

Обзор мастер-класса из серии «Уроки ICC» «Юридические аспекты банковских гарантий. Практика разрешения споров»

03.04.2012

НОВОСТИ КОМПАНИЙ

20 марта 2012 года ICC Russia провела мастер-класс из серии «Уроки ICC» на тему: «Юридические аспекты банковских гарантий. Практика разрешения споров». В последнее время вопрос о необходимости развития институтов обеспечения обязательств обсуждался достаточно активно. Причиной тому стали, как финансовая нестабильность в мире, так, и недостаточность правового регулирования данной сферы в нашей стране. Поэтому мероприятие, посвященное одному из наиболее востребованных на практике институтов, — банковской гарантии, получилось насыщенным по своему содержанию и представительным с точки зрения состава докладчиков: Александр Муранов, Тимур Айткулов, Владимир Хвалей, Джейсон Ярдли, Максим Кульков, Виктория Борткевича, — вот далеко не полный перечень тех ярких докладчиков, которых удалось привлечь для обсуждения заявленной темы ICC Russia.

Большинство слушателей, пришедших на данное мероприятие сталкиваются в своей деятельности с таким институтом как банковская гарантия ежедневно, так что аудитория оказалась на редкость подкованной, и зачастую, минуя ответы докладчиков, сама начинала предлагать взаимные решения из тупиковых ситуаций, которые преподносит порой данный обеспечительный институт.

Основные моменты, которые обсуждались на мастер-классе:

1. правовые аспекты, связанные с независимостью банковской гарантии;
2. соотношение срока банковской гарантии со сроком основного обязательства в правоприменительной практике;
3. применение иностранного законодательства и вопрос инкорпорации URDG 758;
4. институты гарантий, гарантий возмещения и гарантий исполнения договоров в английском праве;
5. применение института гарантий по первому требованию в иностранной практике в период кризиса – тренды, проявившие себя в подходах государственных судов отдельных стран.

1. Правовые аспекты, связанные с независимостью банковской гарантии

По словам В. Хвалея, партнера Baker & McKenzie, в международной практике банковские гарантии призваны в определенной степени заменить деньги, поэтому «снять» деньги по банковской гарантии должно быть также просто, как «снять» деньги со счета. Основой такого подхода является оценка института гарантии как исключительно независимого, в том числе от основного обязательства и ряда иных обстоятельств. Следующие аспекты вопроса независимости гарантии были освещены участниками.

А) О реформировании внутреннего законодательства и вступлении в ВТО

Российское регулирование также в качестве базового называет принцип независимости банковской гарантии от основного обязательства.

[sws_blue_box box_size=»580″]Согласно действующей редакции ст. 370 ГК РФ обязательство по банковской гарантии не зависит от основного обязательства, даже в том случае, если в ней содержится ссылка на него. Такая независимость должна предоставлять возможность максимально оперативно получать денежные средства по банковской гарантии при

наличии факта нарушения основного обязательства.

[/sws_blue_box]

Однако, несмотря на приведенные выше положения, в российской практике взыскание по банковской гарантии зачастую вызывает существенные сложности, в этой связи, в своем докладе, посвященном российскому законодательству о банковских гарантиях и правоприменительной практике, А.Муранов, управляющий партнер коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», обратил особое внимание на планируемое реформирование законодательства о банковских гарантиях. Согласно опубликованному проекту изменений в ГК РФ подразумевается, что данный обеспечительный институт перестанет быть чисто банковским: гарантия станет независимой и ее будут вправе давать любые коммерческие организации. Вторым аспектом, который планируется ввести, подчеркнул А.Муранов, — ввести независимость банковской гарантии вообще от всех других обязательств, чтобы усилить юридическую силу этого документа и не позволить оспаривать его из каких-либо предвходящих обстоятельств. При этом, заметил докладчик, первый аспект (расширение круга субъектов, которые смогут выдавать банковские гарантии) приведет к увеличению конкуренции в данной сфере.

С вступлением России в ВТО введение института независимой гарантии будет способствовать еще большему повышению конкуренции. Докладчик в этой связи обратил внимание на то, что Россия взяла на себя обязательства по финансовым условиям вхождения в ВТО, что в том числе приведет к появлению на российском рынке гарантий иностранных лиц. Согласно указанным условиям вступления России в ВТО, такие гарантии смогут предоставляться не только внутри России, но также и из-за границы для тех бенефициаров, которые находятся в России. Финансовые условия вступления России в ВТО также допускают создание иностранными финансовыми институтами в России дочерних обществ, которые будут оказывать финансовые услуги на отечественном внутреннем рынке, что также повысит конкуренцию в данной сфере, и может стать толчком к развитию данного института.

Б) О подходах в международной практике к вопросам независимости банковских гарантий

В связи с планируемым увеличением базы для международно-правового регулирования в данной сфере, интересно мнение, представленное в докладе Т. Айткулова, партнера Международной юридической фирмы Clifford Chance. В его выступлении была представлена практика английских судов, касающаяся применения положений английского права, регулирующих вопрос независимости гарантий.

В частности было приведено **дело Enka Insaat Ve Sanayi AS v Banca popolare Dell'alto Adige SPA [2009]**. Дело касалось строительства торгово-офисного комплекса «Добрынинский» в Москве. Строительство вела компания Enka Insaat Ve Sanayi AS (подрядчик), которая в свою очередь привлекла для выполнения работ по обустройству фасадов субподрядчика. Субподрядчик обеспечил предоставление компании Enka Insaat Ve Sanayi AS гарантий от иностранных банков в отношении авансового платежа и в отношении выполнения работ. Гарантии содержали формулировку: *«оплата будет производиться по требованиям подрядчика следующего содержания «субподрядчик не исполнил своих обязательств по договору субподряда, следовательно, подрядчик вправе получить оплату по гарантии в отношении авансового платежа»*. Когда договор генподряда с компанией Enka был расторгнут, она начала разбираться со своими субподрядчиками. С данным субподрядчиком договор был расторгнут, но перед этим Enka предъявила к двум банкам требование об оплате по гарантиям. Банки отказали, ссылаясь на то, что требование по гарантии было случаем явного мошенничества, существенных нарушений со стороны субподрядчика не было и убытков не имело место быть, они не были каким-либо образом обоснованы. Несмотря на то, что банки были итальянскими, ранее было заключено соглашение, что споры между сторонами разрешаются в судах Англии. Задачей Enka было получить решение в английском суде против итальянских банков в порядке упрощенного судопроизводства. Суд пришел к выводу, что оснований для отказа у банков нет: при формально соответствующем условиям гарантии требованию подрядчика, банк должен был произвести платеж по ней. Такой вывод суда подтверждает независимость гарантии от основного обязательства по английскому праву и возможность отказа банка в выплате по гарантии только в случае мошенничества со стороны бенефициара. Для выплаты необходимо лишь заявление бенефициара о нарушении обязательства аппликантом, не нужно доказывать убытки

[sws_blue_box box_size=»580“]Под аппликантом здесь понимается лицо, обращающееся за выдачей гарантии в пользу бенефициара.

[/sws_blue_box]

Вторым приведенным делом было дело **Uzinterimpex J.S.C. v Standard Bank Plc [2008] EWCA Civ 819**. Исходные обстоятельства состояли в том, что Uzinterimpex J.S.C. поставляло хлопок покупателю. В пользу продавца по указанию покупателя английский банк открыл аккредитив. Кроме того, этот банк финансировал на 90% авансовые платежи за покупателя. В обеспечение обязательств перед банком покупатель заложил свои права на поставляемый хлопок. Схема взаимных расчетов была организована так, что хлопок должен был поставляться покупателю, он, в свою очередь, должен был его продавать, а средства от продажи должны были поступать в банк, банк же после поступления денег уже проводил расчеты между сторонами. Важным элементом в этой схеме было то, что в английский банк нужно было подавать надлежащим образом оформленные документы, которые подтверждали поставку. Банк, открывший аккредитив, получил в свою очередь гарантию в узбекском банке на возврат аванса (если поставка не будет осуществлена и не будет надлежащим образом подтверждена), сумма этой гарантии должна была уменьшаться по мере осуществления подтвержденной документами поставки.

Фактические обстоятельства по реализации указанной системы расчетов сложились так, что стороны осуществляли поставку, но документы об осуществленной поставке хлопка надлежащим образом не оформлялись. В результате английский банк получал деньги от продажи хлопка, а сумма по гарантии узбекского банка не уменьшалась, в связи с отсутствием подтверждающих поставку документов. Как только начались конфликты между сторонами, английский банк сделал требование по гарантии в узбекский банк и получил полную сумму по ней. В силу различных обстоятельств (в том числе банкротства покупателя) в итоге узбекская компания-поставщик обратилась в суд против английского банка с иском из неосновательного обогащения. Судом в требовании было отказано, с указанием на то,

что в таких случаях необходимо обращаться за возмещением к покупателю, а условием гарантии, которая была выдана английскому банку, не предусматривалось, что этот банк должен отчитываться за те деньги, которые получены (все эти отношения взаимного учета должны были решаться в рамках договора купли-продажи, но не договора о банковской гарантии).

Это дело иллюстрирует подход английских судов, состоящий в том, что они неохотно связывают основное обязательство и обязательство по гарантии. Бенефициар (банк) получил деньги дважды – и по гарантии, и от своего заемщика (который являлся покупателем по договору купли-продажи хлопка), — однако продавец хлопка (аппликант) не смог взыскать с бенефициара неосновательно полученную сумму по гарантии.

Необходимо отметить, что докладчики так или иначе в своих выступлениях подчеркивали то, что в целом, в международной практике исходят из строгого принципа независимости банковской гарантии. Так, В. Хвалеи приводил для демонстрации данного аспекта следующий основополагающий принцип, который исповедуется при толковании судами положений Унифицированных правил ICC в отношении гарантий по первому требованию: **сначала плати, потом разбирайся, за исключением случаев явного мошенничества.**

Таким образом были приведены примеры из практики судов ICC в различных юрисдикциях (Франция, Швеция, Бельгия, Нидерланды). Основной подход может быть продемонстрирован в приведенном шведском кейсе.

В Решении Апелляционного суда Сконе и Блекинге (Швеция), 22 октября 1999 г. Ö1298-99 суд указал следующее: “Правовой сутью гарантии по требованию является ее безусловный характер: платеж производится незамедлительно и без каких-либо дополнительных расследований, как бенефициар предъявит требование; таким образом, бенефициар, как правило, имеет право на получение платежа по гарантии в полном объеме, независимо от того, было или не было допущено фактическое неисполнение обязательств, предусмотренных взаимоотношениями между бенефициаром и цедентом.” Другая грань данного вопроса проявилась в том же Решении, где суд указал: “В исключительных случаях,

когда совершен обман или бенефициаром допущено эквивалентное нарушение своей официальной позиции, проистекающей из гарантии, банку необходимо предоставить право отказа в платеже. Суд установил, что данные обстоятельства отсутствуют в данном деле.”

2. Соотношение срока банковской гарантии со сроком основного обязательства в правоприменительной практике

Вопрос независимости банковской гарантии, применительно к российской практике, также встает при рассмотрении такого ее существенного условия как срок, на который она выдается. Ключевой момент, который обозначался многими докладчиками в том или ином аспекте (А.Мурановым, М.Кульковым, А.Резниченко), — это консерватизм практики в данном вопросе.

А) Общая характеристика тенденций правоприменительной практики прежних лет

Так М.Кульков отметил, что базовое правило, которое до недавнего времени определяло судебную практику, было сформулировано в 1997 году, когда при толковании обеспечительной функции гарантии (ст. 370 ГК) в **Постановлении Президиума ВАС РФ от 25.11.1997 года № 8065/95** был сделан радикальный вывод: «срок гарантии должен истекать не ранее момента полного исполнения основного обязательства», в обратном случае гарантия признается недействительной с момента выдачи. До 2009 года включительно, подчеркнул докладчик, в аналогичных и схожих случаях практически отсутствовали иные решения.

Другой пример, указывающий на предыдущую судебную практику, тенденция изменения подходов в которой проявилась в последнее время, был приведен в докладе А.Муранова. Им было приведено **Постановление Президиума ВАС РФ от 31 мая 2005 г. № 929/05 по делу № А70-1565/23-2004**, в котором указывалось, что если срок действия банковской гарантии истекает ранее срока действия основного обязательства, значит при выдаче данной банковской гарантии изначально отсутствовала ее обеспечительная функция по отношению к основному обязательству, что противоречит существу банковской гарантии. Такая гарантия является недействительной сделкой, не порождающей правовых последствий

Однако в последнее время тенденция изменилась, так ВАС России в Определении от 02.02.2010 г. N ВАС-574/10 признал наличие обеспечительной функции и действительность гарантии, несмотря на то, что она истекла раньше момента полного исполнения договора, в связи с тем, что стороны «согласовали механизм ежегодного возобновления гарантий» (по соглашению не позднее 20 дней до окончания гарантии выдавалась новая).

В 2011 году данная тенденция укрепилась, и в Постановлении ФАС Московского округа от 12.12.2011 г. по делу N А41-16837/11 суд признал наличие обеспечительной функции, несмотря на то, что срок гарантии истек раньше момента полного исполнения договора лизинга, указав на то, что гарантия содержала указание, что обеспечивает уплату принципалом лизинговых платежей «подлежащих уплате Принципалом Бенефициару в период действия настоящей банковской гарантии»; таким образом основное обязательство – не весь договор лизинга, а только обязанности по лизинговым платежам за определенный период.

Б) О последних трендах в подходах ВАС России

Особое внимание в докладах А.Муранова и М. Кулькова было уделено либерализации подходов ВАС России к вопросу сроков обязательств по гарантии, который проявился при рассмотрении **14 марта 2012 года** Президиум ВАС России Проекта постановления Пленума «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий».

[sws_blue_box box_size=»580″]Отметим, что указанное постановление повторно рассматривалось Пленумом ВАС России уже после проведения описываемого мероприятия 23 марта 2012 года и в данном обзоре упоминается как «Проект». Итогового документа на момент подготовки настоящего обзора опубликовано на официальном сайте ВАС России в сети Интернет не было. Согласно информации доступной на сайтах электронных средств массовой информации в сети Интернет (http://rapsinews.ru/judicial_news/20120323/262347326.html) документ был принят в редакции,

обсуждаемого в рамках мастер-класса Проекта без существенных изменений.

[/sws_blue_box]

Второй пункт Проекта Постановления, отметил А.Муранов, касается правоприменения по ст.368 ГК РФ. Если ранее судебная практика исходила из того, что гарантия, выданная на срок меньший, чем основное обязательство — недействительна. В Проекте предложено отказаться от этого подхода: гарантия не может только по этому основанию быть недействительной, важно посмотреть на то, не имели ли стороны ввиду, что гарантия обеспечивает те обязательства, которые возникают в ходе исполнения самого основного обязательства. Ключевым в данном вопросе является вывод о том, что несовпадение срока — само по себе не является основанием для признания гарантии недействительной.

При этом, М.Кульков отметил, что в указанном Проекте постановления Пленума ВАС России остался не решенным вопрос о том, что делать с гарантиями, выданными по обязательствам на неопределенный срок. Ранее в практике суды склонялись к тому, что такая гарантия является недействительной (см. Определение ВАС от 23 августа 2007 г. N 9722/07).

3. Применение иностранного законодательства и вопрос инкорпорации URDG 758.

В связи с тем, что гарантии достаточно часто применяются для обеспечения обязательств сторон в трансграничных сделках, в практике разработки конструкций таких гарантий российскими банками достаточно часто встают вопросы о возможности либо невозможности применения **норм иностранного права.**

А) О российских коллизионных нормах

В докладе А. Муранова был сделан акцент на регулировании данного вопроса российскими коллизионными нормами. В пользу как той, так и другой позиции можно найти обоснование. **«За»** возможность применения норм иностранного права в частности могут быть приведены достаточно веские аргументы. В частности, в силу статьи 1217 ГК РФ к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, применяется право страны, где

находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке, если иное не вытекает из закона, условий или существа сделки. Тем самым стороны вправе подчинить обязательство по банковской гарантии иностранному праву. При этом никакие императивные нормы российского законодательства не применяются, поскольку условий, предусмотренных ст. 1192 ГК РФ, в данном случае не существует. Однако существуют и аргументы **«против»**. Так, поскольку банковская деятельность является предметом регулирования большого числа императивных институтов и норм, то в силу ст. 1192 ГК РФ такие императивные нормы делают подчинение банковской гарантии, выданной российским банком, иностранному праву заведомо неисполнимым. Кроме того, в силу п. 5 ст. 1210 ГК РФ в данном случае должны применяться все императивные нормы российского права, поскольку договор связан только с российским правом. Применение российских императивных норм делает подчинение банковской гарантии иностранному праву бессмысленным, а само обязательство по выдаче банковской гарантии неисполнимым.

В опубликованном проекте изменений в ГК РФ, в предлагаемой редакции ст. 1217 ГК РФ приводится следующая формулировка: к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, если иное **явно** не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, применяется право страны, где **на момент совершения односторонней сделки** находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

Иными словами, было отмечено А.Мурановым, предлагается указать применительно к односторонним сделкам, каковой является гарантия, что применимое право должно будет определяться на момент заключения договора о гарантии, то есть напрямую будет указываться, на возможность определения применимого права в договоре в отношении односторонних сделок.

Б) Об унифицированных правилах ICC

В связи с большим количеством банковских гарантий выдаваемых в обеспечение

транснациональных сделок, возник также вопрос о возможности применения Унифицированных правил ICC (URDG 758) к таким гарантиям.

[sws_blue_box box_size=»580″]Первая редакция Унифицированных правил для гарантий по первому требованию была разработана Международной торговой палатой (ICC) в 1991 году (URDG № 458) и получила широкое международное признание после их включения Всемирным банком в свои формы гарантий и одобрение со стороны ЮНСИТРАЛ и ведущих отраслевых объединений, таких как международная федерация инженеров-консультантов (FIDIC). Унифицированные правила в первой редакции регулировали выдачу и обращение гарантий по требованию. Гарантии по требованию являются часто используемым финансовым инструментом, особенно в торговом финансировании. Гарантии обеспечивают обязательства на сотни миллиардов долларов во всем мире. В некоторых странах гарантии по Унифицированным правилам использовались как модель для структурирования и закрепления регулирования гарантий на местном законодательном уровне.

Однако с течением времени в том числе в связи с частым обращением к данному институту хозяйствующими субъектами потребовалось провести корректировку первой редакции правил и после достаточно продолжительного обсуждения, в начале декабря 2009 года Палата объявила о принятии новой редакции Унифицированных правил — URDG 758. Это первые изменения за 18 лет существования Унифицированных правил. Новые Унифицированные правила вступили в силу с 1 июля 2010 года. Целью принятия Новых Унифицированных правил было адаптация Унифицированных правил к меняющейся международной финансовой практике.

В целом Новые Унифицированные правила более четко и логично сформулированы и покрывают такие вопросы как (а) выдача и действительность гарантии; (б) независимость гарантии; (в) содержание гарантии и прилагаемых документов; (г) изменение гарантии; (д) предъявление требований об оплате; (е) изменение суммы и прекращение гарантий; (ж) ответственность гаранта и ее ограничения; (з) применимое право и рассмотрение споров.

Согласно п. а. ст.1 URDG 758, данный документ применяется к любой гарантии по

требованию, в которой прямо указывается, что она им подчинена.

Российские суды признают применение Унифицированных правил и предоставляют защиту на их основании. Примером рассмотрения споров относительно Унифицированных правил (правда в первой редакции – URDG 458, но в целом это дело демонстрирует общий подход судов) можно привести Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 5 марта 1998 года № КГ-А40/336-98, в котором суд отметил, что «Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 года (публикация МТП № 458) являются международным обычаем, сложившимся в международной банковской практике».

Суд принял во внимание положения статей Унифицированных правил, указав, что нижестоящий суд не дал оценки определенным обстоятельствам, исходя из требований, установленных ст. 378 ГК Российской Федерации и ст.ст. 3, 18 Унифицированных правил. Учитывая вышеизложенное, суд передал дело на новое рассмотрение.

[/sws_blue_box]

Применительно к тому, как решается вопрос о применимом праве в новой редакции Унифицированных правил для гарантий по первому требованию (URDG 758), дал пояснения в своем докладе Т.Айткулов. Если стороны желают, чтобы условия URDG 758 напрямую регулировали их взаимоотношения, они должны указать об этом в тексте договора о выдаче гарантии. В отношении того, как URDG 758 регулируют вопросы применимого права к взаимоотношению сторон, докладчик привел содержание ст. 34 URDG 758: «Если иное не предусмотрено в гарантии, применимым правом является право страны, в которой находится филиал или отделение гаранта, выдавшее гарантию».

В судебной практике ярким примером позиции ВАС России (и по вопросу имплементации положений URDG и по вопросу применения сторонами к гарантиям иностранного права), приведенном в рамках мастер-класса А.Мурановым и Т.Ауткуловым является *Постановление Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 1795/11 по делу № А56-6656/2010*, в котором суд указал, что банковская гарантия, выданная российским банком, может подчиняться

зарубежному праву («вывод [нижестоящих] судов о невозможности предоставления российским банком гарантийного обязательства в соответствии с правом Швеции противоречит нормам российского права, в частности, статьям 1186, 1217 ГК РФ, а также положениям статьи 27 Унифицированных правил ICC для платежных гарантий, предусматривающим, что в гарантии либо в контр-гарантии, если только не предусмотрено иное, регулирующим их правом будет являться право местонахождения гаранта либо инструктирующей стороны (в зависимости от случая) или, если гарант или инструктирующая сторона имеют несколько местонахождений, то право местонахождения того филиала, который выдал гарантию либо контр-гарантию»).

[sws_blue_box box_size=»580″]Необходимо отметить, что приведенное дело касается применения предыдущей редакции Унифицированных правил ICC для платежных гарантий, однако оно справедливо и в отношении действующей редакции правил, поскольку демонстрирует общий подход к использованию данной категории источников для регулирования отношений гаранта и принципала.

[/sws_blue_box]

Продолжая тему применения к институту гарантий URDG 758, хотелось бы привести отдельные положения из доклада Т.Айткулова в отношении ряда процессуальных аспектов. Так, в ст. 35 URDG 758, было указано спикером, установлено общее правило, согласно которому местом подачи иска является место нахождения офиса или филиала гаранта, где была выдана гарантия, однако существует возможность указания другого суда или арбитража по соглашению сторон. На практике, указал докладчик, обычно гарантии не содержат арбитражного соглашения и соглашения о подсудности, при этом международная практика складывается таким образом, что поскольку гарантия является независимым институтом, арбитражная оговорка в основном договоре не распространяется на отношения по гарантии и наоборот. Примером такой позиции является мнение французского суда в решении 1982 года (Court of Cassation decision dated 20 December 1982).

Однако, и Т.Айткулов, и В. Хвалеи отметили, что международная арбитражная практика судов

ICC допускает рассмотрение вопросов, относящихся к гарантии, в рамках арбитражного разбирательства между принципалом (аппликантом) и бенефициаром. Кроме того докладчики обратили внимание, что в ряде случаев арбитраж считает допустимым в ходе разбирательств между аппликантом и бенефициаром вынести решение относительно права бенефициара на получение выгод по гарантиям. В качестве примеров были приведены Дело ICC No. 5721 от 1990 и Дело ICC No. 3896 от 1982.

4. Наиболее популярным правом применительно ко многим трансграничным сделкам в России по прежнему является английское право, именно поэтому, отдельное внимание хотелось бы уделить освещению института гарантий в английском праве.

По данному вопросу выступил партнер практики судебных разбирательств лондонского офиса White & Case Джейсон Ярдли. Термин «**guarantee**», было указано в его докладе, является слишком общим, и не всегда полностью передает содержание данного понятия. В английском праве существует обобщающий термин – поручительство (**Suretyship**), в рамках которого выделяются более специальные термины — **Indemnity** (гарантия возмещения) и **guarantee** (гарантия), **Performance bonds / performance guarantees / demand guarantees** (гарантия исполнения договора).

Поручительство (Suretyship) — базовое понятие, это договор по которому поручитель принимает на себя обязательство отвечать по существующим или будущим обязательствам другого лица (принципала) перед третьей стороной (кредитором). Обязательство поручителя, при этом, является дополнительным к обязательству принципала. Выделяя гарантии и гарантии возмещения, необходимо пояснить, обратил внимание докладчик, что у них достаточно много общего, но есть и различия.

Согласно гарантии, гарант обещает кредитору нести обязательство параллельно с принципалом (быть ответственным за надлежащее исполнение принципалом обязательств принципала перед кредитором, если принципал не исполняет эти обязательства).

Акцентируясь на последней части определения – «если принципал не исполняет свои обязательства», Д. Ярдли отметил, что здесь проявляется одно из отличий *guarantee* и *indemnity*. Гарантия это обещание в будущем сделать две следующих вещи: (а) или обеспечить исполнение принципалом в будущем взятых им на себя обязательств или (б) взять на себя выполнение обязательств, не выполненных принципалом. Если поручитель берет обязательство выполнить обязательство за принципала, то в случае невыполнения им своих обязательств, гарант становится должником кредитора принципала. Когда гарант обещает обеспечить исполнение обязательства, он обеспечивает возмещение ущерба стороне, пострадавшей от бездействия принципала, не становясь напрямую должником. В контексте английского права, так как в этом случае гарант должен не «долг», а «возмещение ущерба», здесь вступает в силу **принцип снижения потерь**: кредитор должен максимально предпринять меры по снижению собственных потерь до момента обращения к гаранту по *guarantee* о возмещении потерь. В связи с данной особенностью, при составлении гарантии по английскому праву гаранту лучше указать в ней, что гарант берет на себя именно обязательство принципала, что приведет к тому, что гарант возьмет на себя его долг (задолженность), а не обязательство возместить ущерб. *Guarantee* в этом случае отличается от *indemnity* тем, что обязательство поручителя по *guarantee* вторично по отношению к обязательству принципала. Еще одной особенностью *guarantee* является то, что к данному институту применим Закон о мошенничестве 1677 года, в котором четко указано, что во избежание недобросовестных действий сторон данного обязательства *guarantee* должно быть всегда составлено в письменной форме. Таким образом, устные *guarantee* по английскому праву «не проходят».

Следующий принцип, характерный для *guarantee*, — принцип сосуществования обязательств. В первую очередь этот принцип сосуществования в законном поле обязательств гаранта и принципала подразумевает, что обязательство гаранта не может быть больше, чем обязательство принципала. Этот принцип сочетается с вышеупомянутым принципом, в силу которого обязательство гаранта по *guarantee* вступает в силу только после того, как принципал не исполнил свое обязательство.

Еще одно существенное отличие между *guarantee* и *indemnity* проявляется в ситуациях, когда обязательство принципала признается ничтожным или теряет исковую силу или по каким-то обстоятельствам признается исполненным и т.п. Во всех этих случаях обязательство гаранта по *guarantee* автоматически прекращается. Есть считанные исключения, например, в случае, если директор берет на себя обязательство по гарантии за основное обязательство компании. Если окажется, что такое основное обязательство возникло по договору, заключенному за пределами компетенции этой компании, такой договор признается незаключенным, а обязательство директора остается в силе. Но эти исключения крайне редки и нетипичны, по общему правилу с исполнением и прекращением основного обязательства заканчивается и обеспечивавшее обязательство.

Для юристов также важно понять, отметил Д. Ярдли, что в если договор займа по английскому праву обеспечивается по договору *guarantee*, в том случае, если в него будут внесены изменения, поручитель будет автоматически освобожден от своих обязательств. Это важно помнить заимодателю.

Также было уделено внимание вопросам, связанным с моментом возникновения права на иск в случае *guarantee*. Так как *guarantee* вступает в силу, когда принципал нарушил свое обязательство, этот момент считается самым ранним моментом для возникновения оснований для иска. Время подачи иска может быть и более поздним, но отсчитывается срок исковой давности по данной категории дел со дня возникновения права на иск. Есть разница в расчете сроков давности в отношении иска к принципалу и гаранту. По английскому праву срок исковой давности — 6 лет по основному обязательству, по

гарантийному обязательству — 12 лет.

Характеризуя **Indemnity** на сравнении с институтом *guarantee*, Д. Ярдли обратил внимание на следующие аспекты. **Сходство с *guarantee*** – *indemnity* также обязательство возместить потери, которые понесены другой стороной. **Различие с *guarantee*** — сторона, которая выдает гарантию возмещения, берет на себя не вторичное, а первичное основное обязательство, полностью независимое от обязательства по основному договору. При ничтожности основного обязательства, утрате им исковой силы или заключении соглашения между должником и кредитором, обязательство по гарантии возмещения остается в силе.

Особенностью принудительного исполнения гарантии возмещения заключается в том, что момент возникновения основания для иска может, (а) совпадать с моментом нарушения принципалом своих обязательств, (б) предшествовать этому моменту или (в) наступать после этого момента.

Если по условиям гарантии возмещения кредитор должен направить заемщику извещение, что он должен уплатить определенные суммы, но такое извещение еще не направлено, требование к гаранту уже может уже быть направлено. Это обязательство является независимым. Более того, из принципа независимости следует тот факт, что кредитор может подать иск против гаранта по гарантии возмещения, даже если и вовсе не было нарушения обязательств со стороны принципала. Например, если принципал умирает или терпит банкротство еще до того, как наступает срок платежа по основному договору.

Характеризуя ключевые различия между *guarantee* и *indemnity*, докладчик акцентировал внимание на том, что важной эта разница становится, если основной договор претерпевает изменение, а также при заключении мирового соглашения или исполнения основного обязательства. Классическое *guarantee* прекращается в момент исполнения основного обязательства. Практики иногда задаются вопросом можно ли считать, что включение в текст основного договора оговорки, что гарантия сохраняет силу после прекращения основного договора достаточно, чтобы такая гарантия расценивалась как гарантия

возмещения. Однако, согласно приводимой позиции докладчика, судебная практика складывается не так прямолинейно, и в некоторых делах судьи прямо указывают, что если бы это была гарантия возмещения, не требовалось бы включать такой пункт, а если такой пункт включен в гарантию, соответственно, это не гарантия возмещения, а классическая гарантия, структурированная таким способом.

Докладчиком также была кратко охарактеризована такая разновидность гарантии как «performance bonds» — гарантии исполнения договора или гарантии по требованию. В рамках английского права существуют три термина – «performance bonds», «performance guarantees», «demand guarantees», которые являются во многом синонимами, наиболее распространенным русским переводом которых могли бы стать словосочетания – гарантии исполнения договора, гарантии по требованию.

Гарантии исполнения договора – это юридически обязательное соглашение о выплате определенной суммы, поименованному бенефициару, по требованию и против предоставления определенных документов. Как правило, такая выплата осуществляется при нарушении основного договора, при этом, как правило, не устанавливается требований доказать факт нарушения основного договора.

Именно это свидетельствует о том, что обязательство является абсолютно независимым от основного обязательства и даже от споров, которые возникли по основному договору. Именно исходя из этого, данный инструмент трактуется английскими судами как инструмент, приравненный к денежным средствам. Поэтому к этому институту, разработанному международным банковским сообществом, особо трепетно относятся судьи на практике и требуют его соответствия букве закона. Если гарантия и требование по ней соответствуют букве закона и требованиям к форме, гарант должен безоговорочно платить. Единственное исключение в судебной практике — наличие у банка-гаранта сведений о мошенничестве. Международными правилами по регулированию операций с данным инструментом, отметил докладчик, являются Унифицированные правила ICC в отношении гарантий по требованию (действующая редакция – URDG 758). Задача этих правил гармонизировать и использовать гарантии исполнения договора с соблюдением баланса интересов сторон

5. Последним моментом, который хотелось бы осветить, является несколько кейсов, которые были приведены В. Хвалеем и Д. Ярдли в отношении подходов к такому институту как гарантии по первому требованию в период кризиса

В связи с природой гарантий исполнения договора, банки, выдающие такие гарантии, как правило, стараются произвести исполнение по ним, в случае, если требование о платеже соответствует условиям гарантии. Однако в период кризиса в связи с дефицитом ликвидности стала складываться практика, когда банки начали избегать таких платежей за счет получения запретов судов на осуществление платежа по гарантии. В частности, докладе **В. Хвалея** (номер дела и названия сторон не приводятся), было приведено дело, в рамках которого банк, выдавший гарантию, не отказался платить, но не платил по ней в связи с наличием запретительных мер иностранного суда. Согласно обстоятельствам данного дела, между российским заказчиком и французским подрядчиком был заключен контракт о поставке оборудования. Авансовый платеж заказчика на сумму 24 735 900 Евро был обеспечен гарантией по первому требованию французского банка. Российский заказчик произвел авансовый платеж, оборудование не было поставлено вообще, так как случился кризис, и 14 октября 2008 года российский заказчик направил письмо французскому подрядчику, в котором предложил приостановить исполнение контракта и передать ему только лишь технологическую документацию на оборудование, прекратить строительство и поставку оборудования в будущем. Переговоры о приостановлении контрактов ни к чему не привели, и российский заказчик направил уведомление французскому подрядчику о том, что он собирается предъявить требование по банковской гарантии, так как в контракте было прописано такое предварительное уведомление. Как только французский подрядчик получил это уведомление, он сразу же обратился в судебные органы Франции и получил обеспечительную меру, запрещающую банку производить платеж по банковской гарантии до окончания разбирательства. Решение о вынесении указанной обеспечительной меры базировалось на том, что французский подрядчик указал суду, что российская сторона

осуществляет явное мошенничество, требуя деньги по банковской гарантии (чего здесь на самом деле, видимо все же не было, так как российская сторона выполнила свои обязательства по оплате аванса, а французская встречные обязательства не выполнила, но во времена кризиса подобные решения были не редки). Суд принял этот довод, и его решение было подтверждено в апелляционном суде Парижа. Данное решение не было окончательным, оно носило временный характер, так как согласно условиям контракта судебные споры между сторонами подлежали рассмотрению арбитражем в Стокгольме, соответственно запрет французского суда действовал до принятия окончательного решения арбитражем в Стокгольме. В окончательном арбитражном решении в Стокгольме арбитры указали, что действительно заявление заказчика о прекращении договора было необоснованным, потому что российский заказчик прекратил договор из-за кризиса, что не было основанием для прекращения договора, что давало право французскому подрядчику на возмещение некоторых расходов. Тем не менее, французский подрядчик должен был вернуть российскому подрядчику порядка 18 096 080 Евро, как остаток аванса. С этим решением российский заказчик обратился уже к Банку, и тот, на основании указанного решения сделал платеж (в решении французского суда была оговорка – запретить банку платить до окончательного арбитражного решения, после того как указанное арбитражное решение было принято, банк должен был сделать платеж).

Это пример того, что во времена кризисов некоторые банки не хотят платить по гарантиям, а государственные суды при этом слишком лояльны в такие периоды к банкам.

Соответственно, обратил внимание докладчик, формулировки банковских гарантий нужно очень внимательно читать, чтобы они не давали зацепок, по которым банк мог бы отказаться от уплаты.

Другой сравнимый случай был описан **Д. Ярдли** в отношении института гарантии исполнения договора. В данном кейсе фактические обстоятельства сводились к нескольким моментам. По договору строительного подряда французский подрядчик должен был осуществлять строительство электростанции, заказчиком выступало SPV, созданное под этот

проект. Французский подрядчик обратился к французскому банку с просьбой выдать гарантию по первому требованию (с подчинением действующей тогда редакции — URDG 458) в пользу заказчика, и соответственно предоставил гарантию возмещения этому банку на тот случай, если последнему придется произвести выплату по выданной им (банком) гарантии исполнения договора. После этого французский банк выдал гарантию исполнения в пользу заказчика, подчиненную URDG 458 и английскому праву.

Согласно условиям договора подряда предусматривалось строительство двух энергоблоков, и выплата подрядчиком пени при незавершении строительства первого энергоблока до 15 декабря 2010 года и второго энергоблока до 15 января 2011 года. Подрядчик не исполнил своевременно своих обязательств по строительству первого блока, и заказчик направил множественные требования к подрядчику в отношении уплаты пени в связи с неисполнением сроков, и после этого направил требование о платеже по гарантии исполнения в адрес банка.

Условия гарантии по требованию указывали, что банк обязан уплатить в течение трех дней, если получит от компании требование, выполняющее условия, прописанные в указанной гарантии. Требование должно было быть выставлено в Евро, в нем должно было быть указано, что подрядчик не выполнил свои обязательства в соответствии с договором. Гарантия не требовала указания того, как именно было не исполнено основное обязательство. В требовании должен был указываться банковский счет в Лондоне, на который необходимо было осуществить исполнение, и должно было прилагаться требование, направленное в адрес подрядчика в отношении соответствующего нарушения обязательств основного договора.

21 декабря 2010 банк получил первое требование от заказчика на сумму 93 млн евро. К требованию, однако, прилагались счета-фактуры только на 27 млн. евро. Разница еще не причиталась заказчику, и она была исчислена, в связи с тем, что заказчику было уже очевидно, что помимо нарушения сроков строительства первого блока электростанции, также будут сорваны сроки строительства второго блока. 24 декабря 2010 года подрядчик

уведомил банк, что он обратился во французский суд с заявлением об обеспечительных мерах виде запрета на платеж по гарантии. Суд выдал запрет в ближайший рабочий день 27 декабря 2010 года. Банк принял решение не производить платеж по гарантии до того момента, пока суд не вынесет окончательного решения.

Если бы суд признал направленное требование заказчика надлежащим, то к банку должны были применяться санкции за его неплатеж в установленное гарантией время, но этот принцип не применим в случае возникновения судебного спора между сторонами.

Необходимо отметить, что, как в Англии, так и во Франции основанием не платить по надлежащим образом составленному требованию является только мошенничество или введение в заблуждение, тем не менее, французский суд принял решение о вынесении запрета платить по гарантии до окончания основного обязательства.

31 декабря 2010 года заказчик подал иск в суд в Англии против банка, попросив выдать решение в порядке упрощенного судопроизводства, обязывающее банк уплатить, поскольку заказчик был уверен, что он прав. Но необходимо обратить внимание, что само по себе требование об уплате по гарантии было составлено им не вполне корректно: по условиям гарантии в требовании платежа должны были быть включены указания на все уведомления подрядчика заказчиком о неисполнении обязательств по основному договору. При этом заказчик приложил обосновывающие требования счета-фактуры только в отношении требований в размере 27 млн евро, а не 93 млн евро, как было указано в требовании о платеже, предъявленном банку-гаранту. После 15 января 2011 года, когда наступил следующий срок сдачи следующего этапа работ, это несоответствие было исключено, так как подрядчик вновь не успел исполнить обязательство по основному договору, заказчик смог представить соответствующие обосновывающие документы на всю сумму требования, и это новое требование уже полностью соответствовало условиям гарантии. Однако запрет французского суда по-прежнему действовал.

Заказчик подал второй иск в британский суд в порядке упрощенного судопроизводства с требованием о немедленном платеже по гарантии. В ответ на это, подрядчик опять получил

судебный запрет во французском суде. Эта легкость в получении судебных запретов во французском суде удивляла многих. В конце января 2011 года состоялись судебные слушания в Лондоне по двум искам заказчика. По первому требованию суд согласился с позицией банка о том, что требование о платеже было ненадлежащим. По второму требованию суд принял решение против банка, обязав его произвести платеж, но данное решение было объявлено судом не подлежащим исполнению немедленно в связи с существованием запрета французского суда.

9 февраля 2011 года заказчик подал третье требование в банк, банк снова отказал в платеже в связи с наличием судебного запрета. Тогда заказчик подал еще один иск в суд в Лондоне, в котором заявил, что французский запрет на платеж нерелевантен и длится слишком долго, и кроме того, он обратил внимание суда на то, что в гарантии исполнения было однозначно указано, что гарантии исполнения должны были рассматриваться английским судом, и возможность выплаты на счет заказчика в английском филиале французского банка в Лондоне могла бы означать, что юрисдикция французского суда не должна была распространяться на этот банк. Заказчик настаивал на том, что предыдущее решение английского суда об обязанности банка-гаранта уплатить по гарантии должно немедленно вступить в силу. Банк, в свою очередь, подал ходатайство, чтобы он был признан стороной, которая не может осуществить какой-либо платеж до снятия судебного запрета французского суда, также банк подал апелляцию на решение английского суда об обязанности осуществить платеж по гарантии. Подрядчик же обратился в английский суд с просьбой придать французским запретам статус и силу решений английского суда. Судья, судя по всему, желал, чтобы стороны сами договорились в данной ситуации, поэтому четыре месяца решения не было. Заказчику деньги были по-прежнему не уплачены, в конце концов, заказчик и подрядчик договорились между собой, были сняты судебные запреты во Франции, и банк заплатил по гарантии. Докладчик обратил особое внимание на то, что с формальной точки зрения до текущего момента, итогового судебного решения по делу не вынесено (спустя более 20 месяцев с момента начала разбирательств).

Вопрос о том нужно ли здесь специальное решение требует отдельного рассмотрения. Фактически есть определенное противоречие между английским правом и требованием произвести платеж и французским запретом. Необходимо отметить, что существует прецедент **Ralli Bros. v Compania Naviera Sota y Aznar [1920] 2KB 287**, в соответствии с которым английские суды не должны присуждать принудительное исполнение договора, подчиненного английскому праву, если такое исполнение будет признано незаконным в стране, где это исполнение должно быть произведено. Это важный принцип, который должен учитываться, и при составлении договоров, и в случае судебных разбирательств. Выбирая английское право, стороны часто стараются защитить себя от возможных судебных запретов по праву своей страны, в то же время именно по английскому праву заявляется, что не может быть принудительно исполнено обязательство, которое противоречит закону страны исполнения. *Необходимо отметить, что следуя указанному принципу, если в нескольких странах возможно исполнение договора, и только в одной стране это исполнение подпадает под запрет и становится незаконным, такой договор может быть исполнен в другой стране, где такого запрета нет, но если место исполнения одно, и в этом месте вынесен запрет, такой договор становится принудительно неисполнимым.*

В рассматриваемом случае было требование, по которому банк должен был осуществить платеж. По условиям гарантии платеж должен был производиться на счет в лондонском филиале французского банка и в евро. На этом основании заказчик справедливо аргументировал в суде, что если у французского банка есть филиал в Лондоне, можно в обход французского запрета немедленно произвести платеж по гарантии на счет в таком филиале. Однако, когда начали пристальнее рассматривать механику исполнения такого платежа, стороны обнаружили, что принятие решения по совершению платежа должно было производиться во Франции, кроме того, несмотря на то, что деньги в итоге должны были придти на счет в филиале французского банка в Лондоне, они должны были перед этим предварительно пройти через французскую клиринговую систему, перед тем, как они были бы перечислены на счет заказчика в Лондонском филиале французского банка, а совершение каких-либо действий по исполнению гарантии во Франции противоречило бы

запрету, наложенному французским судом.

На основании этих фактов, судья, ссылаясь на прецедент *Ralli Bros*, заключил, что **данный прецедент препятствует лишь принудительному исполнению конкретного решения, но не препятствует соответствующему решению «за» или «против» стороны.** Необходимо оговориться, что мнение докладчика не совпадает с мнением судьи.

Из описанного случая можно сделать ряд выводов. Очень важно **для бенефициаров** еще на стадии составления гарантии проверить четкость формулировок, связанных с описанием обстоятельств, ведущих к платежу. Поскольку, если останутся элементы для двусмысленного толкования таких формулировок, есть вероятность того, что бенефициару будет трудно получить свой платеж.

Что касается **банков**, они тоже должны проверить четкость формулировок обстоятельств, ведущих к платежу при получении соответствующих гарантии требований бенефициара. Банкам, вероятно, необходимо также сравнить условия гарантии с пунктами требования и оценить соответствие между ними. Это важно, так банк может, не заметив расхождений между содержанием требования и гарантии, заплатить, а затем будет иметь проблемы с получением возмещения от аппликанта по гарантии, поскольку он, в свою очередь будет апеллировать к тому, что банк уплатил по не надлежащему требованию.

Аппликант же из указанного может сделать для себя практический вывод, что он может попытаться не платить, если у него нет такой возможности (в моменте — L.i.), а получить судебный запрет в целях остановки платежа или его задержки.

Напоследок, окончательно «загрузив» аудиторию комментариями к указанному делу, Д. Ярдли, лаконично и сдержанно пошутил, указав, что если вы не знаете что же вам делать – звоните юристу! А также добавил, что любая юридическая фирма просто мечтает о таких сложных и запутанных делах, «потирая руки» в ожидании крупных гонораров и интересных юридических коллизий.

Если же в целом резюмировать все услышанное на данном, совсем не рядовом с точки зрения содержательности докладов мероприятии, можно сказать что, кризис заставил более глубоко взглянуть на такой инструмент как гарантия. Эта тенденция далеко не только российская, а в целом европейская, и дорабатывая внутренний инструмент на базе международного опыта, важно учесть не только его позитивный аспект, но и те негативные тенденции, которые проявили себя в последние годы.

Подготовлено

главным экспертом-юристом

журнала Legal Insight Светланой Дубинчиной

НОВОСТИ КОМПАНИЙ