Банковские гарантии и документарные аккредитивы

05.07.2012 НОВОСТИ КОМПАНИЙ

Обзор мастер-класса Джеймса Бёрна (James Byrne), Директора Института международного банковского права и практики (IIBPL), США, прошедшего 22 мая 2012 г.

Данное мероприятие, организованное ICC Russia для банковских специалистов, мы бы выделили особо. В практике международных сделок аккредитив – институт распространенный, при этом, несмотря на наработанную практику в российских банках, в отношении этого инструмента все специалисты отмечают, что вопросов в данной сфере остается много. Нужно отметить, что профессор Берн начал мероприятие со знакомства с каждым участником и попросил ответить на вопрос, каковы ожидания участника от мастер-класса. Большинство присутствующих отметили, что пришли перенять опыт работы с резервными аккредитивами у одного из авторов ISP98. Поэтому, несмотря на то, что в ходе мастер-класса профессор уделял внимание отдельным вопросам регулирования документарных коммерческих аккредитивов, основной упор был сделан именно на институте резервного аккредитива.

Резервный аккредитив (аккредитив стендбай [1]) можно расценить как вариант банковской гарантии, носящей документарный характер (то есть допускающей представление документов иных, чем требование платежа). Данный институт регулируется положениями ISP98 и первоначально использовался в США, поскольку там закон ограничивал права банков по выдаче гарантий. Несмотря на либерализацию законодательства США начиная с 1995 года, приверженность данному институту, в

особенности в международной практике, осталась, и в настоящее время он применяется не только в США, Великобритании, но и странах Восточной Европы, Ближнего Востока и Азии.

I. О языке гарантий и о новых типовых формах для резервных аккредитивов

Д. Берн обратил внимание присутствующих, что достаточно большой блок проблем, которые возникают при использовании стендбай или гарантий по требованию, заключается в некорректном использовании терминологии, применяемой к данным институтам. Множество терминов употребляется в формах аккредитивов и гарантий практически через запятую в целях подчеркнуть независимость данного инструмента (*именно независимость является преимуществом гарантии по требованию в сравнении с зависимыми формами обеспечения, такими как поручительство — Примечание LI*) , при этом составитель часто даже не задумывается, что именно они означают.

Неграмотное применение терминов при составлении аккредитивов и гарантий по требованию часто приводит к недопониманию в отношениях между сторонами по сделке, и, в конечном счете, к сложностям при совершении платежей по ним. В этой связи IIBLP помимо правил ISP98 разработал также типовые формы для резервных аккредитивов. Данные формы являются результатом более чем пятилетнего труда экспертной группы с участием как банковских работников, так и представителей бизнеса. Разработал их Джеймс Барнс, Baker & Mackenzie, вице-председатель рабочей группы по ISP), Джеймс Берн выступил в качестве редактора [2]. Они составлены с большим количеством примечаний, которые позволяют понять, почему использовались именно те, а не иные термины, а также дают варианты возможных альтернативных формулировок.

II. О содержании типовых форм

Основная формулировка типовой формы для всех видов стенбай звучит следующим образом: *«По просьбе и за счет приказодателя (указывается наименование и адрес приказодателя) мы (указывается наименование и адрес эмитента по месту выставления) выставляем настоящий безотзывный резервный аккредитив или аккредитив стендбай за номером (указывается номер) в пользу бенефициара (указывается его наименование и его*

адрес) на максимальную совокупную сумму (далее указывается размер и валюта суммы).»

Содержание примечаний к терминам (аппликант, приказодатель и т.п.) сформулированы со ссылкой на соответствующий пункт ISP98, на основании которого выбран термин. Кроме того предлагаются альтернативные формулировки, с учетом отдельных наиболее часто встречающихся ситуаций, например, на случай, если аккредитив выставляется по просьбе и за счет банка-корреспондента, а не по просьбе и за счет прямого приказодателя, при этом, реальным клиентом является клиент банка-корреспондента, формулировка может звучать следующим образом: *«По просьбе и за счет (наименование банка-корреспондента, приказодателя), действующего по просьбе и за счет клиента/заказчика (наименование клиента/заказчика).»*

[sws_blue_box box_size=»580″]
Апликант (приказодатель) – лицо, контрагент по основному обязательству, который обращается за выставлением стендбая в обеспечение обязательства по основному договору в банк. Стендбай выставляется за счет апликанта. Бенефициар – лицо, которое имеет право получить платеж по стендбаю.

[/sws_blue_box]
Отдельное внимание профессор Берн уделил термину «безотзывный резервный аккредитив». Так, в примечании 3 объясняется, что данный термин применительно к стендбаю является избыточным, поскольку все стендбаи являются безотзывными по определению, однако банкиры, участвующие в разработке форм, попросили оставить данный термин, ссылаясь на требования своих клиентов. По ст. 1.06 ISP98 любой стендбай является безотзывным.

1. Ключевой составляющей типовой формы является часть, описывающая обязательства. IIBLP предлагает формулировать ее так: *«Эмитент обязуется перед бенефициаром оплатить требование платежа, поданное бенефициаром, в валюте и на сумму, доступную по настоящему стендбаю. Форма требования платежа прилагается к форме стендбая и должна быть составлена в соответствии с инструкциями и передана эмитенту по указанному адресу (адресу представления)»*

.

2. В данной форме необходимо обязательно указывать место выставления, поскольку этот адрес поможет определить применимое право по данной сделке. Необходимо также обозначить место представления. В разработанных формах нет ни слова о применимом праве и единственное, что указано, это подчинение правилам ISP98. Указание на подчинение ISP98 важно, поскольку, если дело доходит до суда, судьи благодаря таким указаниям могут квалифицировать сделки именно как независимые. Что касается непосредственно оговорки о применимом праве, IIBLP не стал включать ее в типовую форму, но в отдельном примечании к формам сказано, что таковая может быть, а если оговорка не включена, то скорее всего суд в стране предъявления иска сам принимает решение о применимом праве.

Д. Берн обратил особое внимание на Конвенцию ООН по независимым гарантиям и резервным аккредитивам (*принята резолюцией 50/48 Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1995 года, на территории РФ не действует, но применяется во многих странах, где инкорпорированы основные контрагенты российских компаний – Примечание LI*), которая дает прямые рекомендации по выбору применимого права. Согласно ей применимым правом по умолчанию будет право по месту выставления инструмента. В рамках английского права, отметил Д. Берн, вопрос о применимом праве является вторичным по отношению к вопросу определения места подсудности по сделке. Если предположить, что применимым правом определяется право РФ, но место подсудности не указывается, и если представить, что подается иск к российской стороне в Индии, не исключено, что судьи в Индии в силу сложившейся традиции данной страны предположат, что содержание норм индийского и российского права аналогично. Учтя это, IIBLP предусмотрел в типовой форме возможность для выбора факультативной оговорки, которая бы предусматривала формулировку о применимом праве и месте подсудности: *«Обязательства эмитента по настоящему стендбаю регулируются законами (указывается государство), все действия по данной гарантии будут подсудны исключительно судам, расположенным на территории (указывается государство), включая принудительное исполнение обязательств эмитента по стендбаю»*

. Кроме того в данную форму предлагается вносить факультативный пункт касательно арбитража.

III. Различия между сводами унифицированных правил

Существует три основных известных свода правил, которым можно подчинить аккредитив или гарантию по требованию: *Унифицированные правила для гарантий по требованиям (URDG 758), Унифицированные правила для документарных аккредитивов (UCP 600), Свод правил «Международная практика резервных аккредитивов ISP98»*. Также можно выставить данный инструмент, не подчиняя его никакому своду правил, или подчинить его конкретному применимому праву. Основные своды правил и локальное законодательство не являются взаимоисключающими. В этой связи, можно выставить обязательства, которые будут комбинированы, и к ним будут применимы те или иные унифицированные правила и нормы российского права.

1. О требовании платежа

Наиболее типичным требованием, на которое имеет право бенефициар по стендбаю (или гарантии по требованию) является требование платежа. Однако это далеко не единственный возможный вариант. В типовых формах к ISP98 намеренно не использовалось упоминание в качестве требования платежа такого документа как тратта. При этом, исключением являются случаи выставления коммерческого документарного аккредитива, который выставлялся бы по правилам UCP600 и исполнялся бы путем акцепта, в остальных случаях тратта должна быть исключена. Многолетний опыт преподавания и работы с практиками Д. Берна подтверждает, что очень большое количество банковских специалистов не знают, как правильно выставить тратту.

[sws_blue_box box_size=»580″]
Тратта — это финансовый документ, который составлен в строго упорядоченной форме, содержащий безусловный приказ кредитора (трассанта) заемщику (трассату) об уплате в

оговоренный срок определенной суммы денег, обозначенной в данном документе, третьему лицу (реминету) или предъявителю такого документа. Может являться одним из товарораспорядительных документов внешнеторгового контракта. Согласно положениям UCP600 тратта обязательно выставляется бенефициаром по выставленному коммерческому документарному аккредитиву, исполняемому путем акцепта, именно этим объясняется, по нашему мнению, указанная выше оговорка профессора.

[/sws_blue_box]
В разработанных к ISP98 формах к основному тексту стендбая прилагается также типовая форма требования платежа. В практике выставления резервных аккредитивов IIBLP предлагается прилагать к тексту стендбая шаблон требования платежа, поскольку такое оформление призвано исключить вопросы сторон по поводу конкретных требований, проистекающих из этого документа. Требования бенефициара должно обязательно включать: (1) дату, (2) указание адреса эмитента, обозначенного как место представления, (3) ссылку на стендбай, исходящий номер, дату составления и эмитента. Основной текст требования должен быть простейшим: «нижеподписавшийся бенефициар требует выплатить (указывается сумма в валюте) по настоящему стендбаю». Примечания подробным образом описывают варианты возможных формулировок, которые подсказывают сторонам, какие формальные процедуры необходимо произвести для того, чтобы заявление было действительным (требования к таким дополнительным формальностям, которые необходимо пройти для того, чтобы придать заявлению официальную силу, описаны в п. 4.12 ISP98; ссылка на данный пункт правил также содержится в соответствующем примечании к форме, что позволяет не упустить данный момент при составлении заявления бенефициара).

Форма требования бенефициара также содержит ряд факультативных положений. В частности, в требовании можно указать, что срок платежа к моменту выставления требования наступил и сумма остается непогашенной. Эти формулировки являются факультативными, соответственно, эмитент может использовать их, а может и не включать,

однако, в случае их приведения IIBLP рекомендует, чтобы избежать разногласий, в данные формулировки важно включить ссылку на основной договор.

Кроме того, по согласованию апликанта и эмитента в требование может быть включена формулировка: *«Бенефициар дальнейшим свидетельствует, что суммы, поступаемые от отплаты данного требования, будут использованы для выполнения идентифицированных выше обязательств, и что бенефициар будет отчитываться перед апликантом в отношении любых сумм, которые не являются таким образом использованными»*. Этот абзац применим в тех случаях, когда по гарантиям списывается вся сумма, но в последующем выясняется, что согласно условиям основной сделки на погашение обязательств апликанта должно было быть потрачено только 75 % всей суммы. В такой ситуации возникает необходимость урегулирования порядка использования оставшихся 25 %. В данном случае возможно несколько сценариев. При рассмотрении споров, возникающих в таких ситуациях, судьи, как правило, направляют этот доход или апликанту, или эмитенту, или бенефициару, в зависимости от обстоятельств. Включение приведенной выше оговорки урегулирует спорные вопросы, поскольку в них говорится, что при возникновении такой ситуации бефициар заявляет, что выручка будет потрачена на погашение обязательств, по остатку же он должен будет отчитаться.

2. О приказодателе

Не всегда бенефициар может заявить только о задолженности приказодателя, поскольку приказодатель по стендбаю может и не являться должником по основной сделке. Если сравнить установки ISP98 и URDG 758 по данному вопросу, то в ISP98 нет никаких предписаний на предмет того, как указывать приказодателя (этот вопрос отдается на усмотрение сторон), в URDG 758 такое предписание содержится (статья 15 (a) URDG 758 требует, чтобы в заявлении указывалось, в чем состоит нарушение обязательств именно апликантом). Однако часто в качестве апликанта выступает материнская компания, а реальным контрагентом по сделке – «дочка» этой компании. В таком случае стороны не могут составить документ, совершенно соответствующий URDG 758, и как правило в тексте

гарантии предусматривают исключение положений, предусмотренных в статье 15 (a) URDG 758. Более того, статья 15 (c) предписывает прямое исключение требования в отношении заявления, которое указано в статье 15 (a);(b). По мнению Д.Берна, данный подход нельзя назвать эффективным, поскольку вопросы о роли сторон должны решаться более приближено к сделке и скорее путем заполнения сторонами соответствующей формы, а не фигурировать в качестве таких узких и жестких предписаний в правилах.

3. О нарушении обязательств апликанта

В соответствии со статьей 15 (a) URDG 758, в гарантии, составленной согласно этому своду правил, должно указываться, в чем именно состоит нарушение обязательств апликанта по сделке. По мнению Д. Берна, такая формулировка является некорректной (ошибочна). В ISP98 и формах, прилагаемых к ним, напротив, не упоминается ни о неисполнении обязательств в дефолте, ни о нарушении обязательств, поскольку использование резервного аккредитива далеко не всегда обусловливается фактом нарушения или неисполнения каких-то обязательств. Так, если представить реальную ситуацию, в которой будет оформлен стендбай с условиями автоматического продления, но банк по какой-либо причине откажется продлить такой стендбай, то в подобном случае на практике приказодатель скорее всего сможет согласиться с тем, чтобы бенифициар немедленно потребовал исполнения и получил платеж по гарантии, а затем положил полученную выручку в качестве залога, депозита или обеспечения возникновения будущих обязательств (*то есть возможно гибкое решение, замена обеспечения – LI*). В данном случае возникнет вопрос, можно ли охарактеризовать такую ситуацию как неисполнение или нарушение обязательств (*по форме и по содержанию – LI*). Если трактовать данную ситуацию в соответствии с common law, то бенефициар, составивший заявление в полном соответствии со статьей 15 (a) URDG 758, сам мог бы быть признан судом стороной, нарушившей свое обязательство, поскольку он вынужден был бы указать, что апликант нарушил свои обязательства, а согласно положениям common law, если одна сторона заявляет о другой стороне, что последняя нарушила обязательства, а в действительности таковые не

нарушены, суд признает такую обвинившую сторону саму нарушившей обязательство. Стремясь избежать описанных выше казусов, при составлении ISP98 предпочли заменить соответствующие формулировки иными более нейтральными положениями, согласно которым «бефициар заявляет, что апликант должен выплатить бенефициару определенную требуемую в соответствии с положениями стендбая сумму».

В своих формах IIBLP особо предостерегает от использования термина «дефолт» по основной сделке: у него достаточно расплывчатое значение, кроме того при его использовании возникают вопросы, привязывающие стендбай напрямую к основной сделке.

4. О применении типовых форм IIBLP к гарантиям по требованию

Термин «стендбай» является формально юридическим, при этом он, по мнению докладчика, применим и к форме гарантии по требованию (соответственно, формы стендбаев, разработанные IIBLP, могут применяться и при выставлении гарантии по требованию). Американские банки, заметил профессор, как правило, не любят выставлять гарантию по требованию, так как в common law термин guarantee означает поручительство, соответственно, применение терминологии, содержащей данное слово, может ввести рынок в заблуждение. Поэтому они (банки) выставляют стендбай. Ранее до 1995 года американским банком даже запрещалось выставлять гарантии по требованию, теперь эти ограничения сняты, но приверженность терминологии осталась.

IV. Спорные вопросы, связанные с аннулированием гарантии

Ни в UCP 600, ни в URDG 758 ряд практических вопросов, связанных с аннулированием гарантий не решен.

1. О согласии бенефициара

Кейс 1. В качестве примера был приведен судебный процесс, который шел в Верховном Суде Австрии. Гарантия была выставлена в пользу бенефициара, являющегося доверительным

управляющим. Гарантия обеспечивала покупку недвижимости. Доверительный управляющий, который первоначально выступал бенефициаром по гарантии (ДУ № 1), возвратил оригинал гарантии эмитенту, указав, что возникли проблемы в рамках сделки, и приобретение недвижимости невозможно. Затем ДУ № 1 был заменен новым доверительным управляющим (ДУ №2), и тот попросил банк отправить ему ту же самую гарантию. Банк не уведомил апликанта ни о факте возврата гарантии ДУ № 1, ни о факте заявления ДУ № 2. Когда ДУ № 2 подал надлежащее требование в банк, тот произвел выплату по гарантии и попытался произвести списание со счета апликанта. Апликант подал иск к банку, указывая в нем, что платеж неправомерен, утверждая, что если бы он знал о том, что гарантия возвращена в банк, апликант однозначно отозвал бы эту гарантию.

Докладчик в связи с данным делом обратил внимание на два вопроса. Первый — что обозначает факт возврата рабочего инструмента (гарантии) эмитенту? И URDG 758, и UCP 600, и ISP98 в той или иной мере, хотя бы косвенно, дают ответ на этот вопрос: аннулирование невозможно без согласия бенефициара, поэтому для любого суда важно установить, имело ли согласие бенефициара на аннулирование. В полном тексте решения по рассмотренному делу упоминалось, что когда ДУ № 1 возвращал гарантию, он указал только на срыв сделки, но не просил банк аннулировать гарантию. Второй вопрос — если рабочий инструмент возвращается эмитенту, обязан ли эмитент аннулировать его? На этот вопрос частично отвечают только правила ISP98 (URDG 758, UCP 600 ответа не дают), согласно положениям которых, обязательства аннулировать такую гарантию нет.

2.О концепции ошибочности

Докладчик обратил внимание на еще одну сложность, связанную с аннулированием гарантий. Так, если лицо задолжало миллион кому-нибудь, но по ошибке уплатило эту сумму кому-то другому, оно не всегда может безоговорочно законно требовать возврата. Если это лицо не имело задолженности также перед лицом, которому оно уплатило по ошибке, то прав на удержание у такого контрагента нет; в common law такая ситуация подпадает под концепцию ошибочности. Однако, если лицо, по ошибке совершившее платеж, является

должником такого контрагента, данный платеж будет зачтен в счет долга.

Кейс 2. В качестве иллюстрации концепции ошибочности Д. Берн привел пример Страховых Синдикатов Ллойдс в Лондоне. Данные синдикаты были известны тем, что часто страховали в достаточно рисковых ситуациях, беря объективно повышенные страховые премии в связи с высокими рисками. Они представляли собой объединение большого количества страховщиков, риски внутри которого распределяются пропорционально, при этом личная ответственность каждого страховщика является неограниченной. Участники таких синдикатов называются Names. В 60-70 годах Страховые Синдикаты Ллойдс регулярно страховали ответственность компаний, занимающихся производством асбеста (в основном речь шла о компании «Джонс Мэнвилл»). Поскольку асбест оказывает существенное негативное воздействие на здоровье людей, против компании «Джонс Мэнвилл» последовали тысячи исков по данному поводу. Производили асбеста известили своих страховщиков об этой ситуации. Требований уплатить по страховке еще не поступало, но рассмотрение исков в судах уже началось. Члены синдикатов приняли решение срочно привлечь новых участников в число Names, отправившись в бывшие британские колонии с поиском таковых. В итоге нашлось много желающих поучаствовать. Для того, чтобы вступить в число инвесторов, нужно было (а) подписать договор о неограниченной ответственности, (б) обеспечить выставление аккредитива стендбай, где эмитентом выступал банк нового участника в пользу синдиката, с подтверждением такого стендбай крупнейшим лондонским банком. Срок погашения стендбаев насчитывал 40 лет.

[sws_blue_box box_size=»580″]
Лицо, подтверждающее стендбай, – это лицо, которое по получении полномочий от эмитента добавляет к обязательству эмитента свое собственное обязательство заплатить за стендбай.

[/sws_blue_box]
Со временем пошли выплаты по искам, появились убытки, и Ллойдс стал требовать платежи по указанным стендбаям. Данная ситуация сопровождалась массой судебных процессов по

всему миру. Вмешивались и власти различных стран. В середине 1980-х технический работник Синдикатов случайно наткнулся на кипы старых документов, решив, что это не нужные бумажки (это были стендбаи, которые просто были с длинным сроком погашения и хранились долго), отправил оригиналы этих документов банкам эмитентов с указанием, что документы пересылаются за ненадобностью, поскольку устарели. Ллойдс не сразу обнаружил это, однако банки получив оригиналы стендбаев, аннулировали их и высвободили соответствующее обеспечение. Когда пришло время исполнений решений по искам, Ллойдс выставил требования по стендбаям эмитентам, которые в свою очередь считали, что данные аккредитивы законным образом погашены. Синдикаты заявили, что стендбаи были возвращены по ошибке.

Профессор обратил внимание, что здесь важно разграничивать два момента: 1) если речь идет о выставлении требования платежа, в котором существуют подделки, при их обнаружении, банк все равно можем рассчитывать на рамбурс (возмещение), если проведет оплату, но, 2) в случае если запрос на аннулирование окажется не подлинным, то возникают существенные риски, если, не проверив подлинность такого документа, эмитент начинает действовать. В UCP 600 вопросы, касающиеся решения данного момента не отражены вообще. В URDG 758 есть требование о предоставлении специального заявления бенефициару в таком случае, без подробного регулирования. Правило 7 ISP98 имеет свое решение подобной ситуации: в соответствии с правилом 7.01 ISP 98 согласие бенефициара как только передано эмитенту является безотзывным. Таким образом, данное положение в ISP98 является ответом на ситуацию, возникшую у Ллойдс, этот пункт защищает от случаев подобной ошибочности, поскольку бенефициар с момента передачи официального согласия бенефициара эмитенту на аннулирование стендбая отозвать таковое не может. Кроме того, докладчик обратил внимание, что правило 7.02 ISP98 дает «советы» эмитенту, как ему нужно действовать, получив запрос на аннулирование. Этот список далеко не закрытый.

[sws_blue_box box_size=»580″]
Согласно правилу 7.02. ISP 98 прежде чем поддержать санкцию бенефициара на

аннулирование и признать стендбай аннулированным для всех целей, эмитент может затребовать приемлемым по форме и существу способом: (a) оригинал стендбая; (b) подтверждение подписи лица, подписавшегося за бенефициара; (c) подтверждение полномочий лица, подписавшегося за бенефициара; (d) юридическое заключение; (e) безотзывное полномочие на аннулирование, подписанное бенефициаром, которое включает заверения, гарантии, обязательства и иные подобные положения, содержащиеся в утвержденной форме такого полномочия; (f) подтверждение, что обязательство любого подтверждающего лица аннулировано; (g) доказательство, что не было повода (трансферации) или платежа со стороны любого назначенного лица, а также (h) принять любые иные разумные меры.

[/sws_blue_box]

3. И вновь о вопросах аннулирования стендбаев

Кейс 3. В рамках анализируемой в кейсе сделки выставлялись два аккредитива: 1) товарный коммерческий аккредитив, покрывающий поставку специального оборудования; 2) по поставляемому оборудованию покупателем был произведен авансовый платеж, и по условиям основного договора также предусматривалось, что продавец (бенефициар по коммерческому аккредитиву) должен был обеспечить выставление в пользу покупателя стендбая, который гарантировал исполнение обязательств продавца на момент погрузки оборудования на судно. Оба инструмента были подчинены UCP600. По условиям коммерческого аккредитива требовалось предоставление бортового коносамента и счета-фактуры.

Производитель изготовил товар, передал его в распоряжение перевозчика, получив коносамент и предоставив его эмитенту, однако банк нашел расхождение в тексте стендбая и коносамента и отказал в платеже. Бенефициар сумел исправить коносамент и снова представить его, но банк вновь отказал, так как он был представлен за пределами сроков представления. В момент, когда продавец отгрузил свой товар, возникло его обязательство по второму аккредитиву – обязательство по стендбай. В этой ситуации апликант (продавец)

решил воспользоваться оговоркой в стендбае, в которой указывалось, что стендбай аннулируется, если предоставляется копия оригинального коносамента. Эмитент, получив копию исправленного коносамента, отменил стендбай. После этого покупатель товара (бенефициар по данному стендбаю) подал в суд, утверждая, что аннулирование было неправомерным по причине несоответствия представленного коносамента положениям статьи 20 UPC 600 и статьи 14 (c) UCP 600.

[sws_blue_box box_size=»580″]
Статья 20 UCP 600 предусматривает основные требования к форме и порядку оформления коносамента, который может быть представлен для совершения платежа и подразумевает предоставление данного документа в копии. Статья 14 (c) UCP 600 устанавливает, что представление, включая один или более оригиналов транспортных документов, регулируется статьями 19 – 25 и должно осуществляться бенефициаром или от его имени в срок, не превышающий 21 календарный день после даты отгрузки, как это указано в настоящих правилах, но в любом случае не позже истечения срока действия аккредитива.

[/sws_blue_box]
Д. Берн дал свои пояснения о том, какие нормы UCP 600 применимы при проверке транспортного документа, в частности, коносамента в указанной ситуации. Он обратил внимание на то, что роли коносамента в рамках товарного и резервного аккредитивов совершенно разные, и продавец мог эту разницу учитывать, полагая, что коносамент не будет проверяться по статье 14 (c) и статье 20 UCP 600. Однако, с другой стороны, указанные статьи не были напрямую исключены сторонами из текста стендбая и инструмент был подчинен UCP 600 в целом. Единственное возражение продавца могло быть основано на положении статьи 1 UCP 600 о том, что «включая любой резервный аккредитив применяются правила UCP 600 в той мере, в какой они к нему применимы». Соответственно, апликант мог, опираясь на данное положение статьи 1 UCP 600, сказать, что статья 14 (c) и статья 20 UCP 600 вообще не применимы к данному стендбаю. Кроме того, в суд поступило заявление бенефициара (покупателя) о том, что банк неправомерно не отправил ему

извещение об отказе от аннулирования, соответственно, включились нормы UCP 600 об исключении права ссылаться на какие-либо аргументы, связанные с этим. Однако, судья отклонил этот конкретный иск бенефициара (покупателя), ссылаясь на то, что здесь кроется гораздо больше юридических проблем, чем это могло показаться на первый взгляд, при этом не отрицая возможности, что в исправленном виде коносамент мог быть представлен эмитенту стендбая.

Еще одно заявление, которое сделал бенефициар, – аннулирование не учитывало необходимости получения согласия бенефициара на аннулирование, а такое согласие обязательно. Однако, суд отклонил и это ходатайство, постановив, что согласно условиям стендбая аннулирование возможно по представлению копии, и такое аннулирование можно считать автоматическим и подразумевающим согласие бенефициара.

Приведенный кейс, подчеркнул докладчик, показывает, какие трудности могут возникать при применении UCP 600 к резервным аккредитивам. Существует очевидная разница между коммерческим и резервным аккредитивом: коммерческий аккредитив выставляется в пользу продавца, и продавец в первую очередь рассчитывает, что он получит платеж напрямую от покупателя, стендбай же выполняет свою роль именно в том случае, когда покупатель по какой-то причине не может произвести платеж. В сделках, когда стороны предусматривают взаимодействие этих двух инструментов, очень часто в качестве документа по стендбаю предусматриваются копии коммерческих товарных документов, оригиналы которых предоставляются по коммерческому аккредитиву. Очень часто, подчеркнул Д. Берн, бенефициары при составлении таких документов не применяют к ним таких жестких требований, как они применили бы к документам, представляемым по товарному аккредитиву, поэтому бенефициары фактически намеренно игнорируют требования UCP 600 в отношении счетов-фактур, транспортных документов, понимая, что они не применимы к копиям таких документов. В данной ситуации важно понимать, можно ли требовать в применения к проверке указанных документов требований, предписанных соответствующими статьями UCP 600. Профессор отметил, что для бенефициара просто

невыгодно и опасно соглашаться на стендбай, который будет предусматривать предоставления коммерческих документов, соответствующих полностью UCP 600. Кроме того, в своей защите бенефициару следует обращаться к правилу 4.20 (b) ISP98, которое утверждает, что документы должны проверяться исходя из практики стендбай, изложенной в ISP98, даже в том случае, если они относятся к другому типу документов, которые регламентированы UCP 600.

V. Встречные резервные аккредитивы и контргарантии

Рассмотрим типичную сделку с участием контргарантийного инструмента. Продавец в РФ планирует продать свой товар, например, правительству страны «С». Его контрагент (государственное агентство страны «С») желает, чтобы российская компания предоставила банку в стране «С» обеспечение по контракту (обязательство уплатить за российского контрагента в случае нарушения обязательств), это может быть гарантия, это может быть стендбай, может быть контрактное обязательство. У российской компании может не быть прямых связей с банком, инкорпорированным в стране «С», поэтому она может обратиться в соответствующий российский банк, имеющий корреспондентские отношения с необходимым банком.

Российский производитель в рамках анализируемого обеспечительного правоотношения будет апликантом. Российский банк, к которому обратится апликант, будет выступать в качестве контргаранта или эмитента встречного стендбая, выставляя свое обязательство в пользу банка в стране «С» (далее — местного банка). Такой местный банк будет являться одновременно бенефициаром по контринструменту и эмитентом инструмента местного характера (далее – местное обязательство). Докладчик обратил внимание, что местное обязательство необязательно будет независимым, оно может быть выдано в форме поручительства. Государственное агентство в стране «С» выступит в качестве местного бенефициара по такому местному обеспечительному обязательству. Местный банк будет бенефициаром по контринструменту.

В данной сделке возникает несколько спорных вопросов, которые регулярно появляются применительно к контргарантиям. Во-первых, в правилах URDG 758 есть определение контргарантий, которое может иногда повредить исполнению таких инструментов в вышеописанных ситуациях: в соответствии с определением контргарантии по URDG таковая представляет собой подписанное обязательство, предоставленное для обеспечения выдачи гарантии другой стороной (или другой контргарантии). С учетом того, что местное обязательство может и не быть гарантией или иным независимым инструментом, а может быть поручительством (зависимым), обязательство российского банка не может быть названо контргарантией в смысле URDG. Данная схема отношений достаточно распространена, поэтому очень важно иметь в виду, что к ней не всегда могут быт применены URDG.

В статье 5 (b) URDG 758 дается определение независимости: *«Обязательство контргаранта платить по контргарантии не зависит от требований или возражений, вытекающих из каких-либо отношений помимо* ***отношений*** *между контргарантом и гарантом и другим контргарантом, которому выдана данная контргарантия»*. Вызывает вопросы термин «отношения». Так, в приведенном в п. 1.1 примере апликант обращается в российский банк, чтобы он попросил местный банк о выставлении своего обязательства, платеж по которому будет осуществляться в случае неисполнения по основной сделке. Такая схема подпадает под понятие «поручительство». Поручительство – это договорное обязательство отвечать по задолженности другого лица. Так, местный банк, выдавая поручительство, берет на себя обязательство перед правительством государства «С» отвечать по долгам российской стороны. Эти отношения лежат в основе местного обязательства. При этом стороны ожидают, что контргарантия или встречный стендбай, выставленный российским банком, может быть ограничен исключительно своими собственными условиями, но не отношениями между сторонами по сделке. В таком случае, если контробязательство истекает, и оно является независимым, подразумевается что по окончании оно исчезает.

Однако, если мы добавим в условия такой контргарантии отношения между лицами по

основной сделке, возникнет одновременное существование двух разных обязательств: контргарантии и обязательства в форме поручительства, зависимого от отношения по основному договору. По сделкам с такого рода структурой за последние два года было вынесено несколько судебных решений. Д. Берном было приведено одно из них.

Кейс 5. Испанский подрядчик вступил в отношения с пакистанской государственной службой по вопросу строительства электроподстанций. Проект подразумевал сдачу объекта «под ключ». Испанская компания обратилась в свой банк, у которого не было кредитных линий на Пакистан. Этот банк обратился к своему корреспонденту, у которого была кредитная линия на Пакистан, который выставил обязательство в пользу пакистанской государственной службы. Проект был завершен и практически принят пакистанской стороной. Тем не менее поступило требование платежа от государственной службы Пакистана по обязательству. Локальный банк отклонил его, соответственно, последовало судебное разбирательство и дело дошло до апелляционного суда в Пакистане. Пока шло судебное разбирательство, истекал срок исполнения по контргарантии. Испанский банк решил, что сделка бесперспективна, и принял решение не продлевать срок по гарантии, да и апликант на это не согласился бы. Банк-корреспондент представил требование об исполнении гарантии, выставленной испанским банком, испанский банк отказал, соответственно, банк-корреспондент подал на него в суд. Испанский банк в суде заявил, что отказывается платить, так как не было платежа по местному обязательству. В рамках данной сделки иск был подан в суд в Нью-Йорке (стороны так договорились о подсудности), который отклонил иск в пользу банка- корреспондента. Суд сослался на то, что он уверен (по непонятным мотивам), что пакистанский суд никогда не присудит пакистанскому банку произвести платеж по обязательству. Но далее судья указал, что даже если бы пакистанский суд присудил бы в пользу Правительства Пакистана, это не повлияло бы на его мнение по делу, поскольку даже если контробязательство в пользу пакистанского банка истечет, у местного пакистанского банка остается возможность подать иск против испанского банка, но уже со ссылкой на поручительство, которое останется в силе даже, если основное обязательство истечет. По мнению Д. Берна, решение достаточно спорное, тем более, если стороны желают, чтобы

положения статьи 5 «b» были применимыми к анализируемому инструменту контргарантии.

Опираясь на вероятность такого рода негативных исходов, при разработке ISP98, была предусмотрена специальная оговорка в правиле 4.21 ISP98. В частности, было введено положение, что если речь идет о втором самостоятельном обязательстве местного банка, при таком обязательстве бенефициар не приобретает прав, отличных от его прав использовать стендбай, даже если эмитент выплачивает бенефициару вознаграждение за выставление самостоятельного обязательства. В UCP 600 никакого правила на этот счет нет, а в URDG 758 есть правило, которое может привести к путанице.

VI. Подтверждение стендбаев

Профессор Берн отметил, что подход к регулированию вопроса обязательства подтверждающего лица в различных сводах правил отличается: (1) UPC 600 не использует понятия контробязательства, но содержит положения о подтверждении; (2) в URDG 758, напротив, есть упоминание о контргарантиях, но нет положений о подтверждении; (3) В ISP98 есть и то, и другое. В связи с важностью такого института как подтверждение были разработаны две типовые формы к ISP98, которые относятся к сделкам с подтверждением: типовая форма № 7 – это типовая форма самого стендбая с подтверждением, типовая форма № 8 – это типовая форма самого подтверждения.

[sws_blue_box box_size=»580″]
Подтверждение представляет собой добавление обязательства третьего лица (подтверждающего лица), получившего на это полномочия от эмитента стендбая, о том, что такое лицо берет на себя обязательство заплатить по стендбаю. Подтверждающее лицо, делая свое подтверждение берет на себя обязательство по стендбаю таким образом, если бы оно являлось самостоятельным эмитентом, а его подтверждение являлось самостоятельным обязательством (стендбаем), выставленным за счет эмитента. Подтверждающим лицом часто является головная организация банка-эмитента. Роль обязательства подтверждающего лица в определенной степени является сходный с ролью контргарантии.

[/sws_blue_box]
Ценность данной конструкции именно в подтверждении третьего лица, которое оказывает такую услугу контрагенту по основному обязательству. Этот аспект учитывался IIBLP при составлении типовой формы № 7. Положения данной типовой формы предусматривают, что в том случае, если подтверждающее лицо не дает свое подтверждение до указанной даты, стендбай считается аннулированным. Закладывая указанные положения, стороны исходят из того, что заявление на открытие соответствующего стендбая подается с условием, что должно последовать предоставление подтверждения, поэтому данный инструмент теряет свою ценность, если соответствующее подтверждение не представлено.

Типовая форма подтверждения IIBLP продолжает эту же логику о том, что представление должно делаться исключительно подтверждающему лицу, указывая, что обязательства подтверждающего лица перед бенефициаром ограничиваются представлениями, сделанными подтверждающему лицу, и подтверждающее лицо отказывается от ответственности по правилам 2.01 ISP98 за любые представления, сделанные эмитенту. Профессор обратил внимание на то, что типовая форма достаточно гибка, и стороны могут вносить в нее свои изменения при соответствующей необходимости.

1. О подходах к понятию форс-мажор

Достаточно распространенной является ситуация, когда банк, в который производится представление требования по стендбаю, оказывается закрыт в день, когда должно быть осуществлено представление. Особенно остро данный вопрос возникает, если такой банк должен произвести в такой день платеж по стендбаю. В отношении подобных ситуаций часто применяют термин «форс-мажор», однако, по мнению Д. Берна, данный термин здесь не вполне применим.

UCP 600 содержит положения о форс-мажоре (статья 36 UCP 600), однако данные положения, по мнению Берна, не применимы в рассматриваемой ситуации, поскольку бенефициары с высокой степенью вероятности не согласились бы с тем, что из-за того, что в день платежа

банк закрыт, бенефициар может потерять свои права, проистекающие из стендбая, и отказались бы от подобного инструмента в принципе. Поэтому в тех случаях, когда гарантийные инструменты выставляются с применением UCP 600, в тексте обязательства предусматривается исключение из соответствующей статьи правил о форс-мажоре и добавление специальной оговорки о том, что форс-мажор здесь неприменим. URDG 758 содержат отдельные положения близкие к UCP 600 и близкие к ISP98. В статье 26 URDG 758 осталась концепция форс-мажора, однако эти правила допускают, что существуют ситуации, которые к этому понятию не относятся, поскольку они не носят объективного характера. ISP 98 содержат правила 3.13 и 3.14, при формулировании которых намеренно избегали применение термина «форс-мажор». Эти два правила учитывают несколько моментов : (1) должен ли банк в данный конкретный день быть открыт (это его регулярный рабочий день или нет), и (2) закрыт ли он в такой обычный рабочий день.

[sws_blue_box box_size=»580″]
Если представление должно быть осуществлено в обычный выходной день банка, надлежащим будет представление, осуществленное в следующий за ним рабочий день, если же банк закрыт в тот день, который обычно является рабочим, включаются положения правила 3.14 ISP98, комментарий профессора в отношении которых приведен ниже.

[/sws_blue_box]
Статья 26 URDG 758 гласит, что при форс-мажоре каждая гарантия продлевается на 30 календарных дней с даты истечения. При применении данного положения возникают два вопроса: (1) используется формулировка «каждая гарантия и соответствующая контргарантия», при этом, если в качестве встречного обязательства фигурирует поручительство, что бывает часто, то гарантию встречного характера уже нельзя квалифицировать как контргарантию (как следствие, здесь не будет идти речи о продлении срока местного обязательства); (2) будет ли срок в 30 дней с даты истечения действия инструмента достаточным для того, чтобы препятствие было устранено. Если то или иное обстоятельство было незначительным, возможно такой срок будет достаточным, однако

если речь идет о серьезном природном катаклизме, его может быть не достаточно. Правило 3.14 ISP98 также устанавливает продление на 30 дней, но в рамках ISP98 устанавливается, что эти 30 дней отсчитываются с момента, как данное конкретное отделение снова открылось для работы.

Также в URDG 758 не предлагается воспользоваться альтернативным местом представления требования. Ст. 3.14. «b» ISP 98 предлагает воспользоваться таким альтернативным местом. Такое место представления назначается самим банком и становится законным местом представления после того, как бенефициар получил соответствующее сообщение, и такое место представляется бенефициару разумным.

2. Обеспечительные меры и судебные запреты

Профессор Берн обратил внимание, что достаточно распространенной является следующая последовательность действий: (1) местный бенефициар направляет требование платежа в местный банк, (2) местный банк, в свою очередь, требует платежа по контробязательству, (3) апликант, уже в свою очередь, заявляет, что отсутствуют какие-либо законные основания со стороны местного бенефициара требовать платежа, (4) соответственно, апликант идет в суд своей страны с заявлением о том, что суд должен запретить банку-контргаранту произвести платеж по своему контробязательству. Докладчик отметил, что с его точки зрения, одним из наиболее благоприятных исходов будет то, что суд установит, что контробязательство является независимым от местного обязательства, однако в международной практике бывает по-разному.

Кейс 6. Подобная фабула имела место в деле, связанном с компанией Archer Daniels Midland Co (один из крупнейших поставщиков промышленных и сельскохозяйственных товаров). В данном деле фигурировал стендбай, выставленный на сумму почти 7 млн. долларов в обеспечение договора поставки риса в адрес одного из министерств Ирака. В рамках данной сделки банк JP Morgan Chase Bank N.A. по просьбе Archer Daniels Midland Co выставил свое контробязательство (стендбай) в пользу иракского банка. Одним из условий этого стендбая

было то, что платеж по данному стендбаю должен был производиться против аутифицированного сообщения SWIFT или оключеванного телекса иракского банка о том, что тот надлежащим образом выпустил свою гарантию исполнения и получил требование в соответствии с условиями своей гарантии. По условиям местного обязательства министерство Ирака могло предоставлять требование платежа, но оно должно было сопровождаться лабораторным отчетом о соответствии качества товара. Дело дошло до суда, где Archer Daniels Midland Co требовала суд принять обеспечительные меры в форме временной приостановки платежей, при этом истцу пришлось предоставить суду свидетельство, принесенное под присягой, от имени одного из сотрудников SGS S.A. [3], которое проводило лабораторное тестирование. Этот сотрудник поклялся, что состояние риса проверялось, и оно было надлежащим, и данное доказательство никто не смог опровергнуть, как следствие, суд предоставил обеспечительные меры, не объясняя в деталях основания таких мер. Такое решение не является фатальным для независимой природы анализируемых обеспечительных обязательств, так как речь шла о сделке с банком, принадлежащим государству, одно из министерств которого было стороной по сделке, что могло свидетельствовать о фальсификации; на этом основании судья сделал вывод, что бенефициар по контробязательству явно замешан в мошенничестве, связанном с деятельностью министерства продовольствия Ирака. Однако, по мнению профессора, в большинстве случаев вынесение таких обеспечительных мер, за исключением случаев, когда налицо явное мошенничество, явно вредит независимой природе стендбая, поскольку связывает его реализацию с основным обязательством.

[sws_blue_box box_size=»580″]
В международной судебной практике в отношении стендбаев и гарантий по требованию сложился достаточно устоявшийся подход к толкованию основных сводов правил в отношении гарантий по требованию и стендбаев: **сначала плати, потом разбирайся, за исключением случаев явного мошенничества**.

[/sws_blue_box]

VII. Стандарты проверки документов по ISP98

Правила проверки документов по процедуре ISP98 закреплены в правиле 4 данного документа. Фактически эти требования сводятся к тому, что по внешним признакам документы должны соответствовать стендбаю. В этом вопросе нет принципиальной разницы в сравнении со статьей 14 UCP 600. Однако, в правиле 4 ISP98 более точно прописаны следующие моменты. В первую очередь это касается правила 4.03 ISP98 «Проверка противоречий». Согласно этому правилу, эмитент или уполномоченное лицо должны проверять документы на предмет противоречия друг другу только в той степени, в какой это предусмотрено в стендбае. Если речь идет о коммерческом аккредитиве, то проверка на отсутствие или наличие противоречий между различными документами обуславливаться тем, что по аккредитиву возникает целый спектр вопросов, которые требуют такой проверки. В рамках стендбая документарный процесс отличается, и зачастую есть только условия самого стендбая, которым должно соответствовать требование.

1. О нью-йоркских оговорках в аккредитиве и концепции смыслового соответствия

При проверке представленного требования, обратил внимание докладчик, важно учитывать правило 4.09. ISP98. Как правило, если стендбай требует прямого цитирования в представляемом к платежу документе текста, который приводится в самом стендбае в кавычках, важно чтобы такой текст приводился в требовании дословно по образцу. Часто возникают проблемы, когда имеет место отклонение текста представленных документов от текста шаблона, приведенного в стендбае, и возникает вопрос, является ли буквальное воспроизведение текста стендбая обязательным во всех случаях. В правиле 4.09 ISP98 предусматривается два варианта поведения в такой ситуации:

1) правило 4.09 (b) ISP98 предписывает, чтобы содержание предоставленных документов полностью воспроизводило требования, предусмотренные условиями стендбая. При этом, если стендбай требует воспроизведения текста по образцу в кавычках, очевидные опечатки воспроизводить не нужно, если из контекста со всей очевидностью следует, что ошибка

именно техническая и сделана в самом тексте стендбая. В тексте официального комментария к ISP98 IIBLP намеренно обратился к трактовке концепции смыслового соответствия. Она также применяется в соответствующих положениях UCP600, где говориться о том, что буквальное воспроизведение не требуется;

2) однако, в том случае, если требуется точное воспроизведение в соответствии с требованиями договора, применимо положение правила 4.09 (c) ISP98, при этом в условие аккредитива добавляется оговорка о том, что представленный документ должен содержать текст, который бы точно совпадал с шаблоном текста, приведенного в аккредитиве. Это будет означать следующее: как бы глупо ни выглядела формулировка с ошибками, она должна быть точно воспроизведена, даже если такая ошибка будет заключаться в техническом воспроизведении двух одинаковых слов подряд.

2. Дело Olsen v. Bank of Nova Scotia

В данном деле стендбай предоставлялся в качестве обеспечения авансового платежа в связи с исполнением обязательств по строительству яхты. Апликант предоставил банку неправильные данные относительно номера корпуса судна (в номере из 12 знаков была одна ошибка). Бенефициар, пытаясь использовать такой стендбай, указал в документе правильный номер корпуса. Возник спор по основному договору, этот спор в соответствии с предписаниями основного договора окончился арбитражным (третейским) разбирательством. Апликант параллельно подал в суд на эмитента с ходатайством запретить ему осуществлять платеж по данному стендбаю, однако суд отклонил такое заявление, указав, что по всем видимым признакам речь идет именно об опечатке. Судья сослался на то, что представленный документ явным образом относится к той самой верфи, на которой строилась яхта, к тому самому судостроителю, который заключил основной договор, и к основной сделке, поэтому речь идет именно о том, что данный стендбай обеспечивает обязательства в отношении именно данной сделки.

3. О трендах судебной практики в применении концепции строгого соответствия

Мировая судебная практика последних лет говорит о тенденции, обратил внимание спикер, применения судами концепции строгого соответствия, то есть суды требуют дословного совпадения формулировок в представляемых документах с формулировками, которые предписывает стендбай. Однако, заметил Д. Берн, важно отметить, что ни UCP 600, ни ISP98 не опираются на данную концепцию, а требуют именно того, чтобы представляемые документы соответствовали содержанию стендбая по смыслу. IIBLP старается донести данный подход и до Банковской комиссии ICC, и до судейского сообщества, поскольку если строгое соответствие станет давлеющей концепцией, и можно будет придраться к самой мельчайшей помарке, бенефициар просто будет отказываться от использования аккредитивных инструментов. На деле это уже приводит к падению спроса на аккредитивные инструменты, поскольку часто именно тогда, когда деньги нужны, такой инструмент отказывает. Поэтому в ISP98 заложена концепция общего соответствия содержания документа заявленным в аккредитиве условиям, и этот подход сегодня также воспринят Банковской комиссией ICC.

VIII. О проекте SWIFT BPO (банковское платежное обязательство)

ICC задействована в качестве экспертного источника по написанию правил для такого нового инструмента как банковское платежное обязательство. Идея проекта заключается в желании возродить по такому инструменту как «открытый счет» потерянные сегменты рынка, и вернуть банкам роль активных посредников в сделках с таким способом платежа. Этим проектом косвенно подразумевается, что аккредитив в последнее время рассматривается как инструмент, который «дурно попахивает» (*вероятно в связи с теми многочисленными сложностями, которые существуют в его реализации на практике – L.I.*). По своей сути обязательство BPO является безотзывным обязательством банка-должника выплатить определенную сумму другому банку по получении электронного требования. Следующая идея в рамках BPO – полная автоматизация и перевод в электронный вид обработки данных: и требование платежа, и аналог счета-фактуры будут предоставляться в

данной системе электронно. По всем признакам BPO выглядит как аккредитив, отметил Д. Берн, и при его применении, по мнению профессора, данный инструмент придется отражать в отчетности именно как аккредитив, соответственно, резерв капитала придется устанавливать по той же схеме, что и для аккредитива.

Подготовлено
главным экспертом-юристом
журнала Legal Insight
Светланой Дубинчиной

[1] В тексте данного обзора термины «гарантия» и «стендбай» будут применяться как синонимы, за исключением тех случаев, когда указано иное.

[2] Данные формы в ближайшее время будут доступны в формате pdf. на бесплатной основе на сайте института IIBLP по адресу: www.iiblp.org.

[3] SGS S.A. (в прошлом Société Générale de Surveillance) оказывает услуги по независимой экспертизе, контролю, испытаниям и сертификации. Имеет свыше 1350 офисов и лабораторий по всему миру.

НОВОСТИ КОМПАНИЙ