обязательство, сторонами которого являются га-

рант и бенефициар. Основанием обязательства гаранта является денежная сумма, уплачиваемая принципалом гаранту за предоставление гарантии. Однако это основание обязательства гаранта лежит вне правоотношения по независимой гарантии. Оно вытекает из договора о предоставлении банковской гарантии. Учитывая, что субъектный состав правоотношения по независимой гарантии (гарант и бенефициар) отличается от субъектного состава договора о предоставлении банковской гарантии (гарант и принципал), отсутствие основания обязательства гаранта (например, принципал не заплатил гаранту) не оказывает никакого воздействия на юридическую судьбу обязательства гаранта платить по выданной им гарантии.

Учитывая, что гарант обязан платить вне зависимости от того, что он не получил от бенефициара никакого встречного предоставления, **обязательство по независимой гарантии следует считать абстрактным.**

С указанным выводом, сделанным еще в 2001 г. [6, с. 585] и уточненным в 2017 г. [7, с. 97–106], не согласилась Ю.В. Байгушева.

Она считает, что вывод об абстрактности банковской гарантии является ошибочным, поскольку, по мнению Ю.В. Байгушевой, «в основании заключения договора банковской гарантии лежит не соглашение о предоставлении банковской гарантии, а договор между принципалом и бенефициаром, от действительности которого зависит действительность договора банковской гарантии. Поэтому банковская гарантия представляет собой каузальную сделку» [2, с. 93].

Во-первых, в процитированной работе Ю.В. Байгушевой отсутствует обоснование, почему основанием гарантии является именно договор между принципалом и бенефициаром (то есть обеспечиваемый договор), а не договор о предоставлении банковской гарантии. Исходя из теории Евгения Годэмэ, считаем, что основанием обязательства является именно встречное предоставление. Представляется, что именно в договоре о предоставлении банковской гарантии стороны договариваются, что за платеж со стороны принципала гарант обязуется совершить сделку по выдаче банковской гарантии, то есть банковская гарантия яв-

ляется встречным предоставлением по отношению к платежу. Иными словами, гарант выдает банковскую гарантию потому, что ему заплатили или обещали заплатить.

По отношению к обязательству должника из основного договора банковская гарантия является только способом обеспечения исполнения. Выдаче банковской гарантии в указанном обязательстве не корреспондирует никакое встречное предоставление хотя бы потому, что гарант не является стороной этого договора.

Во-вторых, Ю.В. Байгушева в своей работе исходит из позиции, что абстрактной или каузальной может быть только сделка. Мы же придерживаемся взгляда, что абстрактным или каузальным может быть сделка, обязательство и ценная бумага [7, с. 97–106].

Поэтому все приведенные аргументы из ранее опубликованной нами работы относятся к *обязательству гаранта, которое является абстрактным. В свою очередь, сделка по выдаче банковской гарантии является каузальной.*

Таким образом, субъектный состав обязательства из гарантии (гарант и бенефициар-кредитор) и из обеспечиваемого обязательства (должник и кредитор-бенефициар) не совпадают. Поэтому обязательство гаранта юридически независимо от обеспечиваемого им обязательства. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ³.

Обязанность гаранта перед бенефициаром возникает в результате передачи ему документа, в котором она выражена. В связи с этим в литературе появилась точка зрения о том, что указанный документ представляет собой ценную бумагу. Так, Г.А. Аванесова рассматривает банковскую гарантию как квазиценную бумагу, содержащую право требования ее держателя к гаранту. Ввиду отсутствия соответствующей нормы указанный автор не смог сделать вывод, что банковская гарантия является ценной бумагой, однако заключил, что несмотря на это обстоятельство правовой режим гарантии аналогичен правовому режиму оборотной ценной бумаги, которая может быть выдана в том числе и на предъявителя. На основании этого делается вывод, что

а) банковской гарантии присуща функция передаваемого, отчуждаемого способа бес-

печения и что она должна передаваться по индоссаменту;

б) обязательство по банковской гарантии материализуется в документе, хотя осуществление соответствующих прав заявителя возможно как при предъявлении банковской гарантии, так и без него;

в) в банковской гарантии не обязательно указание бенефициара. Кредитором по банковской гарантии является всякий держатель документа [1].

Указанное мнение Г.А. Аванесовой представляется спорным.

Во-первых, из действующего российского законодательства не вытекает, что банковская гарантия - оборотоспособный документ. Напротив, в ст. 372 ГК РФ в качестве общего принципа закреплено правило о непередаваемости прав по банковской гарантии. И только в силу диспозитивности гражданского-правового метода правового регулирования указано, что иное может быть предусмотрено в гарантии.

Во-вторых, в соответствии с п. 3 ст. 146 и п. 3 ст. 389 ГК РФ индоссамент может быть формой уступки права требования только по ордерам ценным бумагам, к числу которых банковская гарантия не относится.

В-третьих, утверждение Г.А. Аванесовой, что в банковской гарантии не обязательно указание бенефициара, не соответствует действующему законодательству. Например, из редакции ст. 368 ГК РФ следует, что обязательство гаранта заключается в уплате кредитором принципала (бенефициару) соответствующей денежной суммы. Отсюда следует, что принципал возлагает на гаранта обязанность выдать банковскую гарантию не на предъявителя, а на имя конкретного лица – кредитора по основному обязательству, причем «не приказу». Именно в этом и заключается конкретный интерес принципала, и только за это он согласен платить.

Таким образом, правовое регулирование банковской гарантии по действующему российскому законодательству не дает основания для вывода, что банковская гарантия является квазиценной бумагой. Такое предложение может быть сделано только *delegatenda*.

Поскольку банковская гарантия является односторонним обязательством гаранта и

не предполагает предоставление встречного предоставления со стороны бенефициара, то *ее следует считать безвозмездной сделкой*. Учитывая ее обеспечительный характер, целью сделки по выдаче банковской гарантии является предоставление бенефициару обеспечения исполнения обязательств принципала по договору с бенефициаром.

По общему правилу, *объектом* обязательства гаранта по банковской гарантии является действие гаранта по выплате бенефициару определенной денежной суммы в случае невыполнения должником основного обязательства при определенных в гарантии обстоятельствах.

Таким образом, по общему правилу, обязательство гаранта является денежным обязательством, поскольку оно связано с использованием денег в качестве средства платежа (средства погашения денежного долга) (см.: [10, п. 37]).

Из указанного правила есть одно исключение, установленное п. 5 ст. 368 ГК РФ. Указанная норма установила, что правила о независимой гарантии применяются также в случаях, когда обязательство лица, предоставившего обеспечение, состоит в передаче акций, облигаций или вещей, определенных родовыми признаками, если иное не вытекает из существа отношений.

Таким образом, когда в качестве предмета независимой гарантии будут указаны акции, облигации или вещи, определенные родовыми признаками, обязательство гаранта не будет иметь денежного характера.

Следовательно, *обязательство гаранта может быть денежным обязательством либо не иметь денежного характера в зависимости от предмета исполнения (деньги или вещи, определенные родовыми признаками)*.

Еще дальше пошли разработчики Унифицированных правил ИСС. Например, из пункта «b» ст. 2 Унифицированных правил по договорным гарантиям (редакция 1978 г.) следует, что обязательство гаранта по гарантии исполнения могут включать в себя не только выплату соответствующих сумм, но и надлежащее исполнение необеспеченного принципалом обязательства путем поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг.

Рассматривая правовую природу контргарантии, И.Е. Михеева сделала вывод, о возникновении в результате ее выдачи нескольких разных обязательств:

Во-первых, обязательство контргаранта, предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования по контргарантии, то есть обеспечивать исполнение обязательства (то есть обеспечительное обязательство).

Во-вторых, поручение последующему контргаранту выдать контргарантию против другой контргарантии и обратиться к гаранту (другому контргаранту) с поручением выдать, соответственно, гарантию (контргарантию). Если такое поручение контргарантом принято, то возникает обязательство заключить с последующим лицом (гарантом или контргарантом) сделку о выдаче гарантии или контргарантии.

В результате И.Е. Михеева сделала вывод о смешанном характере сделки по выдаче контргарантии, элементами которой являются:

- обеспечительная сделка и
- договор поручения (Банк России) или договор комиссии [8].

Рассматривая понятие и правовую природу контргарантии, Н.Ю. Рассказова выделила не одно смешанное правоотношение, а построила систему из четырех правоотношений, которая включает:

Первое – основное обязательство между принципалом и бенефициаром.

Второе – договор между принципалом и банком-эмитентом о выдаче банковской гарантии.

Третье – правоотношение между банком-эмитентом и исполняющим банком по поводу выдачи последним банковской гарантии. Это правоотношение и называется контргарантией.

Четвертое – обязательство между исполняющим банком и бенефициаром, собственно являющееся банковской гарантией [12, с. 62].

Точка зрения Н.Ю. Рассказовой представляется обоснованной, однако она нуждается в небольшом уточнении.

Во-первых, между банком-эмитентом и исполняющим банком может находиться любое количество банков-посредников. Следовательно, количество обязательств в данном случае может увеличиться.

Во-вторых, следует уточнить правовую природу контргарантии. Думается, что она представляет собой договор о выдаче банковской гарантии, в соответствии с которым банк-эмитент дает поручение исполняющему банку от своего имени обязаться по банковской гарантии перед бенефициаром, а также принимает на себя обязательство возместить все связанные с этим расходы исполняющего банка. С учетом изложенного указанный договор о предоставлении гарантии (контргарантия) может быть квалифицирован как разновидность договора комиссии.

В-третьих, механизм контргарантии включает несколько договоров о предоставлении гарантии: между принципалом и банком-эмитентом и между банком-эмитентом и исполняющим банком.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Например, И.Е. Михеева пишет, что «контргарантия признается не прямой гарантией, поскольку выдается не бенефициару, а другому лицу, которое будет предоставлять последующую контргарантию либо гарантию. Контргарантия является односторонней сделкой, поскольку для ее выдачи требуется волеизъявление только одной стороны, и представляет собой облекаемое в письменную форму одностороннее обязательство» (см.: [8]).

² В практике был случай, когда гарант получил отказ от гарантии не от заказчика, а от его вышестоящей организации. Несмотря на несовпадение субъектного состава обязательства из гарантии и субъекта волеизъявления в данном случае отказ от гарантии был принят гарантом.

³ Действие договоров не распространяется на третьи стороны.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Аванесова, Г. А. Применение банковской гарантии в товарном обороте : дис. ... канд. юрид. наук / Аванесова Галина Александровна. – М., 1999. – 144 с.
2. Байгушева, Ю. В. Договор банковской гарантии / Ю. В. Байгушева // Сборник статей к 55-летию Евгения Алексеевича Крашенинникова. – Ярославль, 2006. – С. 85–96.
3. Брагинский, М. И. Договорное право: общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1998. – 841 с.

4. Годэмэ, Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511 с.

5. Ерпылева, Н. Ю. Банковские гарантии в коммерческом обороте / Н. Ю. Ерпылева // Законодательство и экономика. – 1994. – № 5/6.

6. Ефимова, Л. Г. Банковские сделки: право и практика / Л. Г. Ефимова. – М. : НИМП, 2001. – 654 с.

7. Ефимова, Л. Г. Договор о выдаче и использовании банковской карты и договор эквайринга в системе договоров об организации безналичных расчетов : монография / Л. Г. Ефимова. – М. : Проспект, 2017. – 232 с. – (Серия «Банковские сделки»).

8. Михеева, И. Е. Контргарантия: правовые особенности определения должника перед контргарантом с целью оценки рисков / И. Е. Михеева // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2016. – № 2. – С. 65–68.

9. Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии : Информационное письмо от 15 января 1998 г. № 27 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1998. – № 3. – С. 89.

10. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Российская газета. – 2016. – 04 апр. (№ 70).

11. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 мая 1997 г. № 5491/96 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 1997. – № 8. – С. 51–52.

12. Рассказова, Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству / Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2005. – 167, [2] с.

REFERENCES

1. Avanesova G.A. *Primenenie bankovskoy garantii v tovarnom oborote: dis. ... kand. yurid. nauk* [Application of the Bank Guarantee in Commodity Circulation. Cand. jurid. sci. diss.]. Moscow, 1999. 144 p.
2. Baygusheva Yu.V. *Dogovor bankovskoy garantii* [Bank Guarantee Agreement]. *Sbornik statey k 55-letiyu Evgeniya Alekseevicha Krashenninnikova* [Collection of Articles to the 55th Anniversary of Evgeniy Alekseevich Krashenninnikov]. Yaroslavl, Izd-vo YaGU, 2006, pp. 85-96.
3. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. *Dogovornoe pravo: obshchie polozheniya* [Contract Law: General Provisions]. Moscow, Statut Publ., 1998. 841 p.
4. Godeme E. *Obshchaya teoriya obyazatelstv* [General Theory of Obligations]. Moscow, Yurid. izd-vo MYu SSSR Publ., 1948. 511 p.

5. Erpyleva N.Yu. Bankovskie garantii v kommercheskom oborote [Bank Guarantees in Commercial Circulation]. *Zakonodatelstvo i ekonomika*, 1994, nos 5-6.

6. Efimova L.G. *Bankovskie sdelki: pravo i praktika* [Banking Transactions: Law and Practice]. Moscow, NIMP Publ., 2001. 654 p.

7. Efimova L.G. *Dogovor o vydache i ispolzovanii bankovskoy karty i dogovor ekvayringa v sisteme dogovorov ob organizatsii beznalichnykh raschetov: monografiya* [The Agreement on the Issuance and Use of Bank Cards and the Acquiring Agreement in the System of Agreements on the Organization of Non-Cash Payments. Monograph]. Moscow, Prospekt Publ., 2017. 232 p. (Series: Banking Transactions).

8. Mikheeva I.E. Kontrgarantiya: pravovye osobennosti opredeleniya dolzhnika pered kontrgarantom s tselyu otsenki riskov [Counter-Guarantee: Legal Peculiarities of Determining the Debtor to the Counter-Guarantee in Order to Assess Risks]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, 2016, no. 2, pp. 65-68.

9. Obzor praktiki razresheniya sporov, svyazannykh s primeneniem norm Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii o bankovskoy garantii.

Informatsionnoe pismo ot 15 yanvarya 1998 g. № 27 [Review of the Practice of Resolving Disputes Related to the Application of the Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on Bank Guarantee. Information Letter of 15 January 1998 No. 27]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*, 1998, no. 3, p. 89.

10. Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 24 marta 2016 g. № 7 «O primenении sudami nekotorykh polozheniy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii ob otvetstvennosti za narusheniye obyazatelstv» [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24 March 2016 No. 7 ‘On the Application by Courts of Certain Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on Liability for Violation of Obligations’]. *Rossiyskaya gazeta*, 2016, April 4 (no. 70).

11. Postanovlenie Prezidiuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF ot 20 maya 1997 g. № 5491/96 [Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of 20 May 1997 No. 5491/96]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*, 1997, no. 8, pp. 51-52.

12. Rasskazova N.Yu. *Bankovskaya garantiya po rossiyskomu zakonodatelstvu* [Bank Guarantee under the Russian Legislation]. Moscow, Statut Publ., 2005. 167, [2] p.

Information about the Author

Lyudmila G. Efimova, Doctor of Sciences (Jurisprudence), Professor, Head of Department of Banking Law, Moscow State Legal University named after O.E. Kutafin, Sadovaya-Kudrinskaya St., 9, 125993 Moscow, Russian Federation, elg007@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9777-5261>

Информация об авторе

Людмила Георгиевна Ефимова, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой банковского права, Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА), ул. Садовая-Кудринская, 9, 125993 г. Москва, Российская Федерация, elg007@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9777-5261>