

Совершенствование регулирования независимых (банковских) гарантий в рамках Международной торговой палаты

Improving the regulation of independent (bank) guarantees under the ICC

Канхуш Джалал

ассистент кафедры коммерческого права университета Дамаска, Сирия, аспирант кафедры банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
e-mail: jalalkanhoush@yahoo.com

Kanhoush Jalal

teaching assistant for the department of commercial law - Damascus university, Syria, postgraduate student of the department of banking law in Moscow State Law University (MSAL).
e-mail: jalalkanhoush@yahoo.com

Аннотация

В настоящее время развитие экономических отношений является одним из основных факторов появления новых правовых приемов, которые в основном направлены на дальнейшее стимулирование экономического обмена. Одним из них является независимая (банковская) гарантия, изначально возникшая в области международных экономических отношений, из которой впоследствии заимствуется отдельная форма в качестве частного метода обеспечения выполнения обязательств. В статье рассматриваются особенности правового регулирования независимой (банковской) гарантии в работе Международной торговой палаты. Делается вывод, что, несмотря на большую роль Международной торговой палаты, задачу нельзя считать вполне решенной, так как, несмотря на наличие разработанных, принятых и максимально адаптированных международных правил, фактически мировое сообщество, за редким исключением, не берет на себя обязательств по их исполнению, лишь принимая их к сведению.

Ключевые слова: гарантии, банк, обязательства, эмитент, бенефициар, независимая гарантия, гарантия по требованию, банковская гарантия, гарантийное письмо, резервный аккредитив, Международная торговая палата.

Abstract

Currently, the development of economic relations is one of the main factors in the emergence of new legal techniques, which are mainly aimed at further stimulating economic exchange. One of these is precisely the independent “bank” guarantee, which originally arose in the field of international economic relations, from which a separate form is subsequently borrowed as a private method of ensuring fulfillment of obligations. The article discusses the features of the legal regulation of an independent (bank) guarantee in the work of the International Chamber of Commerce. It is concluded that despite the great role of the International Chamber of Commerce, the task cannot be considered completely solved, since, despite the existence of developed, adopted and maximally adapted international rules, in fact, the world community, with rare exceptions, does not assume obligations to implement them, only taking them into account.

Keywords: Guarantees, bank, obligations, issuer, beneficiary, independent guarantee, demand guarantee, bank guarantee, letter of guarantee, standby letter of credit, International Chamber of Commerce.

Развитие экономики в кризисных и высоко рискованных условиях (эскалация геополитической напряженности, экономическая неопределенность, санкции и пандемия) обусловили потребность в обеспечении эффективности системы специальных обеспечительных мер, которые, как в своё время отмечал Д.И. Мейер, могли бы «доставлять обязательственному праву ту твёрдость, которой недостаёт ему по существу» [7, с. 179]. Одной из этих мер следует считать развитие института независимой гарантии, востребованность которой как способа обеспечения исполнения обязательств в последние годы многократно выросла, как уникального инструмента, способного защитить интересы и принципала, и бенефициара (дефиниция «независимая гарантия» в российском законодательстве появилась 1 июня 2015 г., после вступления в силу Федерального закона от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», придя на смену банковской гарантии. В этой связи в тексте настоящей работы в целом будет использоваться действующее наименование «независимая гарантия», тогда как в её исторической части допускается использование теперь уже принадлежащего истории термина «банковская гарантия»).

Согласно дефиниции гарантии, предложенной профессором Жоржем Аффакки (Affaki G.), который был председателем редакционной группы URDG 758 (Uniform Rules for Demand Guarantee «URDG») и Роем Гуди (Goode.R.M), председателем редакционной группы, завершившей разработку первых Унифицированных правил Международной торговой палаты по гарантиям № 458, гарантия определяется следующим образом:

«Гарантия по требованию (также называемая независимой, автономной или гарантией по первому требованию) является безотзывным обязательством, выданным гарантом по поручению заявителя, выплатить бенефициару любую сумму, которая может потребоваться у этого бенефициара, до максимальной суммы, определенной в гарантии, при предъявлении требования, соответствующего условиям гарантии» [1, с. 13].

Международная торговая палата (далее МТП) или Всемирная организация бизнеса (ICC) – это влиятельная некоммерческая международная организация, созданная в 1919 г. для решения проблем развития бизнеса. Этой цели ICC служит и по сей день, объединяя тысячи предприятий, компаний и деловых ассоциаций в 130 странах мира [4].

В 1978 г. Международная торговая палата (ICC) начала систематизацию, а затем и кодификацию обычаев и «хорошей практики», к тому времени сложившихся в международных торговых отношениях. В результате были составлены «Унифицированные правила по договорным гарантиям» (Uniform Rules for Contract Guarantees, URCG 325).

В 2009 г. была принята новая редакция «Унифицированных правил для гарантий по требованию» (Uniform Rules for Demand Guarantees, URDG 758), с учетом изменений, произошедших в международной банковской, договорной и коммерческой практике. Новые Правила вступили в силу с 1 июля 2010 г. и были ориентированы не только на кодификацию сложившейся практики, но и на продвижение и пропаганду лучших практик (best practices), как это делается в большинстве современных документов мягкого регулирования [2, с. 33].

Существует мнение, что УПГТ № 758 – это просто доработанная версия УПГТ № 458, однако это не совсем так. Новая редакция стала реализацией проекта по разработке свода гарантийной практики. Существуют некоторые отличия между УПГТ

№ 458 и УПГТ № 758. В первую очередь, их отличают относительно большая содержательность новых правил. Они являются более точными и ясными, УПГТ № 758 позволило разъяснить некоторые формулировки и действия, а также внести поправки в принятый стандарт.

С развитием рыночной практики, которая фактически должна максимально уменьшить число споров по гарантии, связан некий инновационный оттенок УПГТ № 758. Существуют также иные причины. Так, например, новое правило в отношении валюты. УПГТ № 758 устанавливают, что за возмещение гаранту ответственна инструктирующая сторона (ст. 2); возмещение в определенных случаях может осуществляться в валюте места платежа по применимому обменному курсу (ст. 21). Но чтобы не принимать валютный риск, гарант должен будет получить согласие инструктирующей стороны на платеж в альтернативной валюте, а также оговорить и с бенефициаром, и с инструктирующей стороной применимый обменный курс.

Также новеллой является то, что разработана процедура, которая позволит уменьшить количество бессрочных гарантий – это прекращение выдачи гарантий без конкретной даты. Ранее они существенно усложняли регулирование в отношении банков и аппликантов.

Говоря о правовом регулировании вышеназванных вопросов, необходимо упомянуть о УПГТ № 524, который регулирует сферу гарантии акцессорного типа, а также Конвенцию ООН 1995 г. [5]. Безусловно, можно отметить, что Конвенция ООН является основным международным правовым актом, который выработывался мировым сообществом. Нормы, содержащиеся в Конвенции, достаточно полно и всесторонне определяют международную концепцию в процессе регулирования независимых обязательств. Под ними Конвенция понимает независимую гарантию и резервный аккредитив. За весь период своего существования два вышеназванных обязательства стали регулироваться единым актом (в это же время, ИСС реализовала пятую редакцию «Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов» (далее – UCP № 500), которые впервые были изданы в 1933 г. и получили широкое практическое применение. Часть положений UCP № 500 нашли место в тексте Конвенции ООН, целью которой стало содействие применению независимых гарантий и резервных аккредитивов везде, где ранее традиционно использовался лишь один из них).

С учетом приближающегося потока требований по таким гарантиям предлагаем проанализировать, на какие аспекты должен обратить внимание банк при проверке требования, на основе обновившейся за последнее время судебной практики.

Как следует из ст. 15а УПГТ № 758, в направляемом в банк требовании обязательно должно быть указано, в чем состоит нарушение по обеспечиваемому обязательству. Несмотря на кажущуюся простоту оформления требования и прилагаемых к нему документов, стороны нередко допускают опечатки при указании обеспечиваемого обязательства или же забывают на него сослаться вовсе.

В связи с этим в судебной практике сложились два противоположных подхода.

1. Суды трактуют отсутствие ссылки на основное обязательство в предъявленном требовании как нарушение и отказывают в выплате по гарантии. При этом они указывают, что факт отсутствия иных договоров между сторонами, помимо обеспечиваемого, не имеет значения, поскольку банк, не являясь участником правоотношений бенефициара и аппликанта, не знает и не должен знать об этом.

2. Суды позволяют «скорректировать» опечатку в реквизитах обеспечиваемого договора в рамках рассмотрения спора посредством предоставления доказательств отсутствия каких-либо иных договоров между сторонами, помимо обеспечиваемого. Такими доказательствами могут быть сведения о паспортах сделок в рамках валютного контроля банков по всем счетам одной из сторон. Суды могут учесть и иные доказательства отношения документов по гарантии именно к обеспеченному

обязательству, например таможенные декларации, содержащие верную ссылку на обеспечиваемое обязательство. Таким образом, банку как гаранту следует проверять, относится ли предъявленное требование именно к обеспечиваемому обязательству. Однако отказывать в удовлетворении требования только лишь в связи с неуказанием или неверным указанием реквизитов обеспечиваемого договора может быть рискованно.

В отсутствие указания на иное в самой гарантии в соответствии со ст. 14-г УПГТ № 758 документы между сторонами обеспечиваемого обязательства должны быть оформлены на языке гарантии. При этом в соответствии с судебной практикой наличие даже не несущих основной смысловой нагрузки отметок и печатей на ином языке может стать основанием для отказа в выплате по гарантии. УПГТ № 458 такого рода правил не устанавливали.

Требование будет целиком ненадлежащим, если оно предъявлено на сумму большую, чем сумма гарантии (даже в части, соответствующей сумме гарантии). При этом, хотя банк не обязан проверять верность расчетов бенефициара, если он это все же сделает и найдет ошибку – он может отклонить требование.

В силу ст. 14 УПГТ № 758 вручение требования должно состояться не позднее истечения срока гарантии. Вручение требования за пределами этого срока является основанием для отказа в выплате по гарантии. Эта санкция применима, в том числе к случаям, когда бенефициар получил отказ по первоначально направленному требованию и направил повторное с устранением недостатков. Такое повторное требование будет рассматриваться в качестве нового и самостоятельно поданного, а не продолжающего первоначальное. Если срок гарантии истекает в нерабочий день, она считается продленной до следующего рабочего дня. УПГТ № 458 устанавливало правило, согласно которому требование должно быть предъявлено гаранту до истечения срока действия гарантии в месте ее выдачи.

В свете введенных ограничительных мер любопытной является ст. 26 УПГТ № 758 о форс-мажоре. Согласно ей, если срок действия гарантии УПГТ истекает во время действия обстоятельств непреодолимой силы, то гарантия продлевается, но лишь на срок в 30 календарных дней. Если обстоятельства непреодолимой силы продолжают действовать по истечении этого периода – считается, что срок гарантии истек. Если форс-мажор прекращается до истечения срока гарантии – правила о продлении на 30 дней не применяются. Ранее УПГТ № 458 такое обстоятельство не оговаривало.

Однако, не вдаваясь в глубокий анализ, полагаем, что для российских юридических лиц с учетом разъяснений, содержащихся в вопросе 7 Обзора, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 21.04.2020 № 1 [8], введенные ограничительные меры могут являться форс-мажором для бенефициаров лишь в некоторых случаях. Например, если у бенефициара объективно отсутствовали сотрудники, которые могли бы удаленно направить требование банку.

В целом УПГТ № 758 допускают возможность направления требования и в письменной, и в электронной форме. Однако если в гарантии на этот счет не сказано вообще ничего, то требование должно быть направлено именно на бумажном носителе. При этом если требование должно быть предъявлено на бумажном носителе, то в отсутствие прямого исключения оно может быть направлено любым способом (например, и обычной почтой, и курьерскими службами). Если предусмотрено электронное направление требования, то в отсутствие указания на конкретный формат и систему передачи данных требование может быть предъявлено не только в любой электронной форме, но и в бумажной. Здесь прослеживается аналогия с УПГТ № 458, согласно которым выражение «в письменной форме» включает электронную документацию, а также телеграммы, телексы, телефаксы.

В качестве одного из существенных преимуществ использования гарантий УПГТ МТП называет отсутствие необходимости «иметь дело» с товарами, услугами

или работами (т.е. проверять реальность осуществления обеспечиваемых обязательств). Однако при рассмотрении требования банк для защиты собственных интересов вправе проверить предъявленные документы на отсутствие противоречий. При этом следует помнить, что с учетом независимого характера гарантии по УПГТ № 758 банк не вправе направлять самостоятельные запросы контрагентам бенефициара и выяснять у них обстоятельства, связанные с нарушением обязательства. Кроме того, в силу ст. 19-d УПГТ № 758 гарант не вправе потребовать у бенефициара какие-либо иные документы помимо тех, предоставление которых предусмотрено в самой гарантии. Более того, в случае добровольного предоставления таких документов бенефициаром гарант не вправе принять их во внимание. В случае отклонения требования гарант должен прямо указать на каждое найденное противоречие. Если он не укажет такие недостатки, то будет лишен права ссылаться на них впоследствии.

По общему правилу, если выплата по гарантии зависит от наступления какого-либо условия, гарантия должна предусматривать предоставление конкретного документа, подтверждающего наступление такого условия. Проверка на наличие противоречий проводится именно в таких документах. Примером противоречия может быть предоставление бенефициаром не тому лицу или же подтверждение предоставления, противоречащего условиям гарантии (например, поставка не того товара в случае, если гарантия предусматривает предоставление гаранту документов, подтверждающих поставку товара определенного вида). Одновременно, проверяя требование, необходимо учитывать, что основанием для отказа в выплате может являться именно противоречие в документах, а не простое указание разной информации. Например, в гарантиях, относящихся к поставкам, банку не следует путать понятия «место поставки» и «условия поставки».

Термин «условия поставки» означает не место фактической доставки, а место перехода рисков и место, до которого оплачена перевозка и страхование, например по правилам INCOTERMS. Именно поэтому различное указание места поставки в обеспечиваемом договоре и места перехода рисков в условиях поставки не является противоречием в смысле ст. 19 УПГТ № 758.

В целом представляется, что экономический смысл проверки на противоречия сводится не к созданию формальных препятствий для поставки, а к необходимости обеспечить интересы самого гаранта и убедиться, что, оплатив требование бенефициара, банк не узнает, что на самом деле никакого предоставления по обеспечиваемому обязательству со стороны бенефициара не произошло. Такой подход объясняет, почему в соответствии со сложившейся практикой не является противоречием в смысле ст. 19-b УПГТ № 758 подтверждение фактического предоставления в размере большем, чем сторонами было согласовано в счетах (при условии предъявления требования в размере, указанном в согласованных счетах).

Однако, согласно п. 87 и 93 Руководства МТП по Унифицированным правилам для гарантий по требованию, гарантия URDG настолько независима от основного обязательства, что при предъявлении требования даже нет необходимости доказывать нарушение обязательств бенефициара: достаточно лишь заявить о таком нарушении.

Как следует из ст. 7 УПГТ № 758, если выплата по гарантии обусловлена наступлением условия, отличного от даты или периода, и при этом в гарантии не указывается, каким документом наступление этого условия может быть подтверждено, то такое условие является недокументарным. Это означает, что гарант не вправе требовать документы, подтверждающие наступление этого условия, но если же в подлежащих предоставлению документах найдутся противоречия ему, то все предъявленное требование может быть признано не соответствующим гарантии.

Таким образом, относительно недавнее (в его современном понимании) возникновение института независимой (банковской) гарантии компенсировано его быстрым развитием, катализатором которого стало развитие глобального рынка.

Потребность правового обеспечения международных сделок стала основным драйвером развития рассматриваемого института в рамках в основном международного мягкого регулирования. При этом важно, что разработчики новых международных документов используют не столько наработки национальных юрисдикций, сколько международную практику, постепенно выявляя в ней хорошие практики и обобщая их. Также следует подчеркнуть комплексный характер института независимой (банковской) гарантии, который постепенно «ассимилировал» несколько схожих правовых институтов, ранее считавшихся вполне самостоятельными.

Обратим внимание, что задачу нельзя считать вполне решенной, так как, несмотря на наличие разработанных, принятых и максимально адаптированных международных правил, фактически мировое сообщество, за редким исключением, не берет на себя обязательств по их исполнению, лишь принимая их к сведению.

Литература

1. *Аффаки Г.И., Гуд, Р.М.* Руководство к унифицированным правилам для гарантий по требованию -URDG 758, Париж: Международная торговая палата . – 2011. – 13 с.
2. *Боган К.Е., Инглиш М.Д.* Бенчмаркинг для лучших практик: победа за счет инновационной адаптации. Нью-Йорк: Макгроу-Хилл, 1994. – 33 с.
3. *Овсейко С.* Комментарий Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах // Банковское право. – 2001. – № 3. – С. 54–64.
4. Официальный сайт Международной торговой палаты в России. <http://www.iccwbo.ru/ob-icc/istoriya/> (дата обращения 18.10.2020).
5. Конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. Принята на 87-м пленарном заседании ГА ООН. Резолюция ГА ООН от 11 декабря 1995 г. № 50/48. Вступила в силу с 1 января 2000 г. / Текст на официальном сайте ООН https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/credit.shtml/(дата обращения 17.10.2020).
6. Международная практика по аккредитивам стэнд-бай (International Standby Practices) (ISP 98) // Публикация Международной торговой палаты № 590 (ред. 1998 г.).
7. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. В двух частях. Ч. 2. (по изд. 1869 г.) – Москва: «Статут», 1997. – 179 с.
8. Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21.04.2020).
9. Публикация Международной торговой палаты № 325. 1978 г. URCG 325 - Uniform Rules for Contract Guarantee ICC. Приняты исполнительным комитетом МТП 20 июня 1978 г., вступили в силу с 1 января 1979 г. // <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>(дата обращения 18.10.2020).
10. Публикация Международной торговой палаты № 500. 1993 г.
11. Публикация Международной торговой палаты № 600 (ред. 2010 г).
12. Руководство к унифицированным правилам для гарантий по требованию. Публикация № 510. Серия: «Издания Международной Торговой Палаты» М.: Издательство АО «Консалтбанкир», 1999.
13. Типовые формы ICC для выдачи гарантий по требованию (Model Forms for Issuing Demand Guarantees) // Публикация МТП. 1994. № 503.
14. Унифицированные правила МТП для платежных гарантий (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию) (URDG) (публикация Международной Торговой палаты № 458).
15. Унифицированные правила МТП для договорных гарантий (URCB) (публикация Международной Торговой палаты № 524).